



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO–SP/MS

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) FEDERAL DA 8.^a
VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO - 1ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DO
ESTADO DE SÃO PAULO.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Processo n.º 2008.61.00.011414-5

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉUS: UNIÃO E OUTROS

A **UNIÃO**, pessoa jurídica de direito público interno, vem, tempestivamente, perante Vossa Excelência e por sua legítima Advogada *in fine* subscrita, apresentar **CONTESTAÇÃO** à *Ação Civil Pública* em epígrafe, por todos os propósitos factuais e jurídicos doravante aduzidos:

I - SÍNTESE DA INICIAL:

1. Trata-se de Ação Civil Pública proposta em face da União, de Carlos Alberto Brilhante Ustra e de Audir Santos Maciel, na qual o Ministério Público Federal questiona a atuação do Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna – DOI/CODI do II Exército, sediado na cidade de São Paulo, no período compreendido entre 1970 e 1976, tendo por objeto a afirmada proteção dos direitos constitucionais dos cidadãos à verdade, à moralidade e à probidade, mediante a defesa do regime democrático e do patrimônio público e social.

2. A matéria de fundo repousa, conforme a petição inicial, nas graves violações aos direitos humanos perpetradas no âmbito do DOI/CODI paulista, na responsabilidade dos réus perante a sociedade, na omissão das Forças Armadas em



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

revelar tais fatos e na omissão da Advocacia-Geral da União em exercer o direito (*rectius*: dever) de regresso pelas indenizações que o Tesouro Nacional suportou pela edição da Lei n.º 9.140, de 4 de dezembro de 1995, que reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979.

3. O Ministério Público Federal faz referência a "estudo das próprias Forças Armadas", que indica que o DOI/CODI do II Exército deteve 6.897 cidadãos durante o período de seu funcionamento sob o comando dos demais réus, e lista 64 casos de mortos e desaparecidos, com base no relatório oficial da Presidência da República, divulgado no livro "**Direito à Memória e à Verdade**"¹, ressaltando que, em todos os casos, houve reconhecimento por parte da Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos da Presidência da República, o que fundamentou o pagamento de indenizações pela União aos parentes das vítimas, na forma da Lei n.º 9.140, de 1995.

4. Utilizando-se de relatório da Organização das Nações Unidas ao Conselho de Segurança, pontua o conjunto de medidas necessárias para a superação de períodos de graves violações a direitos humanos ocorridos no bojo de conflitos armados ou de regimes ditatoriais - a denominada justiça transicional:

"a) esclarecer a verdade, tanto histórica (a que considera obtida mediante Comissões da verdade) quanto judicial (obtida no bojo de ações judiciais), procedendo-se à abertura dos arquivos estatais relacionados ao período de exceção;

b) realizar a justiça, mediante a responsabilização dos violadores de direitos humanos, notadamente os autores de crimes considerados como de lesa-humanidade; e

c) promover a reparação dos danos às vítimas."

¹ Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, iniciado em 29 de agosto de 2006, com a abertura da exposição fotográfica "Direito à Memória e à Verdade - A ditadura no Brasil 1964-1985.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

5. Sustenta, o *parquet*, a imprescritibilidade das ações declaratórias e das ações de ressarcimento por atos ilícitos que causem prejuízo ao Erário (artigo 37, § 5.º, da CF/88), a inaplicabilidade e irrelevância da Lei n.º 6.683/79 – Lei de Anistia, por não prever expressamente anistia a crimes cometidos por agentes do Estado; bem como, a inadmissibilidade da estipulação de sigilo eterno ou de prazos irrazoavelmente longos para a desclassificação do caráter sigiloso de documentos, suscitando, inclusive, a inconstitucionalidade do artigo 6.º, parágrafo 2.º, da Lei n.º 11.111/2005², conforme cópia do estudo elaborado pelo Procurador Regional da República, subscritor da petição inicial, Marlon Alberto Weichert, doc. 12, que trata, também, de outros vícios de inconstitucionalidade das Leis n.º 11.111/2005 e 8.159/91³.

6. Assim, requer que a presente ação seja julgada procedente para:

1) declarar a existência de obrigação do Exército Brasileiro, 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 com a divulgação de:

a) nomes completos de todas as pessoas presas legal ou ilegalmente, as datas e as circunstâncias de suas detenções, inclusive com a apresentação de todas as "grades diárias" de controle de presos;

b) nomes de todas as pessoas torturadas;

c) nomes de todas as pessoas que morreram nas dependências do DOI/CODI do II Exército, ou em ações externas de seus agentes;

d) circunstâncias das mortes ocorridas;

e) destino das pessoas desaparecidas e,

² Lei nº 11.111/2005. Regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do *caput* do art. 5º da Constituição Federal e dá outras providências.

³ Lei nº 8.159/91. Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

f) nomes completos, bem como seus eventuais apelidos ou alcunhas, de todos os agentes militares e civis que serviram no órgão, suas patentes ou cargos nos serviços de origem, suas funções no DOI/CODI e respectivos períodos em que exerceram as funções.

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

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 n.º 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;



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

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.

7. Logo, a pretensão do Ministério Público Federal de obter declaração de omissões da União se fundamenta na suposta obrigatoriedade da promoção da abertura de todos os arquivos, documentos e informações referentes ao funcionamento do DOI/CODI do II Exército, para que sejam conhecidas todas as circunstâncias e todos os responsáveis pelos ilícitos perpetrados, cumprindo-se o disposto nos artigos 1º, *caput*, e 5º, incisos XIV, XXXIII e 220 da Constituição Federal de 1988⁴, com o escopo de: a) revelar a verdade e promover a memória e b) buscar a reparação regressiva, adotando medidas de reparação do Tesouro Nacional relativamente às indenizações que suportou.

8. Todavia, a pretensão que em juízo se deduz, não merece nenhuma acolhida, como se demonstra a seguir:

II - PRELIMINARES:

a) DA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF PARA DECLARAR INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI COM EFEITO “ERGA OMNES”:

9. Preliminarmente, a União alega a impropriedade da presente ação para o fim desejado, qual seja, declarar a inconstitucionalidade, com efeito *erga*

⁴ CF/88: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”

“Art. 5º (...) XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardo o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”

“Art. 220 A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

omnes, de dispositivo legal vigente, tais: § 2º do art. 6º, da Lei n.º 11.111/05, e § 2º do art. 23, da Lei n.º 8.159/91.

Dispõe o citado artigo 6.º, da Lei nº. 11.111/05, que:

“Art. 6º O acesso aos documentos públicos classificados no mais alto grau de sigilo poderá ser restringido pelo prazo e prorrogação previstos no § 2º, do art. 23 da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991.

§ 1º Vencido o prazo ou sua prorrogação de que trata o *caput* deste artigo, os documentos classificados no mais alto grau de sigilo tornar-se-ão de acesso público.

§ 2º **Antes de expirada a prorrogação do prazo de que trata o *caput* deste artigo, a autoridade competente para a classificação do documento no mais alto grau de sigilo poderá provocar, de modo justificado, a manifestação da Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas para que avalie se o acesso ao documento ameaçará a soberania, a integridade territorial nacional ou as relações internacionais do País, caso em que a Comissão poderá manter a permanência da ressalva ao acesso do documento pelo tempo que estipular.”**

Por sua vez, o § 2º do art. 23 da Lei nº 8.159/91 também reza que:

“Art. 23. Decreto fixará as categorias de sigilo que deverão ser obedecidas pelos órgãos públicos na classificação dos documentos por eles produzidos.

§ 1º Os documentos cuja divulgação ponha em risco a segurança da sociedade e do Estado, bem como aqueles necessários ao resguardo da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas são originariamente sigilosos.

§ 2º **O acesso aos documentos sigilosos referentes à segurança da sociedade e do Estado será restrito por um prazo máximo de 30 (trinta) anos, a contar da data de sua produção, podendo esse prazo ser prorrogado, por uma única vez, por igual período.**

10. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de se pleitear a inconstitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que *incidenter tantum*. Veda-se, no entanto, o uso da ação



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

civil pública para alcançar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes*, por ocorrência de nítida usurpação da competência do STF (CF, art. 102, inciso I, alínea “a”).Veja-se:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROCEDÊNCIA. **PRECEDENTES.** Não usurpa a competência do Supremo Tribunal Federal a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei municipal, proferida por juiz singular em ação civil pública. Especialmente quando não demonstrado que o objeto do pedido era tão-somente a inconstitucionalidade da lei. Agravo regimental desprovido. (AI-AgR 476058/MG. AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 14/12/2006.Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ-037 de 14-06-2007).

EMENTA: Reclamação: procedência: usurpação da competência do STF (CF, art. 102, I, a). Ação civil pública em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* não é posta como causa de pedir, mas, sim, como o próprio objeto do pedido, configurando hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade de leis federais, da privativa competência originária do Supremo Tribunal. (Rcl 2224/SP - SÃO PAULO. RECLAMAÇÃO Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 26/10/2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ de 10-02-2006 PP-00006).

11. No caso em tela, a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* não é posta como causa de pedir, mas, sim, como o próprio objeto do pedido, configurando hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade de leis federais, de privativa competência originária do Supremo Tribunal, conforme previsto no art. 102 da Constituição Federal, *in verbis*:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO–SP/MS

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.”

12. Veja-se que no caso *sub exame* o Ministério Público Federal pretende que a todos indistintamente, seja possibilitado o acesso às informações que, este Órgão, entende como públicas, fazendo tábua rasa da disciplina de classificação de documentos sigilosos que a Lei determina, além de produzir, por via oblíqua, os mesmos efeitos do Controle Concentrado do STF (ADI).

