



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA 8ª VARA FEDERAL DE
SÃO PAULO**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Autos nº 2008.61.00.011414-5

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pela Procuradora da República signatária, nos autos da ação em epígrafe, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência interpor recurso de

APELAÇÃO

em face da r. sentença de fls. 800/809.

Requer, desde já, o seu recebimento **no efeito devolutivo** e regular processamento perante o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Termos em que,
pede deferimento.

São Paulo, 25 de junho de 2010.

EUGÊNIA AUGUSTA GONZAGA FÁVERO
Procuradora da República

Ação Civil Pública nº 2008.61.00.011414-5

Autor: Ministério Público Federal

Réus: Carlos Alberto Brilhante Ustra e outros

RAZÕES DE APELAÇÃO

1. SÍNTESE DO PROCESSADO

O Ministério Público Federal propôs ação civil pública em face das pessoas físicas Carlos Alberto Brilhante Ustra e Audir Santos Maciel, bem como da União Federal.

A ação trata da violação de direitos humanos durante a ditadura militar por agentes públicos no exercício de função federal no Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna (COI-CODI) do Exército Brasileiro em São Paulo (fls. 02/76).

O pedido é composto de onze itens (fls. 73/75), conforme adiante especificado.

Carlos Alberto Brilhante Ustra apresentou contestação a fls. 396/465; Audir Santos Maciel a fls. 477/503; e a União Federal a fls. 510/553. A fls. 559/598, o MPF apresentou réplica.

O juízo da 8ª Vara Cível suspendeu o processo até o julgamento final, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4077 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 153 (fls. 735). O Ministério Público interpôs Agravo de Instrumento (fls. 741), que foi processado sem efeito suspensivo (fls. 767).

Às fls. 784, o MPF requereu fosse dado imediato prosseguimento ao trâmite da ação civil pública, diante do esgotamento do prazo de suspensão, conforme artigo 265, § 5º, do CPC.

O feito foi julgado a fls. 800/809, em sentença que julgou improcedente o pedido formulado na inicial, de 1) condenação dos réus Carlos Alberto Brilhante Ustra e Audir Santos Maciel a repararem todos os danos apontados pelo autor, 2)

perda das funções públicas que estejam eventualmente exercendo e 3) não serem mais investidos em qualquer nova função pública. Quanto aos demais itens do pedido, o MM. Juiz não os apreciou, extinguindo o processo sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

2. DA TEMPESTIVIDADE

A r. Sentença foi proferida em 05 de maio de 2010, **da qual considera-se que este órgão ministerial tomou ciência no dia 12 de maio de 2010, quarta-feira, pois somente nesta data os autos foram recebidos no Ministério Público Federal para sua regular intimação.**

O prazo de 30 dias (CPC, art. 508 c/c art. 188) para interposição desta apelação começou a correr, portanto, em 13 de maio de 2010, encerrando-se em 11 de junho de 2010.

Ocorre que no dia 1º de junho de 2010, nos termos da anexa Portaria de nº 1.587, do Presidente do Tribunal Regional da 3ª Região, todos os prazos processuais foram suspensos (e assim ainda se encontram) em virtude de movimento de greve dos servidores federais.

Logo, interposta na data deste protocolo, é manifestamente **tempestiva** a presente apelação.

3. DAS RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO

Nestas razões, será seguida a estrutura do pedido formulado na inicial, buscando-se no texto da sentença todos os pontos que dizem respeito a cada um dos itens do pedido. Restará claro não só que eles são integralmente procedentes e adequados ao objeto das ações civis públicas, como também que vários dos aspectos suscitados para rejeição da ação já foram consolidados em jurisprudência de sentido diametralmente oposto ao da sentença.

3.1. Os pedidos declaratórios constantes dos itens 1 a 4

O autor assim formulou os itens 1 a 4:

1. declarar a existência de obrigação do Exército Brasileiro, órgão da ré UNIÃO FEDERAL, em tornar públicas à sociedade brasileira todas as informações relativas às atividades desenvolvidas no

DOI/CODI do II Exército no período de 1970 a 1985, 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 do DOI/CODI do II Exército, 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 no DOI/CODI e respectivos períodos em que exerceram as funções;

2. declarar a omissão da ré UNIÃO FEDERAL em promover as medidas necessárias à reparação regressiva dos danos que suportou no pagamento das indenizações previstas na Lei nº 9.140/95;

3. declarar a existência de responsabilidade pessoal do réu CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA perante a sociedade brasileira pela perpetração de violações aos direitos humanos, especialmente prisão ilegal, tortura, homicídio e desaparecimento forçado de cidadãos, sob seu comando, no extinto DOI/CODI do II Exército, bem como a existência de relação jurídica entre o réu e os familiares das vítimas relacionadas no item 2 (subitem I) desta petição inicial, pela co-responsabilidade nos atos ilícitos que culminaram na morte ou desaparecimentos desses cidadãos;

4. declarar a existência de responsabilidade pessoal do réu AUDIR SANTOS MACIEL perante a sociedade brasileira pela perpetração de violações aos direitos humanos, especialmente prisão ilegal, tortura, homicídio e desaparecimento forçado de cidadãos, sob seu comando, no extinto DOI/CODI do II Exército, bem como a existência de relação jurídica entre o réu e os familiares das vítimas relacionadas no item 2 (subitem II) desta petição inicial, pela co-responsabilidade nos atos ilícitos que culminaram na morte ou desaparecimentos desses cidadãos.

Tal pretensão foi rechaçada pelo MM. Juiz do seguinte modo:

a) o pedido de declaração de existência de obrigação do Exército brasileiro em tornar públicas à sociedade brasileira todas as informações relativas às atividades de repressão (item 1) encontra-se prejudicado pela edição do Decreto nº 7.037/2009, que aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos, prevendo a elaboração de um projeto de lei para instituição de uma Comissão Nacional da Verdade com objetivos que abrangeriam o disposto no pedido do autor (fls. 802 e 803);

b) além dessa prejudicial, considerou que há falta de interesse processual, na modalidade adequação, em relação a todos os itens do pedido que visam uma declaração (1 a 4), pois declarações dessa natureza de nada adiantariam já que não poderiam ser executadas (fls. 803) e o “habeas data” seria “o único remédio processual destinado a assegurar o conhecimento de informações” pessoais, o que também seria inviável pois o MPF não teria legitimidade ativa para a propositura de “habeas data” (fls. 803);

c) “não cabe pedido declaratório em ação civil pública” e tal ação se presta apenas para reparação dos danos morais e patrimoniais mencionados expressamente no art. 1º, da Lei 7.347/95 (LACP), faltando previsão legal para o pedido veiculado no caso em tela, já que o inciso V, do mesmo artigo da LACP, que dizia respeito à possibilidade de ação civil pública para a defesa de qualquer outro direito difuso ou coletivo, foi suprimido da redação do artigo 1º tendo em vista o conteúdo da Medida Provisória 2.180-35/2001 (fls. 804 e 804 vº) ;

d) a despeito da conclusão acima (não cabimento de ACP para pedidos declaratórios), considerou que a presente ação visa, em relação aos itens 2, 3 e 4 do pedido, a declaração de meros fatos, e não de uma relação jurídica, o que é vedado pelo ordenamento jurídico processual (fls. 805 e 805 vº);

e) “no processo judicial não cabe a declaração de fatos e de responsabilidades históricas ou políticas sem consequências jurídicas, [pois] presentes a prescrição e a anistia” (fls. 805 vº).

E ainda, em conclusões que atingem também os pedidos condenatórios adiante descritos:

a) os interesses relativos a “perseguidos políticos” e seus familiares “não são difusos nem coletivos, mas individuais homogêneos, sendo que a ação civil pública não se presta à defesa de interesses individuais homogêneos, falecendo, pelo mesmo motivo, legitimidade ao MPF (fls. 803 vº);

b) o interesse “individual” defendido nesta ação seria *disponível*, o que seria incompatível com as funções institucionais do Ministério Público (fls. 803 vº e 804).

Vejamos.

3.1.1. Da presença de interesse processual

A pretensão ministerial relacionada à declaração de existência de obrigação do Exército brasileiro em tornar públicas à sociedade brasileira todas as informações relativas às atividades de repressão não se encontra prejudicada pela edição do Decreto nº 7.037/2009, que aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos, e nem mesmo pela apresentação pelo governo ao Congresso Nacional do respectivo projeto de lei de instituição de uma Comissão Nacional da Verdade.

A expectativa de criação de uma Comissão da Verdade não retira a utilidade e nem a necessidade da declaração pleiteada nesta ação. Ao contrário, a obtenção da declaração sobre as responsabilidades do Exército brasileiro, anteriormente à instituição da Comissão da Verdade, até reforça a necessidade desta, cujos objetivos são muito diferentes daqueles visados com o pedido declaratório.

A declaração aqui perseguida visa deixar extirpadas as dúvidas, para não mais ser negada, a existência de *obrigação do Exército brasileiro* em tornar públicas à sociedade todas as informações relativas às atividades desenvolvidas no DOI/CODI do II Exército, no período de 1970 a 1985. Na ação, exemplificou-se algumas dessas informações:

- a) nomes das pessoas presas;
- b) circunstâncias das mortes;
- c) destino das pessoas desaparecidas;
- d) servidores que trabalharam no DOI/CODI etc.

Observe-se bem: o pedido volta-se para a declaração de responsabilidade do Exército em revelar fatos. Essa obrigação – a ser declarada – não se torna desnecessária em virtude da decisão governamental de propor a instituição de uma Comissão da Verdade. Em outras palavras, o reconhecimento pela União de que é oportuno buscar informações e documentos através de uma investigação não-judicial não esvazia o conteúdo do pedido declaratório.

Aliás, a decisão de propor a criação da Comissão da Verdade sequer representa o reconhecimento de que existe a obrigação das Forças Armadas em divulgar os dados tratados nesta ação. Não se encontra no decreto presidencial sequer um dispositivo declarando esse dever ou a própria existência de arquivos classificados, ou tampouco ordenando que se proceda à abertura de arquivos secretos militares.

