



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Nº 4686/2016 - PGGB

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 936.352/SP

RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
RECDO.(A/S) : JOÃO THOMAZ
ADV.(A/S) : MARCUS VINÍCIUS MARQUES DOS SANTOS
ADV.(A/S) : ELAINE BERNARDETE ROVERI MENDO
RAIMUNDO
RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**

Recurso Extraordinário. Discussão sobre a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento fundada no art. 37, § 5º, da CF, quando o prejuízo suportado pelo Estado decorre de ilícitos penais praticados por seus agentes. Parecer pela submissão do recurso extraordinário ao exame da repercussão geral, com protesto de vista posterior ao Procurador-Geral da República, caso o Plenário Virtual reconheça a existência do requisito de admissibilidade.

O Ministério Público Federal propôs ação civil pública contra três militares reformados das Forças Armadas e contra o recorrido, capitão reformado da Polícia Militar de São Paulo, buscando responsabilizá-los, civil e administrativamente, por violações dos direitos humanos ocorridas durante a repressão a dissidência política, no período em que atuaram na Operação Bandeirante (OBAN) e no DOI-CODI. Requereu, em síntese, a declaração de existência de relação jurídica entre os réus e a sociedade brasileira, assim como com as vítimas da Operação Bandeirantes, em razão de suas responsabilidades pessoais pelas violações aos direitos humanos. Pretendeu a condenação dos réus ao pagamento dos valores despendidos pela União com as indenizações concedidas em favor das vítimas da ditadura militar, decorrentes

das Leis federais 9140/95 e 10.559/02. Pleiteou, mais, a condenação ao pagamento de danos morais coletivos, à perda das funções, cargos públicos e proventos de aposentadoria ou inatividade.

A demanda, na parte em que foi ajuizada contra o Estado de São Paulo e a União, objetivou a reparação dos danos imateriais, mediante pedido formal de desculpas à população brasileira, a ser veiculado em jornais de grande circulação. Pretendeu também a condenação dos entes ao cumprimento da obrigação de tornar públicas as informações relativas às atividades desenvolvidas na OBAN.

O juízo singular, por meio de despacho saneador, não acolheu a preliminar de prescrição, invocando o art. 37, § 5º, da CF.

Em agravo de instrumento, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu por prescrita a pretensão e extinguiu o processo. O acórdão está resumido nos termos desta ementa:

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

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

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

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

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

institucionalizada, contra parte da própria população nacional, composta, à época, por opositores do governo militar instalado no Brasil em 1964.

5. Em princípio, tais condutas não podem ser excluídas daquelas previstas no tratado que conduziu à criação do Tribunal Penal Internacional. Neste passo, o Brasil é signatário do Tratado que instituiu o Tribunal Penal Internacional, criado pela Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, realizada em julho de 1.988. O referido tratado, assinado pelo Brasil, foi aprovado pelo Decreto Legislativo 112, que, a seu turno, foi promulgado pelo Decreto Presidencial 4.388, de 25.09.2002.

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

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

Os embargos de declaração foram rejeitados.

O recurso extraordinário argui que o acórdão recorrido violou os arts. 1º, II e III, 3º, I, 4º, II, 5º, III, XIV, XXXIII, XLIII, XLIV e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, 37, § 5º e § 6º, 129, III e 220, da CF. Faz referência, ainda, às Leis 1.711/52, 8.112/90, 9.140/95, 10.559/02, 10.406/02, à Lei estadual 10.261/68, à Lei Complementar estadual 207/79 e ao Decreto 4463/2002. Alega que o Tribunal de origem, sob o fundamento da prescrição da pretensão indenizatória, deixou de apreciar os demais pedidos da inicial. Sustenta que esses pedidos não estão sujeitos à prescrição, à conta de sua natureza constitutiva e declaratória. Insiste na reforma do acórdão quanto ao pedido de condenação da União e do Estado de São Paulo a pedir desculpas ao povo brasileiro e em relação ao pedido de reconhecimento de relação jurídica entre os réus, a sociedade brasileira e as vítimas da Operação Bandeirante. Advoga que “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”.

Sustenta não estar prescrita a pretensão de reparação civil, decorrente dos crimes contra os direitos humanos praticados durante o regime militar. Argumenta que, na linha de entendimento firmada na ADPF 153, a Lei 6683/79 não anistiou responsabilidades de natureza civil por atos ilícitos praticados na época relevante,

sobretudo em razão da independência de instâncias assegurada pelo art. 37 da Constituição. Diz, por isso, revelar-se equivocada “qualquer conclusão no sentido de que a Lei nº 6.683/79 abarca a exclusão das indenizações civis *ex delicto* 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”. Reafirma a tese de que a responsabilidade civil do Estado decorre da Constituição de 1988 e das Leis federais 9140/95 e 10.559/02.