13. Corroborando com esse entendimento, temos Pedro da Silva Dinamarco (*in* “Ação Civil Pública”, Ed. Saraiva) que – após mencionar as posições de Arruda Alvim e Arnaldo Wald que sustentam ser inadmissível qualquer forma de controle de constitucionalidade por meio da ação civil pública – traz importante contribuição no sentido de advertir que, mesmo mascarado o pedido inicial como de declaração *incidenter tantum*, como no presente caso, se os efeitos se caracterizarem como *in abstracto* e *erga omnes*, o manuseio da Ação Civil Pública como meio idôneo a impugnar a Lei está vedado, vejamos:

“Mas diferente é a situação se os efeitos da declaração, ainda que *incidenter tantum*, da inconstitucionalidade de uma lei, em ação civil pública, produzirem os mesmo efeitos do controle de inconstitucionalidade por ação direta. É o caso da demanda ajuizada em face de uma pessoa jurídica de direito público, para que esta deixe de aplicar determinada lei. Isso significa pedir declaração *in abstracto*, com efeito *erga omnes*, ainda que o autor mascare o pedido e peça a declaração incidental. Se o acolhimento de tal demanda significar a exclusão dos efeitos da lei impugnada (ou de um de seus dispositivos a todas aquelas pessoas eventualmente sujeitas à coisa julgada, para qualquer situação fática, então estará havendo invasão da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Aliás, admitir a propositura de ação civil pública para o fim ora tratado poderia eventualmente gerar conflito com outra decisão em uma ação



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

direta de inconstitucionalidade, ou seja, haveria conflito entre duas decisões com efeito *erga omnes*. (...) **Assim, mesmo que a lei seja federal e se admita que a coisa julgada da ação civil pública só possa produzir efeitos no próprio Estado da Federação (coisa julgada *erga omnes* “nos limites da competência territorial do órgão prolator”), ainda assim tal demanda seria inadmissível. Afinal, estaria sendo estipulado um direito material estadual diferente do nacional, o que violaria a Constituição que estabelece a unidade do direito substantivo.** (cf. Arnoldo Wald, A recente evolução da ação civil pública. Usos e Abusos. Análise de sua patologia, *apud* Meireles, Hely Lopes, *Mandado de Segurança*, 15ª.ed., São Paulo: Ed. Malheiros, p.195).”

14. Ainda sobre o tema, trazemos à lume o entendimento de Ives Gandra da Silva Martins, em artigo publicado na Revista Forense 330/251- “*Ministério Público - Direitos Individuais Disponíveis e Ação Civil Pública*”:

“No caso dos autos, quer parecer que a ação escolhida pelo digno e culto representante do MP não se presta ao desiderato colimado”.

Se se afirma a desconformidade ou inconstitucionalidade de certo dispositivo legal, não se pode escolher ação diversa se a Carta Magna previu para os casos que tais Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Portanto, a sede própria e adequada para argüir a inconstitucionalidade, posta à disposição de quem busca ser guardião da Carta Magna, é a Ação Direta de Inconstitucionalidade, não se podendo deslembrar que o MP é um dos legitimados a exercer o controle de constitucionalidade das leis (CF/88, art.103, VI).”

15. Logo, verifica-se que, a ação civil pública não é forma paralela de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, como no presente caso, pois seus efeitos se caracterizarem como *in abstracto* e *erga omnes*.

16. Assim, espera a União seja reconhecida a impropriedade da ação civil pública para o fim almejado, sob pena de usurpação da competência originária



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

do STF, com violação aos artigos 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988.

17. Convém, ressaltar, ainda, a inaplicabilidade, *in casu*, da parte final do § 2º, do artigo 113 do CPC⁵ que determina a remessa dos autos ao juízo competente, tendo em vista o não atendimento do pré-requisito relativo à legitimação para ajuizamento de ADI, elencados de forma estrita no artigo 103 da CF/88⁶.

b) DA ILEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” DO MINISTÉRIO PÚBLICO:

18. Além disso, requer a União, seja reconhecida a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal para ajuizar a presente ação, por se tratar de demanda que versa sobre direitos individuais disponíveis amparados pelo remédio constitucional específico do *habeas data*.

19. De acordo com os artigos 127 e 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988, extraímos que:

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais disponíveis.”

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
(...)

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

⁵ Art. 113 § 2º, do CPC: “Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juízo competente.”

⁶ CF/88.”Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – O Presidente da República; II – A Mesa do Senado Federal; III – A Mesa da Câmara dos Deputados; IV – A Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – **O Procurador-Geral da República**; VII – O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – Partido Político com representação no Congresso Nacional e IX – Confederação Sindical ou Entidade de Classe de Âmbito Nacional.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

20. Com efeito, ao propor a presente ação, o Autor se arvora como substituto processual de perseguidos políticos e de seus familiares, o que não condiz com a defesa de interesses difusos e coletivos, pois não está a defender toda a sociedade. Ao contrário, atua claramente na defesa de direitos individuais homogêneos, não encontrando guarida nas hipóteses de cabimento da ação civil pública previstas pelo artigo 1º da Lei n.º 7.347/85, tais: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e social e ordem econômica.

21. Não há, pois, direito reflexo da cidadania, disperso por toda a sociedade, indeterminadamente considerada, mas, existe, sim, hipótese de defesa de direitos individuais homogêneos que não encontra pertinência com o artigo 1.º da Lei n.º 7.347/85, o que causa inevitavelmente a ilegitimidade do Ministério Público para intentar a presente ação.

22. Assim, descabida a pretensão uma vez que podem ser expressamente identificadas as pessoas interessadas, a quem supostamente teria sido negado o direito de acesso a documentos de seu interesse, constantes de arquivos públicos, relacionados com as atividades dos agentes e órgãos públicos durante o período do regime militar.

23. Salieta-se, inclusive, que não há registro nos autos de que tenha sido negado o acesso de qualquer cidadão a informações nesse particular, nem, tampouco, pode ser considerada como negativa a resposta de inexistência de dados ou informações a respeito de pessoas ou fatos desenrolados no período de 1964 a 1988.

24. E mais, o pedido, como visto, não indica documentos cuja exibição é requerida, postulando, de modo genérico, o fornecimento de documentação que teria sido produzida no âmbito da Administração Militar no período considerado. De outra parte, os cidadãos, a quem o Ministério Público busca substituir



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

processualmente, são determinados, vale dizer, os perseguidos políticos e/ou seus familiares, situação que afasta a alegação de defesa de interesses difusos.

25. Nesse sentido, o art. 7.º da Lei n.º 11.111/05 assim dispõe:

“Art. 7º Os documentos públicos que contenham informações relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem de pessoas, e que sejam ou venham a ser de livre acesso poderão ser franqueados por meio de certidão ou cópia do documento, que expurgue ou oculte a parte sobre a qual recai o disposto no inciso X do caput do art. 5.º da Constituição Federal.

Parágrafo único. As informações sobre as quais recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal terão o seu acesso restrito à pessoa diretamente interessada ou, em se tratando de morto ou ausente, ao seu cônjuge, ascendentes ou descendentes, no prazo de que trata o § 3º do art. 23 da Lei n.º 8.159, de 8 de janeiro de 1991.”

26. Por fim, é bom ressaltar que, o atendimento do pleito ministerial poderá ter como uma nefasta consequência, o vazamento do teor de documentos que contenham informações de caráter individual, com a divulgação de fatos relacionados com a vida privada do cidadão, hipótese que caracterizaria afronta veemente ao disposto no artigo 23, § 1º da Lei n.º 8.159/91, que assim dispõe:

“Art. 23. Decreto fixará as categorias de sigilo que deverão ser obedecidas pelos órgãos públicos na classificação dos documentos por eles produzidos.

§ 1º Os documentos cuja divulgação ponha em risco a segurança da sociedade e do Estado, bem como aqueles necessários ao resguardo da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas são originariamente sigilosos.”(grifo nosso)

27. Além disso, é necessário ao Estado preservar a intimidade de pessoas que não desejam "**reabrir feridas**", isto é, que não gostariam de que determinados fatos do período de exceção viessem a lume. Na verdade, o deferimento da presente demanda conduz ao inevitável choque entre o interesse do



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

substituto (MP) e dos substituídos, sendo que o próprio escândalo (*streptus*) do processo é idôneo a causar danos irreparáveis.

28. Veja-se que, os próprios representantes do Ministério Público Federal, em sua inicial, à fl. 41, demonstram que as ações têm nítido interesse individual, senão vejamos:

“Vale lembrar, ainda, que parcela expressiva das vítimas de prisões arbitrárias e torturas prefere manter-se no silêncio, para não recordar os sofrimentos vividos e reavivar os danos psicológicos decorrentes, mormente diante do quadro até esta data vigente, de omissão do sistema judiciário brasileiro em procurar responsabilizar os autores dos delitos.”

29. Pelo que foi visto, a presente ação não se coaduna com a tutela de interesses e/ou direitos difusos de toda a coletividade, pois, busca-se defender direitos e/ou interesses, inegavelmente, disponíveis e individualizados, o que importa em desalinho à Constituição no ponto em que promove distorções de interpretação calcada em lei infraconstitucional que afronta o comando claro e inequívoco da Carta Magna.