Nesse particular, a sentença não atenta para o efeito que decorre da procedência do pedido declaratório formulado pelo MPF. Não se pretende que a sentença condene a União a fornecer tais dados, mas tão somente que seja reconhecido judicialmente que o Poder Público se omite – ilicitamente – em assim proceder. O MPF propositadamente não enveredou para o pedido condenatório em face da sabida dificuldade em sua execução. Espere-se, apenas, que o Exército, por iniciativa própria, caso firmado pelo Poder Judiciário que subsiste essa sua obrigação, ofereça tais elementos.

É importante frisar: o autor tinha a **opção** de formular pedido condenatório, mas decidiu por limitar-se à declaração da existência da relação jurídica subjacente. E assim o fez (1) por confiar que as Forças Armadas/União Federal adotarão voluntariamente todas as medidas necessárias para respeitar a obrigação definida em sentença judicial, sem a necessidade de execução compulsória (efeito adicional que decorreria de um pedido condenatório eventualmente acolhido) e (2) por ser sabida a impossibilidade de buscar coercitivamente arquivos que não se sabe onde estão.

Aliás, essa é a nodal diferença entre o pedido declaratório e o condenatório. Naquele o autor se satisfaz com a declaração judicial do seu direito em face do réu. Já no pedido condenatório pretende-se não só o reconhecimento do direito, como também o respeito à relação jurídica declarada por meio de medidas coercitivas.

É o que bem observou a 5ª Turma deste Colendo Tribunal Regional Federal, ao proferir acórdão na Apelação nº 2009.61.00.005503-0/SP (Rel. Desembargador Federal Dr. ANDRÉ NEKASTCHALOW), em caso **idêntico** ao presente (tratava-se de apelação contra sentença de extinção da ação civil pública que veicula pedidos semelhantes ao desta ação, em relação ao caso relativo à morte de MANOEL FIEL FILHO, no DOI/CODI de São Paulo):

Posto que não se tenha procedido a esse juízo específico, é oportuno externar a compreensão de que, pelo que se infere da respeitável sentença, a aludida circunstância (estarem "prejudicados") seria o

efetivo óbice para que a demanda tivesse prosseguimento, pelo menos, em relação a tais pedidos. Em todo caso, cumpre aduzir que qualquer provimento jurisdicional é invariavelmente portador de um *elemento* declaratório por cujo intermédio o juiz diz o direito ou aplica o direito aos fatos, antes que a essa atividade agregue qualquer outra, seja para exortar a parte a pagar o devido (sentença condenatória), seja para criar, extinguir ou modificar a situação jurídica das partes (sentença constitutiva).

A decisão governamental de propor ao Parlamento a instituição da Comissão da Verdade não esvazia, retira a utilidade ou tampouco a necessidade de que o Poder Judiciário afirme – peremptoriamente – que as organizações militares pátrias também estão submetidas ao previsto no artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal e que, no caso do DOI/CODI de São Paulo, a recusa em revelar os dados indicados na inicial caracterizam, por si só, uma violação a direito fundamental. Em realidade, a procedência do pedido poderá até mesmo contribuir para o sucesso da Comissão da Verdade, caso venha a ser efetivamente aprovada pelo Congresso Nacional a sua instituição, pois estará previamente definido pelo Poder Judiciário que existe uma obrigação das Forças Armadas perante a sociedade brasileira de revelação dos dados que possui sobre a atuação dos seus órgãos repressivos, especialmente o DOI/CODI de São Paulo.

O cumprimento dessa obrigação permitirá, ainda, o sucesso da tarefa a ser desenvolvida pela Comissão. Assim, a edição de tal Decreto 7.037 dever ser tomada como um reforço à necessidade da declaração de responsabilidade do Exército na revelação dessa parte da história brasileira¹ e não como fato superveniente que afastaria o interesse processual (capítulo III da sentença).

Insiste-se (como visto acima e também será reforçado mais adiante): a ação, relativamente ao item 1 do pedido (declarar a existência de obrigação do Exército brasileiro em tornar públicas à sociedade brasileira as informações das atividades desenvolvidas pelo DOI/CODI), não busca qualquer pretensão condenatória ou mandamental. Não há expectativa de execução posterior desse item do pedido, que tem conteúdo estritamente declaratório. Assim, é equivocado o óbice sustentado na sentença no seu capítulo IV.

¹ Lembre-se que as Forças Armadas ainda negam os crimes praticados durante a repressão política no Brasil. Na presente ação, conforme apontado na réplica (fls. 585), a fraudulenta versão do suicídio do jornalista Vladimir Herzog ainda foi sustentada pelos réus, apesar de já afastada judicialmente no processo movido pela família.

Tampouco faz sentido a afirmação (capítulo V da sentença) de que a presente ação civil pública é meio inadequado, diante da figura do “habeas data”. Inicialmente, é evidente que a existência do remédio do “habeas data” não impede que o interessado se utilize da via ordinária para obter o mesmo resultado. A exemplo do que ocorre com o mandado de segurança, não há óbice a que uma ação ordinária possa perseguir o mesmo objeto que se lograria com a ordem mandamental. Ora, o “habeas data” é uma opção célere e específica, sujeita, porém, aos requisitos e ao rito da Lei nº 9.507/97. Sua consagração não afasta os demais meios judiciais para buscar as providências por ele contempladas.

Ademais, é inimaginável que a demanda por informações referida no item 1 do pedido pudesse ser satisfeita mediante o uso do “habeas data”. Isso porque esta ação constitucional somente pode ser impetrada diretamente pela vítima (art. 7º, Lei nº 9.507/97). E, no caso concreto, espera-se que não tenha passado despercebido, pretende-se, dentre outros elementos, o reconhecimento do direito a receber informações sobre as circunstâncias da morte ou desaparecimento de 64 pessoas. A sentença, nesse particular, não esclarece como essas vítimas (mortas ou desaparecidas) poderiam se socorrer do “habeas data”.

Outrossim, a sentença insiste em tratar a matéria como sendo de mero interesse individual (capítulos V e VI) e, por isso, diz que caberia *in casu* o uso do “habeas data”, o qual destina-se exclusivamente à tutela de interesses dessa natureza.

Há um triplo e grave engano. A uma, porque mesmo se a revelação de informações fosse de interesse exclusivo dos familiares das vítimas de morte e desaparecimento especificadas na petição inicial, estar-se-ia diante de interesse coletivo, dada a situação base que liga os beneficiários aos réus, caracterizando-os como direitos individuais homogêneos (no próximo item esta apelação retornará ao tema). A duas, porque a ação não refere como vítimas apenas os 64 mortos e desaparecidos, mas também os mais de 7 mil cidadãos que foram presos e torturados no DOI/CODI de São Paulo (vide petição inicial, p. 6), o que reforça claramente que não se cuida de *meros* e pontuais interesses individuais.

Porém, o mais relevante e inadmissível no raciocínio do prolator da sentença é a desconsideração do interesse difuso de toda a sociedade em conhecer a história do seu país e ter acesso às informações estatais. A r. decisão ora recorrida investe diretamente contra o artigo 5º, inciso

XXXIII da Constituição Federal, que estipula o direito de **todos** a receber “*dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral...*”.

Esta previsão constitucional coaduna-se com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo artigo 13.1 determina:

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda a natureza [...]

A Corte Interamericana de Direitos Humanos em sua Opinião Consultiva nº 5/85, ao interpretar o texto do referido artigo, dispôs que:

[...] quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. (...) [a liberdade de expressão] requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; **pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno**².

No caso “Claude Reyes y otros v. Chile”, a Corte Interamericana reforçou essa dimensão coletiva do direito à informação, determinando que o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos protege o direito de toda e qualquer pessoa a solicitar acesso à informação sob controle do Estado, e que consequentemente:

[...] ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la

² Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 e 29 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva nº 5/85, de 13 de novembro de 1985, Serie A No. 5, § 30. Os grifos são nossos. Livre tradução: “aqueles que estão sob a proteção da Convenção têm não apenas o direito e liberdade de expressar seu próprio pensamento, mas também o direito e a liberdade de buscar, receber e divulgar informações e ideias de todo tipo. [...] a liberdade de expressão] exige, de um lado, que ninguém seja arbitrariamente desconsiderado ou impedido de manifestar seu próprio pensamento e representa, portanto, um direito de cada indivíduo; mas implica também, por outro lado, um direito coletivo a receber qualquer informação e a conhecer a expressão do pensamento alheio”.

Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto.”³

Constrange perceber, também, que foi desconsiderada na sentença a gravidade dos fatos. Ora, os réus praticaram ilícitos tão graves que são reputados **por toda a comunidade internacional como crimes contra a humanidade**. E, conforme aponta o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia:

Crimes contra a humanidade são sérios atos de violência que danificam os seres humanos ao atingir o que há de mais essencial para eles: sua vida, sua liberdade, seu bem estar físico, sua saúde e/ou sua dignidade. São atos desumanos que por sua extensão e gravidade ultrapassam os limites do tolerável para a comunidade internacional, que deve necessariamente exigir sua punição. **Mas os crimes contra a humanidade também transcendem o indivíduo, porque quando o indivíduo é agredido, se ataca toda a humanidade. Por isso, o que caracteriza essencialmente o crime contra a humanidade é a qualificação da humanidade como vítima.**⁴

Vale dizer, um delito qualificável como crime contra a humanidade é em si mesmo uma grave violação aos direitos humanos e afeta toda a humanidade, na qual, por óbvio, se incluem os cidadãos brasileiros. Destarte, é inaceitável que a revelação de informações sobre atos dessa natureza possam ter sido considerados meros interesses individuais por um representante do Poder Judiciário.

