

A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO: O CASO BRILHANTE USTRA

Transitional justice and the accountability of the Brazilian State: the Brilhante Ustra case

Rogério Sganzerla*

Resumo: O que se pretende entender neste trabalho é como deve ser feita essa justiça de transição até hoje não efetivada completamente no Brasil. Os direitos fundamentais, coletivos e individuais, merecem de proteção especial em frente ao segredo das informações desta época de ditadura, não podendo sofrer privação a memória social e o direito à verdade em razão de argumentos particulares ou restritivos em prol da segregação de informação. Para isso, será tomado como base o recente julgamento do ex-Major Carlos Brilhante Ustra, cuja responsabilidade individual foi proclamada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Serão apontados os fundamentos pelos quais levaram os magistrados a votarem em tal sentido e como essa decisão difere daquela de 1978 sobre o caso Vladimir Herzog.

Palavras chave: Justiça de Transição, Verdade, Ditadura Militar

Abstract: The aim of this work is to understand how this should be done transitional justice even today not completely effective in Brazil. Fundamental rights, collective and individual, deserve special protection in front of the confidentiality of the information in this era of dictatorship and can not suffer deprivation social memory and the right to the truth because of particular arguments in favor or restrictive segregation information. This will be taken based on the recent trial of former Major Carlos Ustra Bright, whose individual responsibility was proclaimed by the Court of São Paulo. Will be pointed out the reasons which led the judges to vote for such meaning and such decision differs from that of 1978 Vladimir Herzog on the case.

Keywords: Transitional Justice, Truth, Military Dictatorship.

* Assessor Jurídico vinculado à 2ª Procuradoria da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Mestrando em Direito pela UNIRIO, Graduado em Direito pela Escola de Direito (FGV-RJ), Graduando em Filosofia pela UNIRIO. Contato: rogeriosganzerla@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O Brasil possui um débito enorme com sua sociedade: a abertura de seus arquivos e a memória de todos os atos praticados durante o regime ditatorial decretado em 1964. Essa dívida se reflete na presença de apenas dois casos de responsabilização do Estado Brasileiro por torturas, sequestro, desaparecimento e/ou morte de presos durante aquele regime de exceção.

O que se pretende entender neste trabalho é como deve ser feita essa justiça de transição até hoje não efetivada completamente no Brasil. Os direitos fundamentais, coletivos e individuais, merecem proteção especial frente ao segredo das informações desta época de ditadura, não podendo sofrer privação frente ao direito coletivo de memória social. Da mesma forma, o direito à verdade não pode ser restringido em razão de argumentos particulares.

Para isso, será tomado como base o recente julgamento do ex-Major Carlos Brilhante Ustra, cuja responsabilidade individual foi proclamada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Serão apontados os fundamentos pelos quais levaram os magistrados a votarem em tal sentido e como essa decisão difere daquela de 1978 sobre o caso Vladimir Herzog.

Assim, serão abordados os temas da justiça de transição e a sua complementaridade com os direitos fundamentais, o acesso à informação e, por fim, a responsabilidade do Estado pelos atos praticados durante regime de exceção. A seguir, será iniciado o estudo.

2. A JUSTIÇA TRANSICIONAL COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A justiça de transição é um dos elementos mais importantes quando se fala em um passado ditatorial e um presente democrático. Diz-se isso, pois ela é uma forma de reconciliação da sociedade para a procedência de um novo futuro. A estratégia fundamental não está na responsabilização das pessoas que praticaram os atos da ditadura, mas sim do próprio Estado e Governo enquanto promovedores de políticas públicas revitalizadoras do regime democrático (LEAL, s.d).

De certa forma, a renúncia a sanções penais foi uma forma para que essa reconciliação se desse de forma mais pacífica. O que é sustentado, então, é uma **teria do perdão** através de uma pacificação emancipadora e crítica da sociedade civil como um todo. A divisão, inclusive, deve ser feita por gênero, entendendo às mulheres o reconhecimento das ofensas sofridas, de plenos direitos a seus filhos, recursos para programas psico-sociais de ajuda, entre outros, haja vista que sofreram abusos sociais e outras formas de ofensas. Já os homens, em razão da militarização das suas vidas, podem ter reflexos da raiva e da frustração como obstáculos para a reconciliação, necessitando também políticas específicas.

Mais ainda, para que ela seja duradoura, deverão ocorrer mudanças de atitudes, condutas e entorno institucional que o possibilite. Além disso, é necessária uma interpretação compreensiva dos acordos de paz, trocando o medo pela coexistência não violenta e a necessidade de medidas que abordem o impacto do sofrimento, a memória coletiva e as formas de colaboração no presente, o que é feito pelas comissões da verdade.