30. Oportuna a lição de Hely Lopes Meirelles, *in Mandado de Segurança*, 15ª.ed., São Paulo: Ed. Malheiros, ao discorrer sobre as funções atribuídas ao Ministério Público no artigo 127 da Carta Magna: *“Ampliando essa atribuição, a Lei Complementar 75, de 20.5.93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, atribuiu ao mesmo a competência para proteção de interesses individuais homogêneos (art.6º), ora fazendo referência tão-somente aos indisponíveis (art.6, VII, ”d”), ora não estabelecendo tal restrição (art.6º, XII). Entendemos que a lei complementar só pode atribuir ao Ministério Público a defesa de interesses difusos e coletivos, não abrangendo a sua competência a defesa de direitos individuais homogêneos disponíveis.”*



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

31. Nesse mesmo diapasão, vale transcrever excerto do voto proferido pelo Min. José Arnaldo da Fonseca por ocasião do julgamento do REsp. n.º 114.908 ao mencionar acórdão emanado do Segundo Tribunal de Alçada Civil/SP:

“Por sua vez, em seu artigo 127 caput, a Constituição Federal confere ao Ministério Público o status de Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

*Portanto, a carta maior traçou em suas linhas mestras o campo de atuação do Ministério Público, **de sorte que em relação aos interesses sociais e individuais só estará legitimado a agir quando forem qualificados pela indispensável indivisibilidade e indisponibilidade**”.* (grifamos).

32. Frise-se, pois, que o artigo 127 da CF/88, ao falar em **interesses sociais**, utilizou-se da expressão em, seu conteúdo *lato sensu*, ou seja, aqueles **interesses amplos da sociedade, e não dos indivíduos em particular**, dentre os quais seus interesses coletivos e difusos.

33. Arnaldo Wald⁷ ao discorrer sobre o descabimento da ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos fora das hipóteses previstas nos três primeiros incisos do art. 1.º da Lei da Ação Civil Pública (meio ambiente, consumidor, patrimônio público e social), faz uma análise minuciosa do tema:

“O problema abrange dois pontos:

a) a incompetência do Ministério Público para intentar as ações para a defesa de direito individual homogêneo (arts.127 e 129, III da CF) que só se refere aos interesses difusos, coletivos e indisponíveis (...);

b) a impropriedade da ação civil pública para a proteção de direitos individuais homogêneos, que não se enquadram nos três incisos pela interpretação sistemática do art.1º, IV, e do art.81, que define os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, só se referindo o inc.IV do art.1º

⁷ In, “A recente evolução da ação civil pública.”, *apud* Meireles, Hely Lopes, *Mandado de Segurança*, 15ª.ed., São Paulo: Ed. Malheiros, p.195.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

aos dois primeiros (difusos e coletivos), e não aos direitos individuais homogêneos.

Alguns autores e membros do Ministério Público consideram que também os direitos civis homogêneos, fora dos casos dos três primeiros incisos do art.1º, poderiam ser defendidos em ação civil pública, invocando o art.117 do CDC, que introduziu na Lei da Ação Civil Pública o art.21, com a seguinte redação: "Aplicam-se à defesa dos interesses, difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Esquecem-se, todavia, de que a aplicação supletiva das normas do Código de Defesa do Consumidor à Lei da Ação Civil Pública só deve ocorrer, no que couber, ou seja, nos casos em que o mencionado diploma (LACP) admite a proteção de uma das espécies de direitos aos quais se refere o seu art.1º. Deve, pois, prevalecer a interpretação lógica e sistemática, que, em relação aos outros interesses e direitos (art.1º, IV), só admite a utilização da ação civil pública quando os mesmos forem coletivos ou difusos. Não há, pois, como aplicar, por analogia, o Código de Defesa do Consumidor para a propositura da ação pública para defesa dos direitos individuais homogêneos na hipótese do art.1ºm, da LACP. (...)

É relevante a jurisprudência existente no sentido da interpretação que ora defendemos. (...) Assim, um acórdão do TARS considerou incabível a ação civil pública para defesa de interesses individuais homogêneos, ao mesmo tempo em que nela se discutia a constitucionalidade de normas locais.

Destaca-se, assim, que os interesses ou direitos difusos e coletivos têm de comum a característica de serem transindividuais, de natureza indivisível. A divisibilidade apresenta-se, pois, como marco divisório entre os interesses difusos ou coletivos e os direitos individuais homogêneos ou não. Interesses divisíveis, individualizáveis, podem qualificar-se como direitos individuais homogêneos, jamais como interesses difusos ou coletivos.

Essa observação tem enorme importância no caso em exame, porque a lei 7.347/85 apenas admite a ação civil pública nos casos acima indicados, ou seja, para a tutela do meio ambiente, para a tutela do consumidor, para a tutela de bens de valor cultural e para a tutela de "outros interesses difusos ou coletivos.

No âmbito dessa lei, não há lugar para a ação civil pública para a tutela de direitos individuais homogêneos. Apenas no âmbito da defesa do consumidor, regulada pela Lei 8.078, de 11.9.90, é que tem lugar essa extraordinária



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

inovação que é a ação civil pública para a tutela de direitos individuais homogêneos. (grifamos)

34. A propósito, a 1.ª Turma do STJ tem entendimento pacificado no sentido de que os direitos individuais homogêneos plenamente identificáveis, divisíveis e quantificáveis, devem ser postulados na esfera jurisdicional pelos seus próprios titulares, posto que somente o direito individual indisponível é que da ensejo à sua defesa pela via da ação civil pública. Assim, por ocasião do julgamento do REsp 97455/SP, em que figuravam como partes o IDEC e a União, tendo como relator o Min. Demócrito Reinaldo, ficou assentado que: *“Quando a Lei 7.347/1985 faz remissão ao Código de Defesa do Consumidor, pretende explicitar que os interesses individuais homogêneos só se inserem na defesa de proteção da ação civil, quanto aos prejuízos decorrentes da relação de consumo entre aqueles e os respectivos consumidores. Vale dizer: **não é qualquer interesse ou direito individual que repousa sob a égide da ação coletiva, mas só aquele que tenha vinculação direta com o consumidor, porque é a proteção deste o objetivo maior da legislação pertinente.**”*

35. Sendo assim, verificada a ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (artigo 267, inciso IV, do CPC), requer-se a extinção do feito sem resolução do mérito.

DA CARÊNCIA DE AÇÃO EM RAZÃO DA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – O USO INDEVIDO DA AÇÃO DECLARATÓRIA

36. Nesta ação, pede o Ministério Público Federal a declaração (a) da existência de obrigação do Exército Brasileiro 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 com a divulgação de diversos dados indicados na inicial, e (b) da omissão da ré UNIÃO em promover as medidas necessárias à reparação regressiva dos danos que suportou no pagamento das indenizações previstas na Lei n.º 9.140/95.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

37. Da leitura dos pedidos feitos pelo *parquet*, percebe-se que estamos diante de uma *ação declaratória*.

38. A função da ação declaratória, nos termos do art. 4.º, do CPC, é a eliminação da incerteza em torno da existência ou inexistência de uma determinada relação jurídica, quando existir, em razão de circunstâncias objetivas, necessidade jurídica e interesse capaz de legitimar este tipo de ação.

39. E ainda que toda sentença tenha uma carga declaratória sobre a relação jurídica deduzida em juízo, a característica da ação declaratória é a de que “ela conduz a uma sentença meramente declaratória, isto é, com função específica e única finalidade de declarar qual é a situação jurídica existente entre as partes”, como bem ensina Liebman.⁸

40. Pois bem: nesta ação, o Ministério Público Federal pede a declaração (a) da existência de obrigação do Exército Brasileiro em tornar públicas à sociedade brasileira todas as informações relativas às atividades desenvolvidas no DOI/CODI do II Exército e (b) da omissão da União Federal em promover as medidas necessárias à reparação regressiva dos danos que suportou no pagamento das indenizações previstas na Lei n.º 9.140/95.

41. Ora, como já mencionado anteriormente, a ação declaratória se presta tão-somente a dirimir dúvida acerca da existência ou inexistência de determinada relação jurídica, sobre a qual paire dúvida em razão de circunstâncias objetivas.

42. Além de objetiva, ensina Celso Agrícola Barbi, a incerteza deve ser atual, quer dizer, *já existente, e não apenas possível*.⁹

⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol I. 3.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 233

⁹ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. I. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 44



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO–SP/MS

43. Sendo o núcleo da ação declaratória (e da possibilidade de seu ajuizamento) a existência de incerteza objetiva e jurídica, *não há como admitir o seu uso quando a parte não demonstrar dúvida sua acerca da existência de determinada relação*. Ou seja: não pode a ação declaratória substituir uma ação constitutiva ou condenatória, ou trazer, em seu pedido, requerimentos constitutivos ou condenatórios.

44. E lendo o pedido feito pelo Ministério Público Federal nesta ação percebemos que *não há uma relação jurídica sobre a qual tenha dúvida o Ministério Público; em verdade, o que busca o MPF é uma condenação travestida de pedido declaratório – mas a ação declaratória não se presta a tal requerimento*.

45. É a conclusão a que se chega após ler os requerimentos de declaração de obrigação do Exército em tornar públicos certos documentos e da declaração de omissão da União Federal em promover medidas necessárias à reparação regressiva de danos: o que esta ação pretende é obter uma decisão constitutiva de direitos/condenatória em face da União Federal.

46. Aparentemente há um constrangido pedido de tutela mandamental, por meio de ordem a indicar, ordem para revelar, ordem para apresentar listas, nomes, pessoas, locais, sob o manto da inofensiva e pura declaração.

47. Só que a ação declaratória não é a via adequada a tal fim. Como bem decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça (numa declaratória, ainda que incidental), *“inexistindo relação jurídica a dirimir, mas tão somente direito cuja existência ou não deve ser perquirida em ação própria, descabe a declaratória incidental”* (destacamos).

48. Eis a íntegra do julgado:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

“AGRAVO REGIMENTAL - PREQUESTIONAMENTO - DECLARATORIA INCIDENTAL - CLAUSULA PENAL (ART. 924 DO CODIGO CIVIL) DESCARACTERIZADA.