Portanto, os pedidos declaratórios (como, aliás, todos os demais) tutelam interesses difusos, não comportáveis no “habeas data”. O Ministério Público Federal não está agindo em substituição processual aos perseguidos políticos e seus familiares – como faz crer a sentença (fls. 893/804) – mas sim em legitimação constitucional própria, de defesa dos interesses coletivos e difusos. É um equívoco, pois, dizer que podem ser “*expressamente identificadas as pessoas interessadas às quais supostamente teria se sonogado*

³ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros v. Chile, sentença de mérito, reparações e custas de 19 de setembro de 2006, Serie C No. 151, § 77. Livre tradução: “ampara o direito das pessoas a receber dita informação e a obrigação positiva do Estado de provê-la de forma tal que a pessoa possa ter acesso e conhecer essa informação ou receber um resposta fundamenta quando por algum motivo permitido pela Convenção o Estado possa limitar o acesso à mesma em cada caso concreto.”

⁴ Tradução livre do texto. Cf. Caso “Prosecutor v. Erdemovic”. IT-96-22-T. “Sentencing Judgement”. 29 de novembro de 1996. Par. 28. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/erdemovic/trialc/judgement/erd-tsj961129e.pdf>>. Acesso em 25 set. 2007. Os grifos não são originais.

o acesso a informações e documentos”. Em realidade, essa sonegação é oposta em face de todo o povo brasileiro e à humanidade.

3.1.2. Da adequação da ação civil pública para a defesa de interesses individuais homogêneos

Como demonstrado no item precedente, e destacado na petição inicial e na réplica (fls. 559 e seguintes), os pedidos declaratórios formulados nesta ação civil pública estão tutelando interesses de toda a sociedade brasileira. O d. Magistrado de primeiro grau considerou, porém, que a ação versa estritamente sobre interesses individuais e, ademais, disponíveis.

Nesse passo, torna-se relevante esclarecer alguns aspectos da natureza da tutela coletiva de interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos.

Inicialmente, ainda que o interesse defendido nesta ação fosse apenas das vítimas e de seus familiares, já se teria caracterizado um direito coletivo em sentido amplo, na modalidade individual homogêneo.

A defesa desses interesses foi atribuída ao Ministério Público na Constituição brasileira, art. 129, inc. III, mediante ação civil pública. E não há a necessidade de se verificar se são disponíveis ou indisponíveis. Por serem transindividuais⁵, ou seja, relativos a uma ampla coletividade, basta que sejam **socialmente relevantes**⁶. Vejamos.

É o Supremo Tribunal Federal que classifica os interesses individuais homogêneos como uma espécie de direitos coletivos. Nesta linha, afirma-se que os interesses coletivos em sentido amplo se subdividem em individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito. Vale transcrever:

Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, ‘stricto sensu’, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às

⁵ Cfe. Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*, p. 04.

⁶ Cfe. Ada Pellegrini Grinover e outros autores, em *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 615.

peças isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.

[...]

[...] interesses homogêneos de origem comum são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual [ação civil pública] como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.⁷ (grifos nossos)

Cabe lembrar que à época da Constituição, 1988, não se usava na legislação o termo “interesse individual homogêneo”. Ele foi inserido no direito positivo, pela primeira vez, no Código de Defesa do Consumidor. Isto não significa, contudo, que tal categoria de interesses não existisse antes dessa lei e que não fosse passível de tutela via ação civil pública. É o que conclui Hugo Nigro Mazzilli:

Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos sempre existiram; nos últimos anos apenas se acentuou a preocupação doutrinária e legislativa em identificar e proteger jurisdicionalmente todas as formas de interesse.⁸

José Geraldo Brito Filomeno completa:

Não se deve olvidar, porém, que a aceção “coletiva” dos interesses ou direitos do consumidor comporta duas categorias, quais sejam a dos chamados interesses ou direitos coletivos “propriamente ditos” e interesses individuais homogêneos de origem comum.⁹

Portanto, ao contrário do que constou na r. Sentença, a ação civil pública é meio adequado para a defesa de interesses individuais homogêneos pelo Ministério Público, quando presente o interesse social. Ação civil pública nada mais é do que a mesma ação coletiva à qual a Lei nº 8.078/90 (CDC) se refere para dar legitimidade ao Ministério Público. Não se usa ali (o que é correto) o termo ação civil pública, pois aquela legislação confere também legitimidade a outros entes. Ação civil pública, não custa relembrar, é a ação não-

⁷ STF. RE nº 163.231/SP. TRIBUNAL PLENO. Relator Ministro Maurício Corrêa. DJ 29.06.2001, p. 55.

⁸ Op. cit., p. 07.

⁹ Mesmo *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, comentado pelos autores do anteprojeto, p. 33.

*penal proposta pelo Ministério Público*¹⁰. É a forma pela qual o Ministério Público pleiteia em juízo não penal, pois do contrário seria “ação penal pública”.

Apesar do nome, insiste-se, os interesses individuais homogêneos seguem a disciplina relativa a direitos coletivos, e não a disciplina relativa a direitos meramente individuais. Para estes sim, nos termos do art. 129, da Constituição Federal, há que estar presente a indisponibilidade do interesse para a caracterização da legitimidade do Ministério Público, mas o mesmo não ocorre com os interesses individuais homogêneos, porque coletivos.

Frise-se, porém, uma vez mais: essa argumentação é secundária, pois esta ação, conforme exposto à saciedade, visa a proteção de interesses difusos e não de direitos individuais homogêneos. Ainda que se referisse apenas a tais direitos, são direitos absolutamente relevantes socialmente (o que bastaria para caracterizar a legitimidade do Ministério Público) e também são indisponíveis. Eles dizem respeito à reposição do patrimônio público e, bem como, do patrimônio histórico e cultural da nação.

É, portanto, equivocada, por todos os ângulos, a rejeição da pretensão ministerial sob o argumento de que a ação civil pública proposta não se prestaria à defesa dos interesses que se busca tutelar por meio dos pedidos formulados.

3.1.3. Do cabimento de pedido declaratório em sede de ação civil pública visando a defesa de *qualquer* interesse difuso ou coletivo

Inexistem vedações para a formulação de pedidos em sede de ação civil pública. Nos termos do artigo 83, do Código de Defesa do Consumidor, que também rege as ações civil públicas em geral, “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Como explica HUGO NIGRO MAZILLI: “admitem-se todas as espécies de ações, com qualquer rito ou pedido”.¹¹

¹⁰ Mazzilli, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, p. 13. No mesmo sentido, José Marcelo Menezes Vigliar, *Ação Civil Pública ou Ação Coletiva*, in *Ação Civil Pública*, p. 441.

¹¹ *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 204. E ainda: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 242.

Essa discussão, sobre a possibilidade de pedidos declaratórios em sede de ACP, está superada na jurisprudência. Confira-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

[...]

2. A característica da ação civil pública está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza multifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o mais adequado órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão.

[...]

5. As conseqüências da ação civil pública quanto ao provimento jurisdicional não inibe a eficácia da sentença que pode obedecer à classificação quinária ou trinária das sentenças.

6. *A fortiori*, a ação civil pública pode gerar comando condenatório, declaratório, constitutivo, autoexecutável ou mandamental.

[...] (1ª Turma – REsp 510.150-MA, Rel. Min. LUIZ FUX, unânime, j. 17/02/2004, DJ 29/03/2004, grifos nossos)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. DANO AO ERÁRIO. CABIMENTO. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. POSSIBILIDADE. ARTS. 292 DO CPC. 19 DA LEI Nº 7.347/85 E 83 DA LEI Nº 8.078/90.

1. A Constituição Federal, no art. 129, inciso III, considerou o patrimônio público como um interesse difuso. A Lei da Ação Civil Pública, ao tutelar outros interesses difusos e coletivos aí inclui o patrimônio público. Precedentes.

2. A Lei nº 7.347/85 – LACP – prevê a utilização subsidiária do Estatuto de Ritos, autorizando vários tipos de provimentos jurisdicionais para a defesa dos interesses difusos e coletivos, que devem ser estendidos às situações descritas no art. 3º da LACP.

3. Admite-se a cumulação de pedidos em ação civil pública, desde que observadas as regras para a cumulação previstas no art. 292 do CPC.

O art. 21 da Lei nº 7.347/85 remete-se à regra do art. 83 do CDC que autoriza a obtenção de provimento jurisdicional de qualquer natureza: condenatório, mandamental, declaratório ou constitutivo. (2ª Turma – REsp 547.780-SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, unânime, j. 02/02/2006, DJ 20/02/2006, grifos nossos)

E ainda:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPATIBILIDADE DAS AÇÕES. ART. 6º DA LEI N. 8.906/1994. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211 DO STJ.

1. É cabível a propositura de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, tendo em vista a natureza difusa do interesse tutelado. Mostra-se lícita, também, a cumulação de pedidos de natureza condenatória, **declaratória** e constitutiva pelo Parquet por meio dessa ação.

2. Recurso especial improvido. (2ª Turma – REsp 507.142-MA, Rel. Min. JOÃO NORONHA, unânime, j. 13/03/2006, DJ 13/03/2006, grifo nosso)

A sentença, portanto, está em manifesto descompasso com a lei e com a jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ao rejeitar a ação civil pública com pedido meramente declaratório.

Essa matéria também foi objeto de apreciação pela 5ª Turma deste E. Tribunal Regional Federal ao apreciar apelação do MPF na ação relativa à morte de MANOEL FIEL FILHO (autos nº 2009.61.00.005503-0/SP), antes referida. No acórdão unânime, apontou o eminente Desembargador ANDRÉ NEKATSCHALOW:

Penso que a hipótese regula-se pelo parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária à legislação extravagante:

Art. 4º. O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

I - da existência ou da inexistência de relação jurídica;

II - da autenticidade ou falsidade de documento.

Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

Esse dispositivo soluciona o problema da própria admissibilidade da ação declaratória: dado que a jurisdição é predestinada a apreciar

conflitos concretamente existentes, poder-se-ia objetar que faltaria interesse à parte para pedir tão-só a declaração de algo sem que daí se seguisse alguma consequência prática. Por essa razão, fica instituída a admissibilidade da ação declaratória, ainda que tenha havido violação do direito alegado. Não há como se impor ao demandante uma suposta obrigação de agregar pretensão condenatória, caso não seja do seu interesse. O benefício prático, escusado lembrar, é a própria coisa julgada que haverá de se formar quanto ao *direito* (não fato!) controvertido. Por outro lado, malgrado haja uma lei específica que regulamente a ação civil pública, não se trata de uma ação "típica", isto é, amalgamada ao próprio direito material a ela subjacente. A circunstância de haver disposições legais que *outorgam* legitimação extraordinária e *ampliam* o campo de abrangência da jurisdição, tornando passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário de conflitos que, até então, não desfrutavam de meios adequados, induz à compreensão de que suas disposições não se resolvem facilmente em *proibição* à determinada modalidade de tutela jurisdicional. Considerada a admissibilidade genérica da ação declaratória pelo ordenamento processual civil e não se tratando de ação típica, mas mera legitimação extraordinária para a tutela de interesses difusos ou coletivos, não se extrai daí a inadmissibilidade da pretensão à declaração de direito.

Mas não é só. O MM. Juiz *a quo* também sustenta que não há previsão normativa de uso da ação civil pública para a tutela de direitos difusos e coletivos não expressamente elencados na Lei nº 7.347/85.

Antes de demonstrar que sua assertiva decorre de grave erro material na leitura cronológica das alterações na redação do art. 1º, da Lei 7.347/85, deve-se salientar que a matéria tem tratamento **constitucional**, sendo absolutamente equivocado buscar soluções no nível do ordenamento legal.

É o artigo 129, inciso III, que superou o vazio legislativo pré-1988 para fixar peremptoriamente o cabimento da ação civil pública na proteção de **outros [quaisquer]** interesses difusos e coletivos, *verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

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

Somente esse comando é suficiente para espancar o empecilho adotado pelo magistrado de primeiro grau. A Lei Fundamental da República brasileira foi expressa em definir o uso da ação civil pública para a defesa de quaisquer interesses difusos e coletivos.

Porém, também no que diz respeito ao texto em vigor da lei, há vício na sentença. A afirmação de que a Lei nº 7.347/85 não possui preceito admitindo a ação civil pública para a defesa de “outros” direitos difusos e coletivos está errada. Como consequência, tem-se, na r. Sentença apelada, uma decisão que nega vigência, na mais literal acepção do termo, ao inc. IV, do art. 1º, da Lei de Ação Civil Pública.

O equívoco da r. sentença decorre provavelmente de consulta ao sítio eletrônico da Presidência da República (www.planalto.gov.br), o qual indevidamente omite da redação do artigo 1º, da Lei nº 7.347/85, o inciso relativo a “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.¹²

Porém, consultando-se diretamente o texto de cada uma das normas federais que alteraram a Lei 7.347/1985, verifica-se que o inciso IV, do art. 1º, que permite a tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo, está indubitavelmente em vigor.

Há de se inferir que o grave erro do serviço de legislação do sítio eletrônico do Planalto se deve à confusão legislativa gerada pela renumeração de dispositivos legais e à subsequente aprovação de alterações na lei processual por medida provisória, expedientes que, não por acaso, foram posteriormente proibidos por reformas constitucionais e legais. Explica-se.

Quando aprovada pelo Congresso Nacional, em 1985, a Lei da Ação Civil Pública teve seu então inciso IV, que permitia a tutela de “qualquer outro interesse difuso”, vetado.

Assim, a previsão **em lei** (na Constituição já existia desde 1988) da possibilidade de tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo por meio de ação civil pública só veio a ser expressamente admitida com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, que adicionou o IV ao art. 1º, da LACP.¹³

Em 10 de julho de 2001, foi publicada a Lei nº 10.257 (Estatuto das Cidades), para incluir a tutela da ordem urbanística como possível objeto de ação civil pública, renumerando-se os incisos do art. 1º, da LACP:

¹² Trata-se de *error in iudicando* que viola literal disposição de lei.

¹³ “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’.”

Art. 53. O art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar acrescido de novo inciso III, renumerando o atual inciso III e os subseqüentes:

"Art. 1º [...]
[...]
III - à ordem urbanística;
[...]"

Diante desta mudança, o dispositivo que permitia a tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo foi renumerado, passou de inciso IV a inciso V, mas não foi suprimido.

O art. 53, do Estatuto das Cidades, foi, entretanto, expressamente revogado pela Medida Provisória nº 2.180-3, que, ao mesmo tempo, reinseriu a previsão de tutela da ordem urbanística como inciso VI. Vejamos:

Art. 6º Os arts. 1º e 2º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 1º

.....

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

VI - à ordem urbanística.

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados."

Da transcrição acima verifica-se, novamente, que não houve supressão do inciso relativo a "qualquer outro interesse difuso ou coletivo". Com essas alterações, a numeração original do art. 1º, da LACP, alterada pelo dispositivo do Estatuto das Cidades, foi restaurada (ao mesmo tempo em que foram adicionados dois novos incisos).

Por cautela, ressalta-se que não se trata de hipótese de reprimenda tácita, vedada em nosso ordenamento. O que há é a revogação de norma que adiciona um inciso e renumera os demais.

Portanto, a redação vigente do art. 1º, da Lei 7.347, de 1985, não pode ser outra senão a seguinte:

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.

Esta é a redação atribuída ao texto legal por editoras jurídicas brasileiras de credibilidade notória, como Saraiva (Theotônio Negrão)¹⁴ e Forense (Humberto Theodoro Junior)¹⁵.

Logo, tanto a Constituição como a Lei contemplam a tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo por meio de ação civil pública, sendo certo que o Ministério Público tem legitimidade para propor essas demandas, especialmente quando presente o interesse público.

O capítulo VI da r. Sentença é, destarte, também por esse motivo, insubsistente.

3.1.4. Da diferença entre “fato” e “mero fato” para o direito processual civil

Nos capítulos VII e VIII da r. Sentença, o MM. Juiz *a quo* sustenta que os itens 2, 3 e 4 do pedido formulado na petição inicial constituem “pedido de declaração de mero fato” e que seria “manifesta a ausência de interesse processual” (fls. 804, verso).

Com efeito, o direito pátrio não reconhece interesse processual no manejo de ações que tenham como objeto fatos sem relevância para o direito (“meros fatos”). Entretanto, é preciso ter em vista que a aplicação do direito (ou a declaração de uma relação jurídica) sempre depende do conhecimento prévio de uma *situação de fato*. O direito regula condutas, ou seja, fatos! Assim, na atividade jurisdicional, o magistrado examina situações de fato para declarar o direito.

¹⁴ 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.

¹⁵ V.g. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 973.

Não há relação jurídica que possa ser aclarada sem se partir de um **fato**, desde, é claro, que ele seja **relevante para o direito**. É apenas desses que trata o direito processual civil.

A confirmação disso pode ser encontrada no artigo 282, inc. III, do CPC, o qual exige que se descreva, como causa de pedir, tanto a causa remota como a causa próxima, ou seja, “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”. A lei processual diz, com essa regra, que, se da causa remota (fato) não exsurge nenhuma relevância para o direito, não há causa de pedir próxima (fundamento jurídico ou relação jurídica ou ainda efeito daquele fato da vida juridicizado¹⁶) e, portanto, não estão completos os elementos da ação.

Logo, de um “mero fato”, sem relevância para o ordenamento jurídico, não exsurge nenhum fundamento jurídico. Este “mero fato” não pode, assim, ser objeto de ação. De ação nenhuma, na dicção do artigo 282 supramencionado, e não apenas da ação declaratória.

Tudo porque o nosso CPC adotou a chamada teoria da substanciação¹⁷, ou substancialização da causa de pedir, ou seja:

[...] se exige do demandante indicar, na petição inicial, qual o fato jurídico e qual a relação jurídica dele decorrente. Não basta a indicação da relação jurídica, efeito do fato jurídico, sem que se indique qual o fato jurídico que lhe deu causa [...].¹⁸

Quando o artigo 4º, do CPC, admite que “o interesse do autor pode limitar-se à declaração”, ele está apenas abrindo o leque de ações possíveis porque o natural seria que o autor, partindo da narrativa dos fatos e seus fundamentos jurídicos, formulasse pedidos condenatórios ou constitutivos. Mas pode ocorrer de não ser possível, ou de o autor não querer chegar ao pedido de condenação ou constituição, sem que antes fique aclarada, com força de coisa julgada, a relação jurídica, ou seja, a consequência jurídica de determinado fato. Esta foi a abertura do Código de Processo Civil: admitir a *mera declaração*. Não significa que no seu artigo 4º ele tenha negado toda a linha que o orienta, impedindo que fatos juridicamente relevantes sejam trazidos à baila no seio de ações declaratórias para que estas se centrassem apenas na relação jurídica deles decorrente (causa próxima – como se fosse possível cuidar desta sem partir da causa remota).

¹⁶ Cfe. Freddie Didier Jr., *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador/BA: Editora, Podium, 12ª edição, 2010, p. 424.

¹⁷ A teoria oposta a esta, não adotada pelo CPC, é da “individualização”, para a qual basta a identificação, na inicial, da relação jurídica.

¹⁸ Freddie Didier Jr.. *Op.cit*, p. 425.

E o Código é certo ao restringir a declaração à relação jurídica, pois é esta que define se o fato é jurídico, ou não. É dizer, se tem relevância para o direito ou se é apenas um “mero fato”. Se não houver relação jurídica dele decorrente, será mero fato, portanto, não pode ser objeto de ação. Além do mais, fatos não são “declarados”, são constatados. Feito isto, parte-se então para a declaração da relação jurídica dele decorrente, se houver.

A única exceção à impossibilidade de se tratar de “meros fatos” no seio das ações declaratórias diz respeito à autenticidade ou falsidade de documento (art. 4º, inc. II). Aqui a relevância jurídica é tida como naturalmente presente, não havendo que se dizer qual a relação jurídica emergente.