Porém, no Brasil, assim como o de outras nações latino-americanas, o processo de transição política partiu do pressuposto de que os direitos das vítimas eram variáveis menores do processo e que, se fossem sobrelevadas, poderiam colocar em risco a própria reconciliação nacional. Há, portanto, a ausência de um elo conciliador que atrele o **passado ditatorial** com o **presente democrático**, cuja estrutura não desconsidere o cometimento de barbáries atentados no regime militar, ou que pelo menos não negue ou esconda aquela enormidade de atrocidades praticadas. Sente-se, aqui, a ausência de uma ligação que leve a sociedade brasileira a uma verdadeira compreensão dos fatos ocorridos neste recente passado, gerando assim, uma expectativa e um clamor por justiça como meio de ultrapassar com dignamente tais acontecimentos.

Pois o lembrar do passado de repressão, torturas e extermínios que subjazem à luta pela redemocratização do país, leva-nos a compreender a dimensão de historicidade dos direitos fundamentais. Tratá-los, ao contrário, como sempre tivessem existido, numa perspectiva anti-histórica, esvazia-os de sentido, num processo que tende a “normalizá-los” e torná-los como se ordinários fossem.

Para o sucesso deste processo transicional é obrigatório que as citadas mazelas sejam encaradas sem a convencional hipocrisia presente, quando se trata deste período, já que mesmo não negando os acontecimentos, vez que é impossível fazê-lo, alguns órgãos governamentais brasileiros, especialmente as forças armadas por meio de seus

serviços de inteligência (além da Casa Civil), escondem uma série de crimes que poderiam esclarecer a verdade dos fatos ocorridos.

Por isso é imprescindível que as autoridades governamentais conscientizem-se quanto à possibilidade de divulgar a veracidade dos fatos a fim de que a sociedade conheça toda a verdade do momento político-social sucedido e, assim, esteja hábil para ultrapassar o período em debate e não reviva mais a intensa repressão do autoritarismo.

Mas como se fazer uma justiça de transição? O conceito de justiça de transição trazido pelos juristas André Ramos Tavares e Walber de Moura Angra consiste em **políticas estatais de compensação** pelos crimes cometidos, os quais violaram a dignidade da pessoa humana, bem como o mais sagrado bem jurídico tutelado constitucionalmente, a vida. Dessa forma, assinalam que as medidas adotadas pelo Estado com o escopo de restabelecer a democracia em um Estado Democrático de Direito, através de um sincero e efetivo **acerto de contas**, devem ser encaradas de forma imperativa, já que, sem as quais, não se vê a transição para uma sociedade justa e pacífica. Assim discorrem:

A justiça reparadora, de transição ou transicional se configura naqueles procedimentos que têm a finalidade de compensar abusos cometidos contra direitos humanos em regimes ditatoriais, em períodos de exceção ou de situações de anomalia constitucional. Normalmente ela ocorre em períodos de transição, quando do restabelecimento do Estado de Direito. Trata-se de responder à difícil e delicada pergunta sobre quais as medidas a serem adotadas por um novo regime em relação aos fatos ocorridos durante o regime que o precedeu, indagação especialmente difícil quando a ditadura truculenta e sufocante sucede a democracia aberta e plena.

[...]

Essa necessidade de prestar contas com o passado torna-se imperiosa como forma de pacificar a sociedade, permitindo que ela possa evoluir sem a constante recordação das feridas abertas do passado (TAVARES, ANGRA, 2009, P. 71).

O professor Rogerio Gesta Leal (s.d) sistematiza alguns outros termos necessários para a justiça transacional: a) revelação da verdade, mediante a abertura de arquivos do período e a criação de comissões da verdade imparciais; b) responsabilização pessoal dos perpetradores de graves violações de direitos humanos, entendendo que a situação de impunidade é fato de inspiração e da confiança a quem adota práticas violadores de direitos; c) reparação patrimonial dos danos às vítimas, através de indenizações financeiras; d) reforma institucional dos serviços de segurança, expurgando de seus quadros quem propagava a teoria do período; e) instituição de

espaços de memória, para que as gerações futuras saibam que, no país, se praticou o terror em nome do Estado.

Diz ainda o autor que são cinco as estratégias de ação para a estruturação da justiça de transição: a) justiça reparatória cível (envolvendo danos materiais e imateriais); b) justiça criminal; c) formatação de Comissões da Verdade e Memória; d) justiça administrativa (com a revisão formativa dos quadros e setores públicos envolvidos com os temas da segurança e dos Direitos Fundamentais); e) justiça constitucional de transição (integrada e compromissada nacional e internacionalmente com as diretrizes jurisdicionais protetivas de Direitos Humanos e Fundamentais) (TEITEL, p. 21).