O recurso argumenta que o Estado Democrático brasileiro tem um compromisso com o combate à impunidade; logo, ao seu ver, 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. Argui que, se, por um lado, o Estado deve satisfazer os direitos das vítimas, por outro, é inconstitucional, por ferir o art. 37, § 5º, da CF, que o Estado considere a sua tarefa acabada com a reparação. Isso acarretaria, em última análise, livrar de ônus o agente público causador do prejuízo.

Acrescenta que os graves crimes praticados contra os direitos humanos, à luz dos “primados do Estado de Direito, da democracia, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica”, não podem ser equiparados a “atos ilícitos de ordem patrimonial ou de responsabilidade subjetiva que ofendam bem de natureza privada”, para efeito de reconhecimento da prescrição. Por isso, entende que as ações contrárias aos princípios e direitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito devem ser analisadas à luz da imprescritibilidade, prevista no art. 5º, XLIII e XLIV, da CF. Sob essa ótica, enumera o caso dos crimes permanentes, a exemplo do desaparecimento forçado de pessoas, que caracteriza o crime de sequestro qualificado e/ou ocultação de cadáver, cujo prazo prescricional não se inicia enquanto não encontrada a pessoa, se viva, ou os seus restos mortais, sendo-lhes aplicável, inclusive, o direito novo, conforme a Súmula 711. Aduz que o reconhecimento da prescrição contraria os documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, a exemplo da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), da Declaração Universal dos

Direitos Humanos (ONU, 1948), do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e da Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), que preveem a imprescritibilidade dos crimes cometidos contra a humanidade.

O recorrente também esclarece que a demanda não pretende ver aplicado o art. 37, § 5º, da CF para fatos jurídicos pretéritos, mas, tão somente para fatos jurídicos passados cujos efeitos ainda hoje repercutem na sociedade. Em abono à tese defendida, menciona a inteligência do Superior Tribunal de Justiça sobre a imprescritibilidade da ação de reparação civil dos danos morais e materiais sofridos pelas vítimas da ditadura.

Argumenta que a defesa do patrimônio público insere-se no campo do interesse público indisponível e que cabe ao Ministério Público buscar a sua recomposição, sobretudo ante a omissão do Estado e da União. Propugna uma interpretação sistemática do art. 37, § 5º, da CF, para deduzir o direito imprescritível de propor a ação regressiva contra os causadores dos danos indenizados pelos cofres públicos.

Por fim, afirma que 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”. Pede o provimento do recurso extraordinário para que se enfrente a matéria de direito envolvida, ou, sucessivamente, para que afastada a prescrição, o TRF da 3ª Região prossiga no julgamento do recurso a ele endereçado.

- II -

O Juízo de 1ª instância extinguiu o feito sem resolução do mérito, em relação ao pedido de desculpas formais da União e do Estado de São Paulo. O agravo de instrumento que deu ensejo ao presente recurso extraordinário foi interposto pelo recorrido, sem impugnar esse ponto. Tampouco houve recurso do Ministério Público, como ressaltado no acórdão dos embargos de declaração:

Já no que concerne à extinção da ação originária em relação ao pedido de desculpas formais, mister consignar não ter sido objeto de insurgência do Ministério Público pelo recurso próprio, sendo descabido seu enfrentamento nestes autos, por refugir do âmbito do presente agravo de instrumento.

Nessas circunstâncias, não é cabível o recurso extraordinário quanto ao ponto.

De outro lado, o Tribunal Regional Federal decidiu que a prescrição alcançava a pretensão de ressarcimento deduzida na ação civil pública, prejudicando, em consequência, todos os demais pedidos condenatórios. Lê-se do acórdão:

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

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

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

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

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

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

Neste passo, o Brasil é signatário do Tratado que instituiu o Tribunal Penal Internacional, criado pela Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, realizada em julho de 1988. O referido tratado, assinado pelo Brasil, foi aprovado pelo Decreto Legislativo 112, que, a seu turno, foi promulgado pelo Decreto Presidencial 4.388, de 25.09.2002.