Essa mesma preliminar foi muito bem enfrentada pelo MM. Juiz de Direito GUSTAVO SANTINI TEODORO, nos autos de ação similar a esta (processo nº 583.00.2005.202853-5, 23ª Vara Cível de São Paulo/Capital). Vale transcrever suas conclusões e fundamentos que seguem as tradicionais lições de Pontes de Miranda:

À luz de tudo que se expôs, pode-se afirmar que tortura, como ato ilícito absoluto, faz nascer uma relação jurídica, que pode ser objeto de ação declaratória. Voltem-se algumas páginas naquele tomo do Tratado das Ações [atualizada por Vilson Rodrigues Alves, tomo II, 1ª edição, editora Bookseller, 1998, § 4o] (pág. 56.), para constatar também que a natureza da discussão travada nestes autos não é obstáculo à ação declaratória: “O interesse jurídico na declaração não precisa ser de direito privado, pode ser de direito público, ou moral, no campo privado ou no campo público (e.g., político).”

É certo que a presente ação declaratória é bastante incomum e pode dar margem a interpretações leigas equivocadas. Para que estas não contaminem a análise, que deve ser técnico-jurídica, vem a calhar, novamente, do Tratado das Ações, o que pontifica seu autor (tomo II, pág. 49): “As relações jurídicas (e) são, necessariamente, irradiações de fatos jurídicos (d) e em todos os fatos jurídicos há fatos puros, (c) que compõem ou entram na composição do suporte fático (b) da regra jurídica (a). Mas o que se quer seja declarado e se pode declarar, na sentença que se profere, é (e) e não (d), (c), (b) ou (a). Às vezes, nos julgados, se diz declarar-se (d), ou declarar-se o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, mas ao direito, à pretensão, à ação ou à exceção corresponde relação jurídica necessariamente, e é isso o que se declara. Os autores de ações declarativas não raro pedem declaração

de (d), e são repelidos; outras vezes, de (c), e as decisões frisam o erro no pedido (...). É aconselhável, quando se pede a declaração de (d), que o juiz busque nas postulações ou na discussão posterior salvar a ação, descobrindo qual a relação jurídica, resultante de (d), cuja existência se controverteu. (...)"

No caso em tela, o prolator da sentença apelada trouxe (fls. 805, verso) um argumento interessante à primeira vista: será que a circunstância de os fatos descritos na ação terem sido eventualmente colhidos pela anistia ou pela prescrição retiraria a relevância jurídica do contido nos pedidos 3 e 4 (declaração da responsabilidade pessoal dos réus USTRA e MACIEL pela perpetração de violações a direitos humanos)? Não haveria mais nenhuma consequência jurídica a ser aclarada judicialmente, tendo se transformado em “meros fatos”?

Evidente que não. Primeiro, porque o direito à informação e à revelação da verdade são autônomos e subsistem mesmo sem a possibilidade de serem aplicadas sanções aos réus. A sociedade e os familiares das vítimas têm o direito de saber que agentes públicos, no exercício da função, cometeram graves ilícitos, ainda que o regime jurídico impeça a sanção pessoal.

Em segundo lugar, porque o empecilho à sanção penal, decorrente da Lei de Anistia, não se estende às outras esferas de responsabilidade, sejam administrativas ou civis. Prevalece, nesse caso, a independência de instâncias. Nesse particular, vale apontar que o voto do Ministro MARCO AURÉLIO, no julgamento da ADPF 153, invocado pelo magistrado *a quo*, foi amplamente rechaçado no mesmo julgamento. Dos votos até o momento divulgados e que acompanham estas razões, além dos Ministros CARLOS BRITTO e RICARDO LEWANDOWSKI, que julgaram procedente a ADPF, vejam-se os do relator Ministro EROS GRAU, p. 13/15 e 64/66, do Ministro CEZAR PELUSO, p. 5 e do Ministro CELSO DE MELLO, p. 40/45.

Dentre esses, vale transcrever parte do voto da Ministra CARMEN LÚCIA. Sua Excelência, apesar de admitir a interpretação que estende a anistia para esse tipo de crimes, foi categórica sobre a sua não interferência em medidas judiciais como as perseguidas na presente ação. Confira-se:

Outros efeitos da atuação dos agentes estatais no período indicado não estão fora das conseqüências 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.

[...]

Todo povo tem o direito de saber, mesmo dos seus piores momentos. Saber para lembrar, lembrar para não esquecer e não esquecer para não repetir erros que custaram vidas e que marcam os que foram sacrificados por pais torturados, irmãos desaparecidos, dentre outras atrocidades.

[...] 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.

[...]

Reitero que esta 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 e se reconstruir a história compõe a ética constitucional, e haverá de ser respeitada. E tal conhecimento não é despojado de conseqüências, porque o que se anistiou foi apenas – e não é pouco - em termos de direito penal, não de responsabilidade do Estado, que haverá de para tanto ser convocado e responder segundo os princípios jurídicos do

sistema vigente. E, em regresso, deverá o Estado voltar-se contra os que lhe atingiram os deveres de lealdade aos limites de ação respeitosa das pessoas políticas com os homens e as mulheres cujos direitos fundamentais foram cruamente atingidos.

[...]

O Brasil tem o direito de saber e o Estado tem o dever de informar, para que não sejam esquecidos os horrores perpetrados contra os brasileiros. [grifos nossos]

Mas não é apenas isso que impõe a reforma da sentença. **Prescrição e anistia são matérias de mérito.** Não se pode negar a prestação jurisdicional “ab-initio” com base no fundamento de que os fatos teriam perdido a relevância jurídica por conta da prescrição e da anistia. Para fazê-lo, era preciso adentrar-se ao mérito e não negar a possibilidade da via da ação declaratória.

Finalmente, de ser repelida também a ilação de que o autor pretende utilizar a ação civil pública para a produção de “verdade histórica” ou da “reconciliação nacional” (sentença, fls. 805, verso). Em nenhum lugar da petição inicial foi feita essa afirmação. Ao contrário, o autor expôs que essa ação é instrumento de Justiça Transicional, que contempla medidas judiciais para a produção da “verdade judicial”, ao lado de medidas não-judiciais, de promoção da “verdade histórica”. Evidente, pois, que esta ação **judicial** busca verdade **judicial**. Da mesma forma, a reconciliação nacional é sempre um objetivo social a ser alcançado, dependente de diversas providências. E, com certeza, a procedência dos pedidos desta demanda é parte desse conjunto de medidas de Justiça Transicional, e seus reflexos podem contribuir para essa reconciliação do país com a verdade e a justiça e, em decorrência, suas instituições. Mas, obviamente, esse não é o objeto direto da ação e nem se imagina que o sucesso da demanda, por si só, seja capaz de produzir tal resultado no meio social.

Conclui-se, portanto, que a relação jurídica a que se refere o artigo 4º, do CPC, surge de fatos, mormente daqueles que se traduzem em atos ilícitos. É sempre com base na narrativa de fatos que se quer ver aclarada a relação jurídica emanada. Não há nada de errado com os pedidos declaratórios formulados, merecendo a r. Sentença ser reformada em mais este ponto.

3.2. Os pedidos condenatórios constantes dos itens 5 e 6

Confira-se seu inteiro teor:

5. condenar os réus CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA e AUDIR SANTOS MACIEL a repararem regressivamente, e em relação aos casos ocorridos nos períodos em que respectivamente comandaram o DOI/CODI do II Exército, os danos suportados pelo Tesouro Nacional na forma da Lei nº 9.140/95 a título de indenização aos parentes das vítimas indicadas no item 2 desta inicial, tudo atualizado monetariamente e acrescido de juros moratórios pelos índices aplicáveis aos créditos da Fazenda Nacional;

6. condenar os réus CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA e AUDIR SANTOS MACIEL a repararem os danos morais coletivos, mediante indenização a ser revertida ao Fundo de Direitos Difusos, em montante a ser fixado na sentença, ou outra providência material cabível, com base nos elementos que forem apurados no curso da ação;

Para o MM. Juiz:

a) houve prescrição da pretensão relativa ao direito de regresso em favor do patrimônio público, pois as Leis Federais 9.140/95 e 10.559/2002 reabriram prazos prescricionais para cobranças em face da União Federal, não podendo atingir os autores dos delitos (fls. 806/807vº);

b) ainda que se trate de tortura, não há previsão constitucional ou legal de imprescritibilidade, mesmo a ausência de prescrição constante do § 5º, do artigo 37, da Constituição, refere-se apenas a “danos ao erário”, “nada tem a ver com os danos causados a particulares por agentes do Estado” (fls. 807/807 vº);

c) “a regra é a prescrição das pretensões, presentes a segurança jurídica e necessidade de estabilização das relações jurídicas. A exceção é a imprescritibilidade. Por ser exceção, os dispositivos que a estabelecem (a imprescritibilidade) sempre devem ser interpretados restritivamente” (fls. 807 vº);

d) as interpretações de tribunais internacionais que têm afastado a prescrição nos casos de tortura não são fontes de direito em nosso País tendo em vista o princípio da legalidade previsto no art. 5º, inc. II, da Constituição e o Brasil não “subscreveu a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968” (fls. 808);

e) o Brasil não está sujeito a condenações da Corte Interamericana por fatos ocorridos anteriormente a 10 de dezembro de 1998 (fls. 808 vº);

f) finalmente, qualquer pretensão dirigida à condenação dos réus em relação aos crimes ocorridos no DOI/CODI, do II Exército, mesmo cível, esbarra no disposto na Lei da Anistia, a qual foi considerada aplicável, inclusive para autores de crimes contra a humanidade, quando do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADPF 153, com eficácia vinculante (fls. 808 vº e 809).

3.2.1. Da inoccorrência de prescrição

As Leis Federais 9.140/95 e 10.559/2002, que admitiram expressamente cobranças por parte das vítimas e seus familiares em face da União Federal, não poderiam ter sido utilizadas como fundamento para se chegar à conclusão de improcedência.

Essas leis cuidam de indenizações devidas às pessoas das vítimas e de seus familiares. Esta ação tem como sujeito ativo a coletividade. Portanto, não tratam do mesmo objeto.