I- AUSENCIA DE PREQUESTIONAMENTO, EIS QUE E A PROPRIA RECORRENTE QUEM O AFIRMA, CONSOANTE EVIDENCIADO NOS AUTOS.

II- INEXISTINDO RELAÇÃO JURIDICA A DIRIMIR, MAS TÃO SOMENTE DIREITO CUJA EXISTENCIA OU NÃO DEVE SER PERQUIRIDA EM AÇÃO PROPRIA, DESCABE A DECLARATORIA INCIDENTAL.

III- SE O RECORRENTE NÃO UTILIZOU OS INSTRUMENTOS QUE O ORDENAMENTO JURIDICO COLOCA A SUA DISPOSIÇÃO PARA A PRESERVAÇÃO DO SEU DIREITO NÃO PODE FALAR EM MORA DO CREDOR.

IV- AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.” (grifos nossos).

(STJ, AgR no AgR 437/RJ)

49. Em outra ocasião o C. STJ reitera tal entendimento, não aceitando o uso de ação declaratória como substituta de ação de pedido constitutivo:

“PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - DESCONSTITUIÇÃO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA

1. Ação Declaratória ajuizada com a finalidade de declarar-se a inexistência de ato faltoso causador de inabilitação à participação de licitação no Estado. Impossibilidade. **A pretensão desconstitutiva da sanção com a análise incidenter tantum do ato faltoso, não pode ser veiculada através de Ação declaratória.** Impossibilidade de aproveitamento da demanda, porquanto o pedido deve ser certo, haja vista que é dele que se defende o réu, garantido pelo contraditório constitucional.

2. **A Ação Declaratória não é servil ao acerto de simples fato, nem substitui Ação Desconstitutiva,** uma vez que seu objeto restringe-se à declaração acerca de relação jurídica, exceto na hipótese prevista no art. 4º, inc. II do Código de Processo Civil.

3. Recurso desprovido” (grifos nossos).

(STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 457121 Processo: 200200964861 UF: PR Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

decisão: 10/06/2003 Documento: STJ000494011)

50. E no mesmo sentido vêm decidindo nossos E. Tribunais Regionais Federais:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. CUNHO RESTRITO. PEDIDO DE NATUREZA CONSTITUTIVA DE DIREITO. INADEQUAÇÃO.

A ação declaratória, na dicção do art. 4º do CPC, não se presta à constituição de direito. Tem um espectro restrito e visa tão-somente à declaração de existência ou inexistência de relação jurídica ou a de falsidade ou autenticidade de documento.

Pretender reconhecer direito de precedência a registro marcário é pedido de cunho eminentemente constitutivo, não albergado pela ação declaratória.

Apelação desprovida” (grifos nossos).

(TRIBUNAL - SEGUNDA REGIAO Classe: AC – APELAÇÃO CIVEL – 324775 Processo: 199951010620405 UF: RJ Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA

Data da decisão: 13/11/2007 Documento: TRF200175806)

“ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. REGISTRO. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA NORMA CONTIDA NO ART. 30 DA LEI 8.666/93. **AÇÃO DECLARATÓRIA CONSTITUTIVA DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.**

1.Nos termos do art. 1º, da Lei 6.839/80, o fator determinante do registro em Conselho Profissional é a atividade principal exercida pelo estabelecimento.

2.A empresa desempenha várias atividades, que, em razão de sua amplitude e generalidade, são de difícil aferição, sendo certo que, sponte sua, inscreveu-se no Conselho Regional de Administração, podendo, a qualquer momento, requerer seu cancelamento.

3.A ação declaratória constitutiva de obrigação de não fazer não é a via adequada para afastar a norma contida no art. 30 da Lei 8.666/93, sob a alegação de ilegalidade da exigência.

4.Apelação improvida” (grifos nossos).



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

(TRF - PRIMEIRA REGIÃO - Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 200036000090345 Processo: 200036000090345 UF: MT Órgão Julgador: OITAVA TURMA Data da decisão: 22/02/2005 Documento: TRF100209202)

“AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CAUSA AUTUADA EM APARTADO. JULGAMENTO ANTES DO PROCESSO PRINCIPAL. INDEFERIMENTO DA INICIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO.

1. **A finalidade da ação declaratória incidental é afastar estado de incerteza objetiva acerca da existência, ou não, de relação jurídica. Inexistindo relação jurídica a dirimir, mas tão-somente direito cuja existência ou não deve ser perquirida em ação própria, descabe a declaratória incidental (Precedente do STJ).**

2. A pretensão de apenas ver declaradas as normas nas quais se fundamenta a ação principal implica o uso do Judiciário como mero órgão de consulta, não sendo legítimo esse expediente e não cabendo ação declaratória para esse fim. A controvérsia a respeito das normas a serem aplicadas no julgamento de uma causa faz parte do mérito mesmo da demanda principal, não configurando questão prejudicial a respeito da existência, ou não, de relação jurídica apta a ensejar o manejo da declaratória incidental.

3. Não provimento da apelação” (grifos nossos).

(Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO Classe: AC – APELAÇÃO CIVEL – 200238000167868 Processo: 200238000167868 UF: MG Órgão Julgador: SEXTA TURMA Data da decisão: 06/08/2007 Documento: TRF100255856)

51. Sendo o interesse de agir uma das condições da ação caracterizado pela necessidade e utilidade da tutela jurisdicional, o uso da via inadequada importa na extinção do feito sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por falta de uma das condições da ação.

52. Isso porque o Autor da ação não precisa demonstrar apenas a necessidade em ajuizar uma demanda para resolver o conflito de interesses do qual participa (necessidade da tutela jurisdicional). Ele ***“terá, ainda, de demonstrar que o provimento jurisdicional demandado é adequado e idôneo a resolver o***



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO–SP/MS

conflito”(grifos nossos), como bem ensina João Lopes Batista, em monografia específica sobre ações declaratórias.¹⁰

52. Sendo patente o uso inadequado da ação declaratória, a União requer a extinção do feito, sem resolução de mérito, por carência de ação em razão da inadequação da via eleita, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

III - NO MÉRITO:

a) Prejudicial de Mérito: Da Ocorrência da Prescrição.

53. Caso esse Juízo excepcionalmente não concorde com o teor das assertivas anteriores, deve ainda verificar que o pleito encampado pelo Autor está manifestamente prescrito.

54. O Ministério Público Federal, em atenção à ação do tempo sobre os direitos, traz quatro argumentos para afastar a ocorrência de prescrição em relação à demanda: i) imprescritibilidade por força da qualificação dos fatos como crimes contra a humanidade; ii) imprescritibilidade em decorrência da proteção constitucional aos direitos humanos; iii) imprescritibilidade das ações declaratórias; e iv) imprescritibilidade da reparação ao patrimônio público.

55. No que tange aos dois primeiros argumentos, i) imprescritibilidade por força da qualificação dos fatos como crimes contra a humanidade e ii) imprescritibilidade em decorrência da proteção constitucional aos direitos humanos, salienta-se que não há respaldo, quer constitucional ou infraconstitucional, para essas imprescritibilidades, havendo nítida confusão entre as esferas cível e penal.

56. Veja-se que o artigo 5.º da CF/88, nos seus incisos XLII e XLIV, considera como imprescritíveis, exclusivamente, a ação de grupos armados contra o

¹⁰ LOPES, João Batista. *Ação Declaratória*. 5.ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 57.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

Estado Democrático de Direito e a prática de racismo. Enquanto, a prática de tortura, constante no inciso XLIII, do já mencionado art. 5.º, é considerada crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

57. Oportuno lembrar, também, que a Lei n.º 6.683, de 28/08/1979, anterior à Constituição de 1988, concedeu anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos servidores do Poder Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamentos em Atos Institucionais e Complementares (art. 1.º).

58. Assim, a vedação à concessão de anistia a crimes pela prática de tortura, prevista na Constituição Federal de 1988, não poderá jamais retroagir para alcançar a Lei n.º 6.683, de 28/08/1979, tendo em vista o princípio constitucional da irretroatividade da Lei Penal, disposto no artigo 5º, inciso XL, da CF/88, excetuando-se a única possibilidade, no caso de beneficiar o réu.

59. De fato, uma coisa é a reparação cível, com fundamento no art. 1.518 do Código Civil anterior¹¹ (uma vez que os fatos ocorreram no período compreendido entre os anos de 1970 e 1976), e outra coisa, completamente diferente, seria a prescrição do crime cometido pelos agentes públicos, quer seja ele considerado crime contra a humanidade ou crime contra os direitos humanos.

60. É de se observar, o total equívoco da atuação ministerial, pois, até a própria decisão colacionada, a fim de confirmar sua argumentação, se refere unicamente à imprescritibilidade da pretensão punitiva em relação ao crime de racismo, (págs. 50 e 51 da inicial). Conforme já dito, de acordo com o art. 5.º incisos

¹¹ Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. “Art. 1518. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.”



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO–SP/MS

XLII e XLIV, são imprescritíveis, somente, a ação de grupos armados contra o Estado Democrático de Direito e a prática de racismo.

61. A outra decisão, constante das fls. 51 da inicial, faz referência à inocorrência de prescrição em relação à pretensão indenizatória em relação ao Estado. De fato, o julgado considera que a Lei n.º 9.140, de 1995, implica renúncia à prescrição. Não é o caso dos demais co-réus.

62. No entanto, a pretensão, no presente caso, é outra, totalmente distinta: o direito de regresso baseado nos §§ 5º e 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988. No entanto, nem mesmo assim é possível haver confusão entre o prazo prescricional aplicável ao caso e aquele previsto para ocorrência de crime. São duas pretensões completamente diferentes, e autônomas, submetendo-se a regras específicas em relação à prescrição.