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

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

Outro é o princípio da universalidade, pelo qual os Estados-partes colocam-

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

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

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

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

O crime de agressão, depois de muita discussão, acabou sendo inserido no Estatuto, mas não foi definido, pelo que não pode ser aplicado, diante da exigência de estrita tipificação das figuras delituosas que vigora no campo penal. Esse delito poderá ser mais tarde incluído na jurisdição do Tribunal, se for devidamente caracterizado por ocasião da reforma do Estatuto, que

ocorrerá dentro de sete anos depois de sua entrada em vigor. Deverá, no entanto, amoldar-se à Carta das Nações Unidas, que prevê algumas hipóteses de guerra justa, a exemplo da intervenção para prevenir ou reprimir ameaças à paz.

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

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

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

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

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

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

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

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

Não reconhecendo o Supremo Tribunal Federal a aplicação do referido Tratado sobre os crimes de tortura descritos na inicial, não existem fundamentos para afirmar que os seus efeitos civis possam ter repercussão

no ordenamento nacional.

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

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

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

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

"(...)

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

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

(...)"

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

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

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

O §5º do artigo 37 da Constituição Federal tem a seguinte redação, in verbis: § 5º. *A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.*

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

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

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

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

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

O Tribunal Regional Federal, como se vê, afastou a incidência dos tratados e convenções internacionais, por serem posteriores aos atos criminosos praticados durante o período da ditadura no Brasil. Entendeu, por essa razão, não haver fundamento no ordenamento jurídico nacional para a arguida imprescritibilidade desses ilícitos penais. Concluiu, de igual sorte, não haver, nesses diplomas internacionais, base para afirmar que pretensões civis decorrentes desses atos sejam imunes à prescrição.

O Tribunal decidiu que a alegação do *parquet* da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento civil deveria ser apreciada à luz do art. 37, § 5º, da CF. Não obstante tenha reconhecido que o dispositivo constitucional não traz nenhuma restrição ao direito do Estado em ver ressarcido o prejuízo causado por seus agentes públicos, assentou não ser possível aplicar a norma constitucional para atos ilícitos praticados antes da promulgação do Texto Constitucional de 1988.

O recurso extraordinário, por sua vez, busca afastar a prescrição reconhecida pelo acórdão recorrido, defendendo interpretação do art. 37, § 5º, da CF, diversa. A questão proposta pelo recurso está em definir, à luz desse preceito constitucional, se a pretensão de ressarcimento dos prejuízos suportados pelo Estado – efetivamente concretizados sob a égide da Constituição de 1988, mais especificamente após a edição das Leis federais 9140/95 e 10.559/02 -, decorrentes de ilícitos penais praticados por seus agentes, é imprescritível.

Ressalte-se que a Lei de Anistia não dispôs sobre a responsabilidade civil dos causadores de danos.

Adotando inteligência semelhante, na ADPF 153, o Supremo Tribunal, ao concluir pela recepção da lei de 1979, deixou claro que a anistia por ela concedida não atingiu os efeitos civis dos atos praticados durante o regime de exceção. Lê-se destas passagens:

Como se tem, expressamente, no muitas vezes citado Parecer do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, exarado pelo então conselheiro e depois Ministro Sepúlveda Pertence, **“não é preciso acentuar, de seu turno, que a extensão da anistia aos abusos da repressão terá efeitos meramente penais, não elidindo a responsabilidade civil do Estado, deles decorrentes”**.

Daí porque afirmo, de início, que o de que aqui se cuida é tão somente de se analisar e concluir sobre a extensão da expressão “crimes conexos”, mencionada no § 1º do art. 1º da Lei n. 6683/79.

Outros efeitos da atuação dos agentes estatais no período indicado não estão fora das consequências jurídicas dos desbordamentos éticos e legais, menos ainda da responsabilidade do Estado, a partir do amplo e total conhecimento do que ocorreu no que, ainda a OAB, pelo seu eminente parecerista, Ministro Sepúlveda Pertence, denominou de “desvãos da repressão política”.

Assim, 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, e, se estivessem, pelo menos eu, com certeza daria resposta exatamente no sentido enaltecido pela advogada. Apenas, deve ser enfatizado que não é essa a questão, nem ao menos como objeto de exame ou argumentação para a resposta judicial a ser dada na presente arguição, simplesmente não é esse o tema posto (...).

(..) em razão mesmo do que se concluiu social e juridicamente e que tem prevalecido até aqui, 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 80 (período dos atentados contra o Conselho Federal da OAB e do Riocentro), quem fez, o que se fez, como se fez, porque 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. (...)