Além disso, elas não esgotam o tema. Apenas disciplinam a forma como o Brasil decidiu conceder indenizações às vítimas e seus familiares (valores, prazos *administrativos*). Não criaram direito algum e nem poderiam fazê-lo. Aliás, mesmo antes e após as suas edições, vítimas e familiares vêm obtendo perante o Poder Judiciário indenizações pelos mesmos fatos, tendo o Superior Tribunal de Justiça fixado remansosa jurisprudência de imprescritibilidade dessas pretensões. Logo, aquelas leis não esgotaram o espectro das consequências e lesões a bens jurídicos gerados pela ditadura militar brasileira que podem ser levadas ao Poder Judiciário.

Não houve renúncia ao prazo prescricional mediante a edição das referidas Leis, pois a União não poderia renunciar a algo que não existe.

O direito a indenizações decorrentes de graves lesões a direitos humanos é imprescritível, conforme exposto na petição inicial (fls. 48/61) e na réplica (fls. 575/582) . E também é imprescritível a ação que visa recompor os danos causados ao erário pela via regressiva. Passemos a cada uma dessas hipóteses, cuidando primeiramente desta última.

a) *Imprescritibilidade de ações regressivas para recomposição dos cofres públicos*

A regra de ausência de prescrição constante do § 5º, do artigo 37, da Constituição, se aplica à relação jurídica entre o Estado e o agente público que lhe provoca dano.

Ora, crimes contra a humanidade são “ilícitos” praticados por agentes do Estado e que causaram prejuízos ao erário na medida em que os cofres públicos tiveram que arcar com as indenizações pagas às vítimas. Logo, na esteira do § 5º supra, não se fala em prazo para o ressarcimento, pois são imprescritíveis as ações de recomposição do patrimônio público. É o que dizem a doutrina e jurisprudência amplamente predominantes a respeito do conteúdo da cláusula final do § 5º, do artigo 37, da Constituição.

A circunstância de se tratar de uma obrigação de recompor regressivamente o patrimônio público em razão da responsabilidade objetiva do Estado por atos ilícitos não afasta a norma constitucional que define a imprescritibilidade dos danos ao erário. Sendo, em decorrência da natureza da lesão produzida pelo agente ao particular, imprescritível a pretensão de recomposição, esse atributo se estende a todas as relações jurídicas vinculadas ao dever de reparar.

E mais: o fato de a responsabilidade objetiva do Estado ser reconhecida por uma sentença ou por um ato legislativo não modifica a substância da relação jurídica. Tanto a sentença como a lei são atos do Estado, de reconhecimento de um dever objetivo de reparação de danos. E, em ambos os casos, é dever do Poder Público adotar as providências para ressarcimento do erário, se se verifica a existência de responsabilidade subjetiva do agente causador do dano reparado.

O conteúdo material do dever de adotar medidas de cobrança regressiva de importâncias financeiras suportadas a partir da responsabilidade objetiva do Estado não se altera nem se dispensa pela espécie de ato estatal que reconheceu essa obrigação. Seja sentença ou lei, ou ato oriundo do Poder Judiciário ou Legislativo, a essência dos vínculos existentes é a mesma.

Aliás, a Lei nº 9.140/95, ao atribuir indenizações aos familiares de determinadas vítimas, é uma lei de efeitos concretos, com a mesma natureza da sentença judicial. E, ao conceder indenizações, jamais teria dispensado o ressarcimento aos cofres públicos pois tal dever decorre de dispositivo constitucional (art. 37, § 6º, CF).

Logo, é inelutável que a ação regressiva na hipótese tratada na petição inicial amolda-se à previsão constitucional de “ressarcimento ao erário”.

Passa-se à análise da imprescritibilidade dos fatos praticados àquela época.

b) Imprescritibilidade e crimes contra a humanidade (graves lesões a direitos humanos)

Conforme já se assinalou na réplica, o sistema de justiça brasileiro não reconheceu, até agora, o conceito de crime contra a humanidade e de sua inerente imprescritibilidade. Mas mesmo que se aplique apenas as normas internas: a pretensão veiculada nesta Ação Civil Pública tem sua imprescritibilidade fundada na proteção constitucional aos direitos humanos.

Não é o Ministério Público que afirma isto, mas o Supremo Tribunal Federal no histórico julgamento do caso ELLWANGER:

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 (Pleno, HC 82.242/RS, rel. para o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 17/09/03).

Em igual sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também citada na petição inicial:

ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE POLÍTICA. PRISÃO E TORTURA. INDENIZAÇÃO. LEI Nº 9.140/1995. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. REABERTURA DE PRAZO.

1. Ação de danos morais em virtude de prisão e tortura por motivos políticos, tendo a r. sentença extinguido o processo, sem julgamento do mérito, pela ocorrência da prescrição, nos termos do art. 1º, do Decreto nº 20.910/1932. O decisório recorrido entendeu não caracterizada a prescrição.

2. Em casos em que se postula a defesa de direitos fundamentais, indenização por danos morais decorrentes de atos de tortura por motivo político ou de qualquer outra espécie, não há que prevalecer a imposição quinquenal prescritiva.

3. 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.

4. A imposição do Decreto nº 20.910/1932 é para situações de normalidade e quando não há violação a direitos fundamentais protegidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e pela Constituição Federal.

5. O art. 14, da Lei nº 9.140/1995, reabriu os prazos prescricionais no que tange às indenizações postuladas por pessoas que, embora não desaparecidas, sustentem ter participado ou ter sido acusadas de participação em atividades políticas no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979 e, em conseqüência, tenham sido detidas por agentes políticos.

6. Inocorrência da consumação da prescrição, em face dos ditames da Lei nº 9.140/1995. Este dispositivo legal visa a reparar danos causados pelo Estado a pessoas em época de exceção democrática. Há de se consagrar, portanto, a compreensão de que o direito tem no homem a sua preocupação maior, pelo que não permite interpretação restritiva em situação de atos de tortura que atingem diretamente a integridade moral, física e dignidade do ser humano.

7. Recurso não provido. Baixa dos autos ao Juízo de Primeiro Grau. (REsp 379414/PR, Rel Ministro JOSÉ DELGADO, 1ª TURMA. Julgamento 26/11/2002, RSTJ 170/120).

Logo, não há necessidade de cláusula constitucional expressa no sentido da imprescritibilidade. Do contrário, o Supremo Tribunal Federal teria errado em sua interpretação.

Ademais, como vem sendo afirmado desde a propositura da demanda, esta ação trata dos reflexos cíveis de fatos que se amoldam ao conceito de crime contra a humanidade. Foram ilícitos cometidos por agentes do Estado brasileiro, dentro de um padrão sistemático e generalizado de perseguição contra parcela da população civil.

A caracterização de tais atos como crimes de lesa-humanidade, ou contra a humanidade, impede o Estado de esquecer-los e deixá-los impunes, independentemente do tempo transcorrido. É o que também apontou JUAN MÉNDEZ, no parecer técnico¹⁹ encartado a fls. 559, com tradução a fls. 639 e seguintes, e que se pede seja considerado parte integrante deste recurso.

Apesar de, no Brasil, as autoridades em geral terem muita resistência à aplicação de tal conceito (a sentença apelada é apenas mais uma demonstração disto), o País está sujeito a essa normatização.

A disciplina dos crimes contra a humanidade integra o direito consuetudinário internacional e está entre os princípios fundamentais de direitos humanos que compõem o denominado “jus cogens”, ou seja, conjunto de normas internacionais imperativas “erga omnes”, que devem ser respeitadas por todos os Estados independentemente da subscrição de tratados ou convenções.

Em particular, o costume internacional que obriga à responsabilização dos autores de crimes contra a humanidade já vigia nas décadas de 60 e 70, quando praticadas as bárbaras violações aos direitos humanos relatadas nesta ação civil pública.

De fato, a primeira formalização do crime contra a humanidade ocorreu no artigo 6.c do Estatuto do Tribunal de Nüremberg. A definição adotada no Estatuto do Tribunal de Nüremberg foi ratificada na primeira sessão da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 11 de dezembro de 1946, através da Resolução nº 95, com a participação do Estado brasileiro.

¹⁹ *Parecer técnico sobre la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad, la imprescritibilidad de algunos delitos y la prohibición de amnistías*, firmado por Juan Méndez, presidente do ICTJ, e Gilma Tatiana Rincón Covelli, assessora jurídica, 15 de setembro de 2008.

Em 1947, a Assembléia Geral da ONU determinou que esses princípios de direito internacional utilizados pelo Tribunal de Nüremberg fossem consolidados em um documento escrito, cuja elaboração foi confiada à Comissão de Direito Internacional (Resolução nº 177 (II), de 21.11.1947). A Comissão, em 1950, aprovou um rol de sete princípios, valendo destacar o segundo deles: **“O fato do direito interno não impor punição a um ato que constitui crime segundo o direito internacional não exime a pessoa que cometeu o ato de ser responsabilizada perante o direito internacional.”**²⁰

Esse princípio estabelece uma norma contra a impunidade nos crimes de guerra, contra a paz e contra a humanidade. Sempre que o direito interno de um país (ou suas instituições) não for apto a punir os autores desses delitos, deverá ser aplicado o direito internacional para garantir a responsabilização pessoal do perpetrador da violação. Óbices de qualquer natureza devem ser afastados, desde atipicidade, até anistias ou prescrições.

Assim, quando membros das Forças Armadas e da polícia no Brasil praticavam, nos anos 60 e 70, o sequestro, a tortura, o homicídio e a ocultação de cadáveres, dentro de um padrão de perseguição a qualquer suspeita de dissidência política, essas condutas já eram reputadas pelo direito como crimes contra a humanidade.

É particularmente importante que não se tenha dúvidas quanto à existência de um regime jurídico específico sobre crimes contra a humanidade, vigente antes da perpetração por agentes do governo brasileiro dos graves crimes apontados nesta manifestação. A antijuridicidade da conduta de matar e torturar em larga escala era evidente a qualquer um, mormente após os horrores da Segunda Guerra Mundial e a condenação internacional dos responsáveis.

Note-se que o Brasil firmara tanto a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, abril de 1948) como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, dezembro de 1948). Em ambas consagraram-se princípios constantes do costume internacional, valendo destacar os seguintes:

. Declaração Americana:

²⁰ Tradução livre do texto. *Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal. Principle II: “The fact that internal law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from the responsibility under international law.”* Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf>. Acesso em 09 set. 2008.