63. O terceiro argumento colacionado pelo *parquet* para justificar a inocorrência de prescrição diz respeito à natureza declaratória da presente ação. Neste caso, embora os Tribunais Pátrios sejam mais tendentes a reconhecer a inexistência de prescrição no que tange às ações declaratórias, há várias decisões¹² que entendem não caber ação declaratória se a ação condenatória está prescrita. No entanto, *in casu*, a hipótese é ainda pior, pois, basta observar os pedidos constantes à fl. 73 da petição inicial para verificar que não se trata de ação meramente declaratória. De fato, os pedidos de números 5, 6 e 7 tratam de condenação dos co-réus da União.

64. Outra situação diz respeito à busca da declaração da inação da Advocacia-Geral da União em relação ao visualizado manejo de ação regressiva, em virtude das indenizações concedidas com base na Lei nº 9.140, de 1995. No entanto,

¹² “Firmado o princípio da imprescritibilidade da declaratória, prescrita a ação condenatória fundada na mesma relação jurídica, cuja declaração se pretende, resulta faltar à parte interessada interesse de agir para a declaratória.” (RTFR 144/221) e “Não cabe ação declaratória se a ação condenatória correspondente está prescrita.” (RTFR 135/103, RTJESP 109/70) *apud* Negrão, Theotonio. **Código de Processo Civil**, 37ª ed., São Paulo: Saraiva, p.114.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

esquece o *parquet* de que desde a sua edição, tal declaração já se encontrava prescrita.

65. Quanto à imprescritibilidade das ações regressivas, em virtude do disposto nos §§ 5º e 6º do art. 37 da Constituição Federal, é importante observar que se trata de matéria controversa. De fato, conforme preconiza José dos Santos Carvalho Filho:

"Diversamente do que ocorre em relação ao direito do lesado contra o Estado, o direito de regresso deste contra seu agente obedece à regra comum do Direito Civil.

Como se trata de direito pessoal, e inexistindo regra específica para regular a matéria, aplica-se normalmente o Código Civil. O Código anterior fixava o prazo prescricional em vinte anos (art. 177), mas o vigente adotou sistema e prazos diversos. De acordo com o art. 206, § 30, inc. V, do atual Código, prescreve em três anos "a pretensão de reparação civil". Por conseguinte, como o que o Estado pretende, ao exercer seu direito de regresso, é exatamente a reparação civil por parte de seu agente, pelos danos a ele causados, a pretensão reparatória, de que é titular, prescreverá em três anos."

66. Cabe ainda observar a partir de que momento dar-se-ia o início da contagem do prazo prescricional. Em casos comuns, o início seria a partir do momento em que o Estado é constrangido a efetuar o pagamento. No presente caso, houve reconhecimento espontâneo da União por meio da Lei n.º 9.140, de 1995. **Assim, sem a existência de um marco fixo no tempo, em virtude da inexistência de qualquer constrangimento imposto à União para que efetue o pagamento, parece razoável assumir que o marco temporal seria o momento da prática do suposto ato ilícito.** A argumentação aqui despendida reforça o ponto anteriormente observado, no sentido de que o direito de regresso não é possível.

67. Logo, utilizando-se o prazo prescricional mais benéfico ao Estado, qual seja o de vinte anos previsto para as ações pessoais, nos termos do Código Civil de 1916, adotando-se como marco temporal inicial a ocorrência do suposto ato



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

ilícito, e considerando como tal o período mencionado pelo *parquet* em sua petição inicial (1970-1976), tem-se que a pretensão de obter o ressarcimento em relação aos últimos atos praticados teriam sido fulminados no ano de 1996.

68. Uma vez verificada a ocorrência da prescrição, em tese, dos ilícitos, torna-se inviável a apuração da responsabilidade cível do agente públicos que somente poderá ser responsabilizado se lhe for imputada culpa ou dolo, nos exatos termos do art. 37, §§ 5º e 6º, da CF/88.

69. Assim, diante das constatações de inexistência de imprescritibilidade para as hipóteses alinhadas, resta apenas a Vossa Excelência reconhecer a prescrição e, por via de consequência, extinguir o feito com resolução do mérito no exato sentido do que determina o art. 269, inciso IV, do CPC.

b) Do Mérito Propriamente Dito:

70. Os pedidos específicos em relação à União são os seguintes:

a) Declaração judicial do dever da ré de revelar o nome de todas as vítimas do DOI/CODI de São Paulo (não só de homicídio ou desaparecimento), as circunstâncias de suas prisões e dos demais atos de violências que sofreram, bem como de tornar públicos todas (sic) as informações e documentos relacionados ao funcionamento do órgão.

b) Declaração judicial da omissão da União Federal em agir para a busca da reparação regressiva dos danos que supriu que suportou em relação às vítimas da repressão à dissidência política, na forma da Lei nº 9.140/95.

71. Não se desconhece a excelsa atribuição que o sistema jurídico nacional confere ao Ministério Público Federal, alçando-o à condição de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, e lhe conferindo, dentre outras, a atribuição de promover ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, e de outros interesses difusos e coletivos



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

(Constituição da República de 1988, arts. 127 e 129, inciso III).

72. No entanto, cabe à Administração Pública exercer por iniciativa própria ou dos administrados, o controle de sua atuação nos diferentes setores de suas atividades, em conformidade com o ordenamento jurídico, o que não afasta, todavia, em determinados casos, o controle judicial de seus atos, preservados aqueles praticados ao abrigo da lei e que se inserem na esfera de apreciação subjetiva do administrador, como os de classificação, reclassificação e desclassificação do grau de sigilo de documentos públicos. (Lei n.º 11.111/05, e Lei n.º 8.159/91).

Da impossibilidade material de atendimento do pleito: inexistência de documentos:

7356. De acordo com as informações da Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa, em anexo a presente contestação, aquele Ministério remeteu ao Comando do Exército o Memorando n° 310/GABINETE, de 5 de junho de 2008, pedindo manifestação sobre a possibilidade de se revelar os nomes das vítimas do DOI/CODI de São Paulo, as circunstâncias de suas prisões e de todos os demais atos de violência que sofreram, bem como de tornar públicas todas as informações e documentos relacionados ao funcionamento do órgão.

74. Em resposta recebeu o Ofício n° 401-A/2.8, de 25 de junho de 2008, que relata a inexistência de tais documentos. Senão vejamos:

"3. Informo ainda que antes da edição do Decreto n° 2. 134, de 24 de janeiro de 1997, o qual regulamentou a Lei n° 8.159 (Política Nacional de Arquivos Públicos e Privados), de 8 de janeiro de 1991, ambos instrumentos posteriores ao período dos eventos citados, os documentos classificados como sigilosos podiam ser destruídos pela autoridade que os elaborou ou pela autoridade que detivesse sua custódia. Assim sendo, os possíveis documentos referentes aos acontecimentos mencionados no ofício supracitado, bem



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

como os eventuais termos de destruição, foram destruídos, conforme o disposto no Decreto nº 79.099, de 06 de janeiro de 1977, o qual permaneceu em vigor até 24 de janeiro de 1997."

75. Dessa forma, de acordo com informação prestada pelo General de Divisão JOAQUIM SILVA E LUNA, Chefe do Gabinete do Comandante do Exército, não existe qualquer documento relativo ao período estipulado na petição inicial, sendo impossível o fornecimento dos documentos pleiteados.

76. Veja-se que, os direitos sociais, bem como todos os direitos, têm um custo, e é preciso aferir em que medida pode-se exigir do Estado prestações efetivas, ou ainda, qual o mínimo em conteúdo que os entes estatais ficam obrigados a garantir.

77. Assim, entende-se possível adaptar ao direito brasileiro à chamada Teoria da “Reserva do Possível”, criada para solucionar a restrição do número de vagas (*numerus clausus*) em algumas Universidades (BVerfGE 33,303)¹³, num caso onde o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Bundesverfassungsgericht, decidiu que algumas prestações estatais ficam sujeitas àquilo que a sociedade pode exigir de forma razoável, ou seja, há prestações que ficam restritas a uma “reserva do possível.

78. Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 erigiu os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais, ao incluí-los, expressamente, sob o Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Por isso, estes direitos também estão sujeitos ao que determina o art. 5º, § 1º, da CF/88, que prevê a aplicação imediata das “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais”. A aplicabilidade imediata, não significa, contudo, que o Estado está obrigado a prestar e a garantir os direitos de forma absoluta. Neste sentido é possível, portanto, ver uma

¹³ MARTINS, Leonardo e SCHWABE, Jürgen (org.). Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. pp. 656-667



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

possibilidade de aplicação da teoria da reserva do possível ao caso em questão, pois não há como negar a total impossibilidade “material” de apresentação da documentação requerida pelo Ministério Público.

Do espírito da Lei n.º 9.140, de 4 de dezembro de 1995:

79. A ação busca, em seu segundo pedido dirigido à União, a declaração de omissão no que tange à busca do direito de regresso, com fundamento na Lei n.º 9.140, de 1995. A fim de melhor situar o pleito, pede-se vênua para transcrever alguns dos dispositivos que se consideram mais importantes no citado diploma:

“Art. 1.º São reconhecidos como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, deste então, desaparecidas, sem que delas haja notícias.” (Redação dada pela Lei n.º 10.536, de 2002)

“Art. 2º A aplicação das disposições desta Lei e todos os seus efeitos orientar-se-ão pelo princípio de reconciliação e de pacificação nacional, expresso na Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 - Lei de Anistia.”