Reitero que essa conclusão, que vai no sentido de acompanhar o Ministro relator da presente Arguição, não tem qualquer consideração sobre a imperiosidade que se mostra de se dar a investigação, conhecimento e divulgação plenos de tudo o que se passou no que o Ministro Sepúlveda Pertence chamou, em seu parecer, de desvãos da repressão política. **O direito à informação, constitucionalmente assegurado, o direito à verdade para se saber e se construir a história compõe a ética constitucional e haverá de ser respeitada.**

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 mulheres cujos direitos fundamentais foram cruamente atingidos. (trechos extraídos do voto da Ministra Cármen Lúcia – grifos acrescidos).

Assim sendo, uma vez concretizada a reparação civil das vítimas pelo Estado, não há, *primo ictu oculi*, óbice à propositura de ação regressiva pelo Estado contra o causador do dano, conforme prevê o art. 37, § 6º, da CF. Resta saber, afinal, se essa pretensão de ressarcimento é, ou não, nos termos do art. 37, § 5º, da CF, prescritível.

É relevante observar que a hipótese em exame não se amolda à tese firmada no julgamento do Tema 666 da Sistemática da Repercussão Geral (RE 669069/MG, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 28.4.2016). No paradigma, o Supremo Tribunal Federal apreciou o alcance do art. 37, § 5º, da CF, em relação aos danos à Fazenda Pública decorrentes, exclusivamente, de ilícitos civis. Este trecho do acórdão proferido em embargos de declaração esclarece o que a Corte considerou ser ilícito civil:

2. O primeiro ponto a ser enfrentado diz respeito à abrangência da tese fixada, bem como à exata definição dos atos que poderiam ser considerados ilícitos civis, para fins de reprodução do entendimento firmado em sede de repercussão geral. No julgamento, proferi voto no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário, afirmando a tese de que “a imprescritibilidade a que se refere o art. 37, § 5º, da CF diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, tipificados como ilícitos de improbidade administrativa ou como ilícitos penais”. Contudo, fiquei vencido quanto à tese firmada, uma vez que o posicionamento majoritário desta Corte, encabeçado pelo Min. Roberto Barroso, foi no sentido de que a orientação a ser fixada, para fins de repercussão geral, deveria ser mais restrita e adstrita ao caso concreto, que consistia em ação de ressarcimento ajuizada pela União em razão de danos sofridos em decorrência de acidente de trânsito. Assentou-se, assim, a tese de que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”. 3. **Nos debates travados na oportunidade do julgamento ficou clara a opção do Tribunal de considerar como ilícito civil os de natureza semelhante à do caso concreto em exame, a saber: ilícitos decorrentes de acidente de trânsito. O conceito, sob esse aspecto, deve ser buscado pelo método de exclusão: não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante. Ficou expresso nesses debates, reproduzidos no acórdão embargado, que a prescritibilidade ou não em relação a esses outros ilícitos seria examinada em julgamento próprio.** Por isso mesmo, recentemente, o

Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral de dois temas relacionados à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário: (a) Tema 897 – “Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa”; e (b) Tema 899 – “Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”. Desse modo, se dúvidas ainda houvesse, é evidente que as pretensões de ressarcimento decorrentes de atos tipificados como ilícitos de improbidade administrativa, assim como aquelas fundadas em decisões das Cortes de Contas, não foram abrangidas pela tese fixada no julgado embargado. (grifos acrescidos).

As ações de ressarcimento decorrentes de ilícitos penais – e a correlata ação de regresso de que trata este caso – configuram, portanto, tema próprio, não abordado no paradigma de repercussão geral.

Ultrapassadas essas considerações, verifica-se que o debate constitucional havido é bastante para abrir a instância extraordinária. Não se vislumbra controvérsia fática a ser enfrentada, nem o deslinde do caso depende de exame de legislação infraconstitucional.

A ausência de jurisprudência sobre a matéria e a plausibilidade do argumento sobre a relevância jurídica, social e econômica da controvérsia conduzem à sugestão de que o processo siga o seu curso e seja submetido ao Plenário Virtual, para o descortino da existência da repercussão geral. Se for estabelecido o requisito de admissibilidade, o Ministério Público pede que seja aberta vista ao Procurador-Geral da República, a fim de que possa expor ao Plenário da Corte a sua compreensão sobre o mérito da causa em termos finais.

Brasília, 29 de setembro de 2016.

Paulo Gustavo Gonet Branco
Subprocurador-Geral da República