Artigo I. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.

[...]

Artigo XXV. [...] Todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade. Tem também direito a um tratamento humano durante o tempo em que o privarem da sua liberdade.

Artigo XXVI. [...] Toda pessoa acusada de um delito tem direito de ser ouvida em uma forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas.

. Declaração Universal:

Artigo III. Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

[...]

Artigo V. Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

A razão de ser do conceito de crime contra a humanidade reside na necessidade de **não deixar impunes** graves perpetrções de atos desumanos, principalmente quando circunstâncias internas do Estado impedem ou dificultam a responsabilização.

O reconhecimento de um crime contra a humanidade com base no arcabouço do direito internacional dos direitos humanos (o que foi negado na sentença apelada) é a real garantia de que o direito positivo de um Estado perpetrador de crimes dessa natureza não pode prevalecer.

Com efeito, é usual que as normas internas em um Estado autoritário sejam editadas ou interpretadas para preservar a ocultação e impunidade dos atos de seus agentes. Por esse motivo, os Estados da comunidade internacional (inclusive o Brasil) assumem a obrigação de aplicar, na hipótese de insuficiência do direito positivo interno, os princípios do direito internacional que não reconhecem validade aos atos legislativos ou materiais que, direta ou indiretamente, sejam fonte de proteção aos autores dessas graves violações aos direitos humanos.

O “jus cogens” determina, nessas situações, dentre outras consequências, o seguinte:

a) o afastamento da prescrição (*period of limitation*), para que os fatos sejam investigados, e seus autores processados e punidos, após o sistema de justiça retomar plenamente as condições de promover um processo justo e imparcial em face do poder autoritário;

b) a desconsideração de leis editadas durante tal regime que beneficiem desproporcionalmente os autores desses crimes, sejam elas de qualquer hierarquia ou natureza, inclusive leis de anistias; e

c) a aplicação da jurisdição universal para o processamento e julgamento dos autores desses crimes.²¹

Não se trata, tampouco, de fugir à aplicação do direito internacional imperativo sob o argumento de não serem os atos sindicáveis pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Primeiro, porque caberá à própria Corte definir sua competência *ratione tempore*. Aliás, note-se que está em processamento nesse tribunal internacional demanda envolvendo a aplicação desses princípios, apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em razão da falta de apuração e responsabilização pelo Estado brasileiro de violações aos direitos humanos durante a repressão à denominada Guerrilha do Araguaia (caso Júlia Gomes Lund) e, no qual, certamente a definição da jurisdição será preliminarmente enfrentada.

Em segundo lugar, porque embora a prática das violências tenham se iniciado antes da ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a impunidade e a ocultação desses fatos permanecem até a atualidade, sendo conduta que, por si só, viola os compromissos internacionais, impostos por convenções ou pelo costume.

Em terceiro lugar, porque mesmo se esses atos não forem passíveis de apreciação por Corte internacional, compete ao Poder Judiciário brasileiro preservar e aplicar no âmbito interno esse conjunto de normas internacionais, sob pena de, na condição de órgão político do Estado, instituir uma insanável contradição entre a prática interna e as obrigações perante a comunidade internacional.

²¹ V., dentre outros, o julgamento pelo sistema de justiça israelense de ex-oficiais nazista (v.g., caso “Eichmann”), bem como do julgamento do ex-ditador chileno Augusto Pinochet pela Justiça espanhola.

Em que pese já colacionada na petição inicial (fls. 44 a 47), vale, em relação a esses aspectos, repetir a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso ALMONACID ARELLANOS (doc. 9 juntado à inicial):

110. A obrigação conforme o direito internacional de ajuizar e, se são declarados culpáveis, castigar os perpetradores de determinados crimes internacionais, dentre os quais os crimes contra a humanidade, decorre da obrigação de garantia consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana. Essa obrigação implica no dever dos Estados-Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e sancionar toda violação aos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, restabelecer, se possível, o direito violado e, nesse caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos. Se o aparato do Estado atua de modo que tal violação permaneça impune e não se restabeleça, na medida do possível, a vítima na plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que foi descumprido o dever de garantir o livre e pleno exercício às pessoas sujeitas a sua jurisdição²².

111. Os crimes contra a humanidade produzem a violação de uma série de direitos inderrogáveis reconhecidos na Convenção Americana, que não podem permanecer impunes. Em reiteradas oportunidades o Tribunal assinalou que o Estado tem o dever de evitar e combater a impunidade, que a Corte definiu como ‘a falta em seu conjunto de investigação, persecução, captura, julgamento e condenação dos responsáveis das violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana’²³. Mesmo assim, a Corte determinou que a investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e orientada à determinação da verdade e à investigação, perseguição, captura, julgamento e castigo de todos os responsáveis intelectuais e materiais

²² Cf. “Caso Velásquez Rodríguez”. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C, n.º 4. Par. 166, e “Caso Godínez Cruz”. Sentença de 20 de janeiro de 1989. Série C, n.º 5. Par. 175. Referências contidas no texto original.

²³ Cf. “Caso de las Masacres de Ituango”. Sentença de 1º de julho de 2006. Série C, n.º 148. Par. 299; “Caso de la Masacre de Mapiripán”. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C, n.º 134. Par. 237; “Caso de la Comunidad Moiwana”. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C, n.º 134, Par. 203. Referências contidas no texto original.

dos fatos, especialmente quando estão ou possam estar envolvidos agentes estatais²⁴. A esse respeito, este Tribunal assinalou que não podem ser considerados efetivos aqueles recursos que, pelas condições gerais do país ou pelas circunstâncias particulares de um caso específico, resultem ilusórios.

[...]

114. Com as considerações anteriores, a Corte estima que os Estados não podem subtrair-se ao dever de investigar, determinar e sancionar aos responsáveis pelos crimes contra a humanidade aplicando leis de anistia ou outro tipo de norma interna. Conseqüentemente, os crimes contra a humanidade são delitos aos quais não pode ser concedida anistia.²⁵

c) Da irrelevância da anistia penal no âmbito cível

O julgamento recém proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede da ADPF nº 153, também utilizado pelo MM. Juiz para negar o pedido contido nesta ação, não deveria interferir na pretensão aqui veiculada. Isto porque está acima de qualquer dúvida que a anistia foi estritamente para fins penais e tampouco há controvérsia sobre versar a presente ação sobre pretensões de natureza cível.

Aliás, a inaplicabilidade da Lei de Anistia de 1979 para demandas de natureza civil foi expressamente ressalvada por alguns Ministros no próprio julgamento da ADPF, os quais destacaram a importância de se buscar providências relacionadas aos gravíssimos fatos do período nessa esfera. O apelante se reporta, no particular, ao que expôs no item 3.1.4 acima, em que transcreveu parte do voto da Ministra CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, bem como ao que consta dos votos do relator Min. Eros Grau, p. 13/15 e 64/66, do Min. Cezar Peluso, p. 5 e do Min. Celso de Mello, p. 40/45 (cópias anexas).

No mesmo sentido, o apelante destaca a bem lançada sentença do MM. Juiz de Direito GUSTAVO SANTINI TEODORO, nos autos mencionados no

²⁴ Cf. “Caso Ximenes Lopes *Vs.* Brasil”. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, n.º 149. Par. 148; “Caso Baldeón García *Vs.* Perú”. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C, n.º 147. Pár. 94 e “Caso de la Masacre de Pueblo Bello *Vs.* Colômbia”. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, n.º 140. Par. 143. Referências contidas no texto original.

²⁵ Tradução livre do texto. Cf. “Caso Almonacid Arellano y otros *Vs.* Chile”. “Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas”. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, n.º 154. Pars. 110-114. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em 24 set. 2007.

mesmo item 3.1.4. desta apelação, o qual baseou-se, mais uma vez com acerto, em tradicional doutrina, desta feita, da área criminal. Vejamos:

Basta ler a Lei nº 6.683/79 para verificar que, no que diz respeito à anistia, seu campo de incidência é exclusivamente penal. E há ainda mais argumentos a considerar, a seguir transcritos, propositadamente extraídos de obras jurídicas consagradas, editadas antes da Lei nº 6.683/79. Basileu Garcia, Instituições de Direito Penal, vol. I, tomo II, 4ª edição, 28ª tiragem, Max Limonad, 1965, págs. 671, 673 e 674, g.n.: “A anistia (...) tem em mira a pacificação dos espíritos, agitados por acontecimentos que, engendrando paixões coletivas, perturbam a ordem social, incidindo no Direito Penal. Aplica-se, em regra, a crimes políticos e a infrações que lhes sejam conexas. Às vezes, com o mesmo intuito apaziguador, são os seus efeitos estendidos a crimes militares, eleitorais, de imprensa e contra a organização do trabalho. (...) Exatamente porque o seu escopo é a pacificação dos espíritos, tem o condão de, 'ex vi legis', ocasionar o esquecimento absoluto do delito praticado. Anistia quer dizer, etimologicamente, esquecimento. Para todos os fins penais, passa-se uma esponja sobre o caso criminal. (...) Constitui matéria de controvérsia saber se o procedimento civil reparatório do dano 'ex delicto' é obstado pela anistia, desde que esta envolve em perpétuo silêncio o acontecimento criminoso – fonte do dever de indenizar. A opinião afirmativa exagera, inconsideradamente, no campo civil, os efeitos da anistia. Não é preciso ir-se tão longe. A anistia é uma renúncia à faculdade de punir. Como tal, só abrange direitos que podem ser renunciados pelo Estado, e não direitos de particulares, que são terceiros perante a munificência estatal.”

Anibal Bruno, Direito Penal, parte geral, tomo 3º, 3ª edição, 1967, pág. 202, g.n.: “Dessas formas de indulgência estatal, a de força extintiva mais enérgica e, portanto, de mais amplas conseqüências jurídicas é a anistia. Ela não se limita a excluir a pena, extingue o próprio crime e com ele todos os seus efeitos penais. Só lhe sobrevivem as obrigações de ordem civil. Caberá sempre ao responsável pelo dano o dever de indenizá-lo. O fato como crime cessa de existir, mas subsiste como acontecer histórico e dele podem resultar efeitos não-penais. Um destes é essa obrigação civil de reparação.”