80. Verifica-se que a norma rege-se pelo mesmo espírito conciliatório e de pacificação que permeia a Lei nº 6.683, de 1979. Ora, é certo que o objetivo do ato normativo é satisfazer um dos requisitos listados pelo próprio Ministério Público, obtenção de paz social e, também, fazer a reparação dos danos às vítimas.

81. Veja-se que, os valores pagos a títulos de indenização dos “anistiados” o foram em decorrência da Lei n.º 9.140/1995; assim, não há como serem suportados pelos demais co-réus regressivamente.

82. Aqui há, no máximo, hipótese legal de reconhecimento de



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

Responsabilidade Objetiva do Estado, não havendo, pois, que se cogitar de dolo ou culpa, conforme exigido pelo § 6.º, do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

83. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal já se manifestou para consagrar a dupla garantia. Vejamos:

Ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. REPOSNSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO IMPRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO.

O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns.

Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, **dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular.**

Recurso extraordinário a que se nega provimento.
(RE 327.904-1 São Paulo, D.J. 08.09.2006)

84. Cabe ainda lembrar que as indenizações aos desaparecidos políticos que fundamentam o presente pleito foram concedidas por meio do Poder Legislativo, em exercício de seu poder legiferante.

85. Desta forma, parece claro que o pleito regressivo exorbita o que o Ministério Público mesmo entende por justiça transicional, pois se está a exigir um *plus*, qual seja a responsabilização cível dos agentes que eventualmente tenham perpetrado crimes à época do regime de exceção.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

86. Com o escopo de rememorar as palavras inscritas pelo próprio *parquet* em sua inicial, pede-se vênia para, mais uma vez, transcrever o entendimento do órgão a respeito do que seria a justiça transicional:

"a) esclarecer a verdade, tanto histórica (a que considera obtida mediante Comissões da verdade) quanto judicial (obtida no bojo de ações judiciais), procedendo-se à abertura dos arquivos estatais relacionados ao período de exceção;

*b) realizar a justiça, mediante a responsabilização dos violadores de direitos humanos, notadamente os **autores de crimes considerados como de lesa-humanidade**; e*

c) promover a reparação dos danos às vítimas. "

87. Sendo assim, é possível resumir a lista em três palavras: verdade, responsabilidade e reparação. No entanto, o entendimento da palavra responsabilidade não parece se estender à responsabilização civil dos agentes. De fato, fala-se em *"autores de crimes considerados como de lesa-humanidade"*. A responsabilização, ao que parece, em relação aos agentes, quer estivessem aliados ao governo ou à oposição, é estritamente criminal e não cível.

88. Essa é a única conclusão que se harmoniza com o escopo de pacificação social previsto na Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 e na Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995. De fato, a responsabilização cível fundamentada em direito de regresso extrapola o necessário para o próprio conceito de justiça transicional enunciado pelo Ministério Público, uma vez que já houve reparação dos danos concedida às vítimas, sustentada com recursos públicos. A responsabilização de violações aos direitos humanos deve se dar, conforme aponta o *parquet*, em eventuais ações criminais.

Da fundamentação da indenização concedida:

89. É fato que a indenização concedida nos termos da Lei nº 9.140/95,



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

funda-se na responsabilidade objetiva, em razão dos termos de seu art. 1º: “São reconhecidas como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas relacionadas no Anexo I desta Lei, por terem participado, ou terem sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e que, por este motivo, desde então, desaparecidas, sem que delas haja notícia.” Sendo deferida a indenização às pessoas elencadas no artigo 10¹⁴.

90. Dessa forma, basta a comprovação de três elementos em relação às pessoas desaparecidas para que seja reconhecida sua morte, quais sejam: a) participação ou acusação de participação em crime político no período estabelecido; b) detenção em razão da participação; e c) desaparecimento.

91. Verifica-se que, não existe qualquer vestígio de culpa nos elementos exigidos pela lei para concessão de indenização. Alie-se isso ao fato de que a concessão se deu por clara manifestação de vontade da União, por meio de seu Poder Legislativo, e com escopo evidente de obter pacificação social.

92. Assim, a ação regressiva não pode servir de instrumento para que o Estado recomponha seu patrimônio em razão das políticas públicas que resolva adotar, em exercício de sua conveniência e oportunidade. *In casu*, a União editou a lei com o objetivo claro - nunca é demais repetir - de promover a conciliação. Assim, assumiu o ônus de conceder tais indenizações - tanto que não existe qualquer referência ao direito de regresso na mencionada lei. De fato, sem autorização legal expressa, pode até mesmo ser considerada violação ao princípio da legalidade, que permeia toda a atuação da Administração Pública.

93. É bom lembrar que a União, por diversas vezes, é apontada como vagarosa e inerte para resolver as questões que clamam solução. Entretanto, este não é o caso. Ao contrário, não precisou de decisão judicial determinando que se

¹⁴ Lei nº 9.140, de 1995. “Art. 10. A indenização prevista nesta Lei é deferida às pessoas abaixo indicadas, na seguinte ordem: I – ao cônjuge; II – ao companheiro ou companheira, definidos pela Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994; III – aos descendentes; IV – aos ascendentes; V- aos colaterais, até o quarto grau.”



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

realizasse a reparação. Espontaneamente, ou seja, por ato voluntário, a União se propôs e editou a lei em questão, a fim de solucionar o problema apresentado. Por isso, não é factível o exercício do direito de regresso.

94. De fato, é inimaginável que, a cada oportunidade em que a União tiver de adotar determinada decisão, abra-se a possibilidade para que sejam intentadas inúmeras ações de regresso contra agentes públicos. O exercício do direito de regresso, em casos como estes, acabaria por ferir o princípio da segurança jurídica, causando problemas para o exercício de qualquer função pública.

95. Nesse andar, entende-se que se deve transcrever os termos da Exposição de Motivos da Lei n.º 9.145/95, os quais demonstram a amplitude prevista na referida Lei, nos seguintes termos:

“EM/MJ N° 352 Brasília, em 28 de agosto de 1995.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submetemos à consideração de Vossa Excelência o anexo Projeto de lei que *"Dispõe sobre o reconhecimento como mortas de pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, e dá outras providências"*.

2. Trata-se de proposta destinada a preencher uma antiga lacuna na recente história do País que visa traduzir a consolidação de sua plena democracia, alicerce maior do Estado de Direito, e norteia-se pela idéia da reconciliação e pacificação nacional, desenvolvida a partir da "Lei de Anistia"(nº 6.683, de 28 de agosto de 1979).

3. O reconhecimento pelo Estado dos desaparecidos e das pessoas que tenham falecido por causas não naturais em dependências policiais ou assemelhadas, na forma apresentada na anexa proposta de lei, traduz o restabelecimento de direitos fundamentais de tais pessoas e uma forma de reparação que, sem sentimentos de .retaliação, alcance a justiça que o Estado Brasileiro deve a quem seus agentes tenham causado danos.

4. Assim, a proposição é impulsionada no sentido de



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

resolver um assunto penoso na perspectiva de que as paixões devem ceder lugar a sentimentos edificadores.

5. Sobre o Projeto de Lei e sua mecânica transcreva-se o Relatório enviado pelo Dr. José Gregori, a quem incumbi, por determinação de Vossa Excelência, de delinear suas linhas gerais:

6. "A mecânica da proposta é basicamente:

6.1 Reconhecer, em dispositivo expreso, os desaparecidos como mortos para todos os efeitos legais. São abrangidos por essa declaração os constantes de uma lista de 136 nomes. Tal lista é nova e própria mas é convergente com outras, a saber:

- a) Ministro Maurício Corrêa;
- b) dos familiares dos desaparecidos que entregaram ao Ministro Nelson Jobim na audiência de 23 de maio;
- c) de relatórios do Ministério das Relações Exteriores;
- d) duas da Imprensa, da Folha de São Paulo e do Jornal do Brasil. Além disso, solicitei ao Secretário de Justiça de São Paulo, Dr. Belisário dos Santos Junior, o que mantém contato com os familiares dos desaparecidos, uma lista que obtivesse, o mais possível, consenso entre eles.

6.2. Embora, nesse campo, nada comporte certeza sólida, a lista arrola 136 pessoas que foram detidas por agentes, ao que tudo indica, pertencentes aos vários braços do que se chamou sistema de segurança do regime de exceção que o Brasil viveu, e, a partir daí, delas nunca mais se teve qualquer notícia. Caracterizou-se, assim, um ilícito de gravidade máxima praticado por agentes públicos ou a serviço do poder público: deviam guardar quem tinham sob sua responsabilidade e não o fizeram. Tal circunstância serve de embasamento ético-jurídico para o Estado, como entidade perene e acima da temporalidade dos governos ou regimes, responsabilizar-se pelo dano causado e procurar reparar o procedimento condenável de seus agentes independentemente da motivação que tenha determinado suas condutas. Objetivamente os representantes do Estado ou investidos de seus poderes não poderiam ter o comportamento materializado por atos e ações que afrontaram leis, mesmo as de exceção, então vigentes.

6.3. É lei imemorial entre os homens que quem morre deve ser assim considerado e os restos mortais merecem sepultura. O respeito e mesmo o culto aos mortos está na raiz de quase todas as religiões. Nos casos listados, isso, positivamente, não se deu. Agora, o Estado, decorridos muitos e muitos anos, repara a ausência aberrante pôr meio



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

da declaração do art 1º e. na medida do possível. nos esforços de localização de despojos da Comissão Especial prevista no art. 4. inciso II.

6.4. A declaração de morte. do anexo do art 1º. materializar-se-á pelo assentamento de óbito, se essa for a vontade dos familiares, pois nesse projeto de Lei, salvo a declaração do art. 1º, nada é compulsório ou ex-offício, pois todas as possibilidades, nele contidas, dependem que os familiares. por vontade própria decidam obtê-las.

6.5. Assim o familiar com legitimidade para isso. requererá ao oficial de Registro Civil o assentamento de morte. É um expediente sumaríssimo bastando que se comprove a inclusão do nome na lista e que o incluído foi parente de quem requer.

6.6 Prevê-se uma indenização reparatória que o parente que a isso tiver direito poderá requerer.

6.7. Quem receberá e processará o requerimento dessa indenização será uma Comissão Especial que o Presidente da República nomeará. constituída de 7 membros sendo. um vinculado os familiares. outro ao Ministério Público Federal, outro a Comissão de Direitos Humanos da Câmara e outro ao Estado Maior das Forças Armadas. A Comissão Especial funcionará no Ministério da Justiça.

6.8. A indenização será calculada segundo critérios estabelecidos pela Assessoria do Ministro da Previdência e Assistência Social que sugeriu multiplicar certas quantias de Reais a tabelas de expectativas de vida do JBGE. Nenhuma indenização será inferior a R\$ 100 mil e superior a R\$150 mil.

6.9. Os casos de pessoas que possam estar no campo de abrangência descrito no art. 1º e que não constarem da lista nele prevista poderão ser apresentados, pôr parentes, à Comissão Especial que decidirá acolher, ou não, o pedido feito. Além disso, os familiares de pessoas que faleceram em dependências policiais ou assemelhadas, por causas não naturais, poderão requerer o reconhecimento para efeitos de indenização junto à Comissão Especial. Essa possibilidade deve crescer, por estimativas do Secretário de Justiça de São Paulo, cerca de 80 pessoas às 136 relacionadas no Anexo.

6.10. Ainda, nas atribuições da Comissão Especial, prevê-se a possibilidade de diligenciar ou "envidar esforços" para localizar o lugar em que, porventura, poderiam estar os despojos. Dependerá de requerimento de parentes que deverão apresentar indícios suficientes do que alegarem e da concordância da Comissão.

6.11. O Projeto prevê, ainda, um mecanismo de



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

aceleração do processo judicial de indenização que, porventura, algum familiar - ou quem se entenda com direito de pedir indenização ao Estado por morte - esteja ou venha a mover perante o Judiciário. Ou seja: os recursos serão apenas devolutivos.

6.12 Frisa-se que a o Projeto de lei não tem sentido revanchista. Trilha objetivamente a estrita bitola da reparação legal sem conflitar com a Lei da Anistia que determinou o esquecimento de responsabilidades pessoais. Aliás o Projeto reafirma expressamente o intuito de reconciliação e pacificação daquela Lei que foi um marco fundamental para retomarmos nossa marcha democrática.

7. Tendo compromisso com o futuro e não podendo faltar ao imperativo de sua consciência humanista, o atual governo democrático resgata, com este projeto, inspirado em razões etico-jurídicas, a reparação do Estado aos brasileiros por ele abrangidos."

Estamos convictos. Senhor Presidente. de que. com a presente proposta de lei. estará Vossa Excelência. o Congresso Nacional e toda a sociedade brasileira. encerrando um difícil capítulo de nossa história."

96. Em leitura atenta da petição inicial, fica claro que inexistente o direito de regresso em virtude do qual o Ministério Público Federal busca a compensação em relação aos demais co-réus, em virtude: a) do próprio espírito da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995 e b) da fundamentação da indenização concedida. Desta forma, inexistente qualquer omissão da União em obter o direito de regresso.

Da Constitucionalidade da Lei n.º 11.111/2005 e da Lei n.º 8.159/91 - Análise do documento n.º 12:

97. Cumpre, nesta oportunidade, rebater, um a um, os argumentos levantados pelo Ministério Público Federal no estudo realizado e acostado como documento n.º 12.

98. Sustenta o *parquet* que a transparência dos arquivos estatais é um imperativo para o exercício da cidadania e soberania. Entretanto, a falta de fundamentação desta assertiva por parte do autor serve para reforçar sua luta



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

inglória, vez que não se demonstrou de modo peremptório que nenhum dos direitos ligados à cidadania está sendo cerceado pelos referidos instrumentos legislativos, como veremos no decorrer desta explanação.

99. O único resquício de fundamentação apresentada aduz que o direito à informação possibilita a compreensão da realidade da história e que sem informação a cidadania restaria comprometida. Cumpre ressaltar que o nobre integrante do Ministério Público confunde os conceitos de informação e educação. Sendo que a ausência desta, sim, é passível de comprometimento da cidadania de um povo por mantê-lo alienado à sua realidade social.

100. Argumenta que a manutenção de sigilo da documentação deve ser fundamentada formalmente, devendo ser passível de avaliação dos motivos por representantes da sociedade. Ocorre que a própria fundamentação da manutenção do sigilo da documentação impõe um esforço e cuidado extremos, pois, caso contrário, poder-se-á revelar o próprio conteúdo que se pretende proteger. Por este motivo, também, a Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas não poderá prever a participação de integrantes da sociedade que não possuam nenhum vínculo com o Estado.

101. Aduz que o dano que justifica o sigilo deve ser atual e relacionado diretamente com os interesses da nação. Convém divergir no sentido de dizer que os danos futuros causados pelo manuseio errado de informações sobre o passado também autorizam a manutenção dos sigilos, pois, o administrador deve sempre agir tendo em vista os interesses das gerações futuras (responsabilidade transgeracional).

102. Sugere, a manifestação ministerial, a reavaliação dos sigilos em intervalos de tempo certo. Importa dizer que a própria lei determina isso; entretanto, o ato resultante da avaliação se caracteriza como ato discricionário decorrente do exercício de sopesamento da conveniência e oportunidade administrativas, não cabendo interferência dos outros poderes sob pena de malferimento do princípio da separação de poderes inserto no art. 2º da CF/88.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

103. Em outra passagem, o Ministério Público Federal adverte que o inciso X do art. 5.º da CF/88 serve para proteção à intimidade, à privacidade, à imagem e à honra das pessoas, não se podendo opor sigilo aos interessados. Perfeitamente correta esta afirmativa, contudo, resta explicitar que o *parquet* não é o interessado na relativização dos sigilos, sendo apenas de se considerar sob tal condição os perseguidos políticos ou seus familiares.

104. Relativamente ao tópico “1.2. Da produção normativa infraconstitucional: as Leis n.º 8.159/91 e n.º 11.111/2005”, noticia que o art. 23 da Lei n.º 8.159/91 remete sua regulamentação para Decreto Presidencial além de permitir a manutenção de sigilo sobre documentos por até 100 (cem) anos, para declarar entendimento que o Decreto n.º 4.553/2002 é inconstitucional e ilegal. Quanto a esta irresignação, compete apenas ressaltar que a lei distingue sigilos referentes à segurança, à sociedade, pelo prazo de 30 anos; já quanto a direitos da honra e imagem das pessoas, o prazo estipulado foi de até 100 anos. Portanto, conclui-se que, primeiro, não são todos os documentos que poderão ser restritos por até 100 (cem) anos, mas somente aqueles que se refiram à honra e à intimidade das pessoas. Em segundo lugar, não existe qualquer irregularidade no Decreto, quer por extravasar a mera regulamentação do dispositivo legal, quer por contrariá-lo.

105. Quanto à suposta “inconstitucionalidade formal da Medida Provisória n.º 228/2004 e, em consequência, da Lei n.º 11.111/05 – impossibilidade de edição de medida provisória em razão da matéria (Constituição Federal, art. 62, parág. 1º, inciso I, alínea a)”, segundo a atacável interpretação do, então art. 62, parág. 2º, da CF/88, as Medidas Provisórias não poderiam tratar dos sigilos de documentos por se encontrarem em jogo direitos relativos à cidadania, sendo que este suposto vício não se convalidaria com a conversão da Medida Provisória pelo Congresso Nacional. É com clareza que afirmamos que a referida Medida Provisória trata do direito à segurança e à soberania, não se vislumbrando, sequer por via reflexa, qualquer ataque a direitos da cidadania. Assim, também, não é demais ressaltar que o referido instrumento legislativo foi convertido em lei pelo Parlamento, não havendo que se cogitar de qualquer vício.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

106. Quanto ao “3. Segunda inconstitucionalidade formal da lei n.º 11.111/05 – ausência de relevância e urgência para a edição da Medida Provisória n.º 228 (Constituição Federal, art. 62, *caput*)”, conforme relatado pelo *parquet*, o Supremo Tribunal Federal admite o controle de constitucionalidade relativamente aos requisitos da relevância e urgência. Entretanto, esta demanda deverá ser ajuizada em foro apropriado e pelo Chefe do Ministério Público da União em sede de ação declaratória de inconstitucionalidade e não por via de ação civil pública, conforme já tratado alhures. Por fim, resta salientar que apesar do juízo de inconstitucionalidade defendido pelo MPF, tanto a Medida Provisória quanto o projeto de lei de conversão ultrapassaram, sem problemas, o controle de constitucionalidade dos Poderes Executivo e Legislativo, gozando, até posterior impugnação, de vigência e eficácia plenas.