E. Magalhães Noronha, Direito Penal, 1o volume, 8ª edição, Saraiva, 1972, págs. 379-380, g.n.: “Aplica-se, em regra, a crimes políticos,

tendo por objetivo apaziguar paixões coletivas perturbadoras da ordem e da tranqüilidade social; entretanto, tem lugar também nos crimes militares, eleitorais, contra a organização do trabalho e alguns outros. (...) É o mais amplo dos institutos enumerados pelo Código, pois colima o esquecimento do crime, que, a bem dizer, desaparece, visto a lei da anistia revogar, no caso, a penal. Cessam, assim, os efeitos penais do fato (...). Já o mesmo não sucede com os efeitos civis. Não alcança a reparação civil a anistia, já que ela é tão-somente renúncia ao 'jus puniendi'. Conseqüentemente, não abrangerá direitos – como a indenização do dano – que não pertencem ao Estado. (...)"

A admissão da anistia para fins inclusive civis, portanto, atenta contra a própria Lei nº 6.683/79, o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 153 e a doutrina tradicional brasileira.

3.3. O pedido condenatório constante do item 7

O Ministério Público Federal pretende ainda obter sentença visando:

7. condenar os réus CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA e AUDIR SANTOS MACIEL à perda das funções públicas que estejam eventualmente exercendo, bem como a não mais serem investidos em qualquer nova função pública.

Os mesmos fundamentos da r. Sentença descritos no item 3.2 também se aplicaram para afastar tal pedido, mas em relação a este o MM. Juiz acrescentou que a perda da função pública somente seria cabível nos termos da Lei 8.429/92, sobre improbidade administrativa, na qual não se funda a demanda e seria aplicável apenas a fatos ocorridos após a sua vigência.

Ora, a ideia de perda de cargo como uma forma de sanção do agente público, por atos praticados no exercício de função pública, existe desde priscas eras. Está prevista nos mais diversos estatutos, não tendo entrado no ordenamento jurídico apenas quando da edição da Lei 8.429/92.

A Lei 8.429/92, por seu turno, apenas cita, entre as sanções possíveis, aquelas aplicáveis a agentes públicos por atos de improbidade. Entre tais sanções, consta a perda de função, mas também constam outras, como o ressarcimento de danos. Isto não significa que, por exemplo, ações de reparação de danos em face de agentes públicos só possam ser veiculadas no seio de ações de improbidade.

Ademais, se a ação civil pública pode ventilar qualquer tipo de pedido, não será o fato de não ter constado a fls. 03 o título “ação civil pública cumulada com ação de improbidade” que obstará o alcance do bem jurídico almejado.

Como já afirmado nestas razões, inexistem vedações para a formulação de pedidos condenatórios em sede de ação civil pública (art. 83, CDC). E há que se lembrar sempre que a ação não versa sobre simples ilícitos. Em abono ao que constou da petição inicial, reafirma-se:

É frontalmente atentatório aos princípios da moralidade e da legalidade a permanência na administração pública de pessoas que praticaram crimes contra a humanidade.

É requisito para a investidura em função pública a higidez moral, não sendo possível atribuir a *apresentação* do Estado àqueles que judicialmente forem declarados responsáveis pela prática, no exercício da função, de gravíssimos atos ilícitos, tais como homicídio, tortura e desaparecimento forçado de cidadãos.

Deve ser afastado do serviço público o agente público que teve a oportunidade de compor os quadros da administração, mas que não cumpriu seus deveres legais de honestidade, legalidade e moralidade. Não se trata, pois, de presumir a incompatibilidade do indivíduo com a função pública, mas sim de reconhecer que ele praticou atos concretos de lesão aos interesses que deveria resguardar. Há, portanto, a perda do direito de acesso a cargos públicos, por decorrência da conduta do próprio agente.

[...]

Outrossim, o veto ao acesso a funções públicas é medida indispensável para a garantia de não-repetição. Os réus são pessoas afetas à prática da tortura como medida de investigação e do homicídio e da ocultação de cadáver como instrumentos de acobertamento da tortura. É indiscutível que, se novamente vierem a ocupar funções no aparato estatal, representarão, aos olhos da sociedade e especialmente dos órgãos de segurança pública, um estímulo à ilícita violência policial. Assim, os membros da sociedade estarão correndo grande risco de sofrer novas lesões em seus direitos fundamentais (fls. 67/68).

Além disso, nos casos de crimes contra a humanidade, a cassação de aposentadorias e perda de função, são recomendações expressas do Comitê

de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas ao Brasil, proferidas na 85ª Sessão, de 2 de novembro de 2005 (cf. petição inicial, fls. 68/69). Portanto, o pedido não só é plenamente compatível com as normas processuais, como seu acolhimento é medida recomendada pelo direito material.

4. DA POSSIBILIDADE DO TRIBUNAL JULGAR O MÉRITO DO PEDIDO

Embora o MM. Juiz *a quo* tenha extinto a ação em relação a diversos itens do pedido com alegações meramente processuais, entende o apelante que a causa permite o julgamento de mérito por esse E. Tribunal Regional Federal, nos termos do artigo 515, § 3º do Código de Processo Civil.

A matéria de fato essencial para o julgamento da lide repousa (a) na existência de graves violações aos direitos humanos no DOI/CODI de São Paulo, durante o comando dos réus, e (b) na colaboração que os réus deram ao funcionamento do DOI/CODI como um centro de terror, com a prática de sequestros, prisões ilegais, torturas e homicídios, dentre outros atos violentos.

Esses fatos já estão devidamente comprovados nos autos, especialmente por terem sido reportados no relatório oficial da Presidência da República “Direito à Memória e à Verdade”, bem como em outros vários livros e relatos apontados na inicial. As provas requeridas pela defesa em suas contestações não são aptas a desconstituir essas evidências.

Vale repetir que esta ação não imputa aos réus pessoas físicas a participação física em qualquer das mortes ocorridas, mas trata da sua responsabilidade na qualidade de comandantes do órgão que ficou conhecido como um centro de torturas e suplícios. Nenhum deles negou que exerceu tal função de comando. E a caracterização do centro de torturas decorre do reconhecimento oficial da responsabilidade estatal pelas mortes apontadas na petição inicial.

5. CONCLUSÃO E PREQUESTIONAMENTO

Todos os pedidos formulados na presente ação são plenamente compatíveis com o regime constitucional e legal da ação civil pública. Tampouco há qualquer outro vício processual na iniciativa do Ministério Público Federal.

A recusa do Juízo da 8ª Vara Federal de São Paulo ao pedido formulado e seus desdobramentos é um duro choque para a promoção dos direitos humanos

em relação aos bárbaros atos praticados contra a sociedade brasileira e a humanidade por alguns agentes da repressão à dissidência política.

Por outro lado, essa decisão confronta a Constituição Federal e várias leis federais **em relação aos artigos abaixo especificados** para fins de PREQUESTIONAMENTO.

Ao considerar que ações civis públicas não podem veicular pedidos declaratórios, foi violado o artigo 83, da Lei nº 8.078/90, CDC. Neste mesmo ponto, foram afrontados os artigos 1º e 21, da Lei nº 7.347/85, LACP. O artigo 1º, da LACP, também foi afrontado ao se considerar revogado o seu inciso IV, que cuida da possibilidade de defesa de quaisquer interesses difusos ou coletivos.

Quando o MM. Juiz julgou que o direito à informação é estritamente individual e, em decorrência, que a ação civil pública proposta pelo Ministério Público é inadequada, afrontou o disposto nos artigos 5º, inciso XXXIII e 129, inciso III.

Ao negar a via da ação civil pública para a defesa de interesses individuais homogêneos e, pelo mesmo motivo, a legitimidade do MPF, foram afrontados os artigos 129, inciso III, CF; o artigo 1º, da LACP; os artigos 81 e 82, do CDC; e o art. 6º, inciso VII, da LC 95/93.

A conclusão de que atos ilícitos como os veiculados nesta ação seriam meros fatos e que, portanto, não podem ter a relação jurídica deles oriunda como objeto de ação declaratória, fere os artigos 4º, inc. I, e 282, III, do CPC.

Foi afrontado o constante do § 5º, do artigo 37, CF, ao se entender que os atos dos agentes do Estado que levaram ao pagamento com verba pública de indenizações a particulares não são “danos ao erário”.

Finalmente, foi afrontada a própria a Lei da Anistia, ao se considerá-la como aplicável em âmbito não penal.

Ficam, pois, prequestionadas as seguintes ofensas diretas e frontais:

a) aos artigos 5º, inc. XXXIII, 37, § 5º, e 129, inciso III, da Constituição Federal;

b) aos artigos 81, 82 e 83, da Lei nº 8.078/90; 1º, inc. IV (redação original), da Lei nº 7.347/85; 6º, inciso VII, da LC 75/93; artigos 4º e 282, III, do Código de Processo Civil; e à Lei de Anistia, de nº 6.683/79.

Requer o Ministério Público Federal, desde já, que essa Egrégia Corte ventile, explicitamente, na remota hipótese de não acolhimento desta apelação,

cada um dos itens do presente prequestionamento, para efeito de propositura de Recursos Especial e Extraordinário.

6. REQUERIMENTO

Diante das razões acima, requer o Ministério Público Federal seja o presente recurso recebido e a ele seja dado provimento para o fim de integral reforma da sentença, julgando-se procedente o pedido formulado pelo autor, mediante aplicação do disposto no artigo 515, § 3º, do CPC.

Subsidiariamente, pede-se o provimento do recurso para anular a sentença e determinar a apreciação do mérito dos pedidos, inclusive com a produção de provas que for reputada pertinente.

Nestes termos,

P. Deferimento.

São Paulo, 25 de junho de 2010.

EUGÊNIA AUGUSTA GONZAGA FÁVERO
Procuradora da República