107. Referentemente às “4. Inconstitucionalidades materiais da Lei n.º 8.159/91 e da Lei n.º 11.111/05”, sustenta o Ministério Público a invalidação da delegação ao Poder Executivo da definição das hipóteses de sigilo e das autoridades competentes para classificar e desclassificar documentos, o que tornaria inconstitucional o art. 23, *caput*, da Lei n.º 8.159/91, e os arts. 3º e 4º da Lei n.º 11.111/05. Alega vício de delegação ao Poder Executivo para definir as hipóteses e categorias de sigilo, pois a Constituição teria previsto que os direitos fundamentais somente poderiam ser limitados pelo legislador. Convém advertir o quão perigosos são os efeitos de se admitir como verdadeiras essas premissas levantadas pelo *parquet*. Veja-se que, a prevalecer esse entendimento, ter-se-ia que por em liberdade todas as pessoas que foram condenadas por tráfico de entorpecentes, pois, a lei de tóxicos é completada por meio de um ato infralegal, qual seja, uma portaria da Agência de Vigilância Sanitária – ANVISA. Assim, temos um direito inegavelmente fundamental como é o da liberdade submetido a uma norma infralegal sem que se verifique qualquer inconstitucionalidade. Não se pode condenar uma norma de inconstitucional por utilizar de uma técnica legislativa de integração heterônoma. Por fim, resta dizer que o ordenamento veda interpretações que levem ao absurdo.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

108. Aduz, ainda, ser inviável, na prática, as reuniões da Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas, conforme estabelecido no Decreto n.º 5.301/2004, pelo excessivo volume de documentos passíveis de análise. Caso acate-se essa justificativa, todos os tribunais do país deveriam ser desativados por excesso de processos e documentos para exame. Mais uma interpretação que leva ao absurdo.

109. Em outro parágrafo do seu estudo, insiste o Ministério Público que o Poder Executivo não é constitucionalmente indicado para a produção de normas de limitação do exercício dos direitos fundamentais. Outro gigantesco imbróglio poderá ser estabelecido se esta tese não for refutada imediatamente. Estamos tratando de toda a legislação tributária regida por Portarias, Instruções Normativas, Regulamentos (como o do Imposto de Renda) que estará sendo fragilizada e vulnerabilizada por inúmeros questionamentos judiciais. Portanto, necessário de faz a superação deste fundamento.

110. Logo à frente no estudo, o Ministério Público sustenta a necessidade da inclusão de membros da Instituição na referida Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas. Ocorre que, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a atribuição de outras competências aos membros do Ministério Público, por vias oblíquas, como a inclusão em Comissões dos Poderes Executivo ou Legislativo, é inconstitucional, **pois, no caso, é necessária a realização de alterações na Lei Complementar 75/95, a fim de possibilitar a inclusão novas atribuições aos Membros do Ministério Público da União.**

111. Defende ter havido violação ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade pela fixação de um prazo máximo de 100 (cem) anos de sigilo como forma de proteção à honra e à imagem. Aduz a ocorrência de choque de princípios constitucionais: direitos da personalidade *versus* “interesse coletivo no conhecimento da informação”, sendo que, nessa linha, a lei não poderia definir que sempre a autoridade administrativa deveria privilegiar a proteção aos direitos da personalidade (*sic*). Quanto à inconstitucionalidade por desproporcionalidade no



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

prazo de proteção ao direito à honra e à imagem, urge lembrar que estes prazos estão em conformidades com a legislação que trata dos direitos autorais que determina prazos semelhantes (em torno de 70 a 100 anos). Quanto ao pretendido choque de princípios, vale ressaltar que não se encontra demonstrado em nenhum ponto a ocorrência de “direito coletivo no conhecimento da informação”. Por fim, para evitar este fatalismo legal é que a lei previu as atribuições da Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas.

112. Argumenta a inconstitucionalidade do parág. 2º do art. 6º da Lei n.º 11.111/05 pela possibilidade de prorrogação do prazo de sigilo por tempo indefinido, nos casos de ameaça à soberania, à integridade territorial ou às relações internacionais do país, competindo à Comissão de Avaliação manifestar-se pela permanência da ressalva pelo tempo que estipular. Note-se que a matéria é limitada à soberania, à integridade do território nacional e às relações internacionais, não havendo interesse público a justificar a revelação destes documentos, sob pena de por a segurança da nação em risco.

113. No tópico “5. As omissões inconstitucionais do legislador ordinário” o Ministério Público afirma a ocorrência de omissões legislativas. Conforme ressalta a própria peça ministerial, a solução para o suprimento das supostas omissões legislativas somente se dará por ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o que é bastante questionável seu cabimento, vez que existe norma legal; ou por mandado de injunção, ambos de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

114. Por fim, a União demonstra, através da informação fornecida pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos, as ações que vem sendo executadas em favor do direito à memória e à verdade, nos seguintes termos:

“Das ações desta SEDH em favor do direito à memória e à verdade:

No âmbito interno, a ação mais importante consistiu na publicação do Livro-Relatório, elaborado a partir do



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

resultado de mais de 11 anos de trabalho da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Esse Livro é hoje a maior fonte oficial de informações tornadas públicas sobre os fatos relacionados aos desaparecimentos políticos no período da ditadura, razão pela qual esta Secretaria reitera, nesta oportunidade, seu conteúdo, como elemento de fato a subsidiar a manifestação da União nos autos.

Consoante se depreende da leitura da peça inicial, grande parte do conteúdo do Livro foi utilizado como fundamento de fato à propositura da ação e, quanto a esse aspecto, esta Secretaria entende que não pode haver discordância da União ao se manifestar nos autos, sob pena de contrariar as informações oficiais sobre o tema.

A publicação do Livro insere-se dentro do Projeto "*Direito à Memória e à Verdade*", da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, iniciado em 29 de agosto de 2006, com a abertura da exposição fotográfica "*Direito à Memória e à Verdade - A ditadura no Brasil 1964- 1985*", no hall da taquigrafia da Câmara dos Deputados, em Brasília. O projeto tem o objetivo de recuperar e divulgar o que aconteceu nesse período da vida republicana brasileira.

Outras ações do Projeto incluem:

(a) parceria com o Ministério da Educação - por meio do Projeto República da UFMG - para transformação do Livro em CD, a ser distribuído para todas as escolas da rede pública do país. Esse CD vai ampliar o conteúdo do Livro, com músicas, depoimentos, filmes e outros documentos da época;

(b) exposição "A DITADURA NO BRASIL 1964-1985", que traz uma ambientação visual que conduz o público em uma espécie de "*viagem no tempo*" aos fatos retratados e traduz aos jovens um pouco do clima vivenciado nesse período tão importante na história social e política brasileira. Recupera, de maneira exclusiva, os primeiros momentos do regime militar até os grandes comícios populares das "Diretas Já". Todos os fatos ocorridos nessa época são recuperados em um texto em ordem cronológica;

(c) exposição APOLÔNIO DE CARVALHO - VALE A PENA SONHAR, que conta a trajetória de Apolônio de Carvalho, um revolucionário que lutou contra duas ditaduras no Brasil, na Guerra Civil Espanhola e na Resistência Francesa; e

(d) os memoriais "*Pessoas Imprescindíveis*", homenagens a estudantes e trabalhadores mortos, que conta com painéis e esculturas buscam unir forma e conteúdo para dar aos visitantes uma visão - mesmo que sintética - do que



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

foi o período de ditadura no Brasil.

Em sua atuação na política externa, há de ser destacada a iniciativa brasileira no âmbito do MERCOSUL, acatada pelos demais membros, de criação do Grupo de Trabalho *Direito à Verdade e à Memória*, que busca apoiar a consolidação, entre os países do Bloco, do direito à verdade e à memória, promovendo a troca de experiências sobre a criação e o funcionamento de mecanismos judiciais específicos e mecanismos extrajudiciais, como as Comissões da Verdade, que complementam o sistema de justiça, para investigar violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário. Funciona, ademais, como um foro consagrado à cooperação técnica aos países que estejam em processo de estabelecimento dessas comissões e ao intercâmbio de informações com vistas à defesa e à preservação dos arquivos identificados como indispensáveis para preservação da memória.”

IV - DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS:

115. Por todo o dito e demais exposto, vem a União requerer a Vossa Excelência que:

- a) Se digne extinguir o feito sem julgamento do mérito, nos exatos termos das preliminares desta peça;
- b) Caso assim não entenda, que reconheça a prescrição outrora afirmada, extinguindo o feito com julgamento do mérito, como bem alude o art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil;
- c) Acaso vencidas essas etapas de ordem processual, determine a completa improcedência do pedido, pelo mérito propriamente dito, já que as alegações contidas ao longo de toda a inicial são totalmente insubsistentes e sem qualquer amparo jurídico que as sustente, pois:
 - a pretensão manifestada pelo Ministério Público de obter declaração judicial do dever da União de revelar o nome de todas as vítimas do DOI/CODI de São Paulo (não só de homicídio ou desaparecimento), as circunstâncias de suas



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3.ª REGIÃO-SP/MS

prisões e dos demais atos de violências que sofreram, bem como de tornar públicos todos os documentos e informações relacionados ao funcionamento do órgão, não tem condições de prosperar, conforme informado pelo Comando do Exército, tal documentação já foi destruída;

- não há possibilidade de se declarar judicialmente a omissão da União em agir para a busca da reparação regressiva dos danos que suportou em relação às vítimas da repressão e dissidência política, na forma da Lei n.º 9.140/95, quer seja em razão do espírito de pacificação social que permeia a Lei n.º 9.140/95, bem como por se tratar de excesso em relação ao que o Ministério Público, em sua petição inicial, denomina justiça transicional; quer seja em virtude da própria fundamentação da indenização concedida, que se baseia em reconhecimento espontâneo, por parte da União, do direito de indenização aos desaparecidos; quer seja em razão da inocorrência de inconstitucionalidades nas Leis n.º 11.111/2005 e n.º 8.159/91.

Protesta pela produção de novas provas que possam ser essenciais à demonstração da defesa aqui apresentada.

Nestes Termos,
Pede deferimento!

São Paulo, 14 de outubro de 2008.

Lucila Piato Garbelini
Advogada da União

Gustavo Henrique Pinheiro Amorim
Procurador-Regional da União da 3.ª Região
Advogado da União