Desse modo, ao contrário dos que argumentam, metaforicamente, que é preciso simplesmente "virar a página" da história da ditadura militar brasileira sem a investigação das violações, vale reter em mente a resposta de Louis Joinet, consultor em direitos humanos das Nações Unidas, para quem "antes de virar a página é preciso lê-la. A falta ou precariedade dessa leitura pode acarretar na perpetuação das instituições e práticas autoritárias do regime anterior" (JOINET, 1993).

Por isso, pergunta-se: como esta situação está sendo entendida pelo sistema jurídico brasileiro e como a estruturação da verdade das informações da ditadura pode ser feita no Brasil? A discussão dessas perguntas será feita a seguir.

3. A NECESSIDADE DO ACESSO À INFORMAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Em que medida é possível concretizar os direitos humanos e fundamentais no Brasil? A prática forense corresponde à teoria dos direitos fundamentais ou eles estão divorciados?

A publicidade dos atos Estatais é regra. Segredo de justiça é exceção. Estas implicações estão positivadas na Constituição Federal através do art. 5º, LV: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem".

Na doutrina, e por influência da italiana encontramos diversas classificações de segredo de justiça. Fala-se de segredo interno, aquele que é relativo ao processo, onde existe o conhecimento dos atos e resoluções judiciais pelas partes através da sua

participação, e de segredo externo ou extraprocessual, relacionado com quem não é parte no processo, todos os que são estranhos à respectiva relação processual, de proibição de conhecer, de tornar públicos os atos processuais. O primeiro está relacionado com os intervenientes processuais e o segundo com todos os cidadãos, quer o sejam ou não (MEDIDA SEIÇA, p. 644 *apud* RIBEIRO, 2008, p. 157).

Nessa esteira, Vinício Ribeiro (2008, p. 152) entende por segredo interno a limitação de acesso dos sujeitos e participantes processuais aos elementos probatórios e de outro tipo (externo) constante dos autos, bem como a assistência pelos mesmos a certos atos e sua narração.

Simas Santos e Leal Henriques (2008, p. 577) trazem à colação algumas observações que devem ser levados em consideração para o entendimento da restrição imposta pelo legislador. O segredo de justiça deve ser observado sob vários âmbitos: subjetivo, objetivo e temporal. No âmbito subjetivo, o segredo de justiça consiste numa obrigação de *non facere*, é uma proibição que envolve em primeiro lugar todos os participantes processuais. Ficam vinculados ao segredo, não só os sujeitos processuais, os participantes no processo, assim como toda e qualquer pessoa que tenha contacto como o mesmo. No âmbito objetivo, o segredo de justiça exprime-se também e sempre numa obrigação de *non facere*, portanto numa proibição de assistência ou tomada de conhecimento e proibição de divulgação. No âmbito temporal, o segredo de justiça durante o inquérito, e quando seja essa a opção tomada, mantém-se até à sua conclusão, podendo em qualquer altura, ser levantado oficiosamente pelo MP ou a requerimento do arguido, assistente ou ofendido.

Por isso, o segredo de justiça, por mais que entendido como algo necessário em alguns atos, deve, ainda assim, ser entendido como um instrumento de restrição à publicidade do processo. O cuidado deve ser tomado, pois o processo em si não pode, nem deveria, ser restrito, mas sim seus dados, acessíveis somente às partes.

Diz-se isso porque o direito de ter acesso aos dados dos processos judiciais, em linha de princípio, está vinculado a um direito fundamental de comunicação e publicidade, vedada a existência de uma censura de natureza jurisdicional (MACHADO, 2002, p. 561). Neste entendimento, o Ministro Celso de Mello, no HC nº 83.471-0, reforça que “nada deve justificar, em princípio, a tramitação, em regime de sigilo, de qualquer processo judicial, pois, na matéria, deve prevalecer a cláusula da publicidade” (STF, 2003, p. 9.).

Mais ainda, o art. 5º, XXXIII, CF diz que “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”. Mais genérico que o art. 5º, LV, este dispositivo trata de qualquer informação em órgão público, restringindo o acesso de acordo com o caso.

A publicidade, assim, assume contorno de nação e traz o conceito de verdade e informação como necessários para a democracia e não mais somente à vida de um indivíduo. O assunto passa a ser macro ao invés de micro. Segundo Habermas,

a democracia contemporânea deve estar baseada num modelo teórico e pragmático dual, relacionado não apenas com a formação da vontade, institucionalizada no complexo parlamentar, mas também com uma noção de esfera pública que é reenviada a um conjunto espontaneamente gerado de arenas políticas informais, dialogicamente discursivas, e ao próprio contexto cultural respectivo, afigurando-se como uma oposição binária entre o plano formal e institucionalizado da democracia e os domínios informais e espontâneos de formação de opinião (1999, p. 81).

Para isso, continua o autor, para identificação e constituição de um critério de qualificação da Democracia e da deliberação política deve-se atender processos e procedimentos participativos na tomada de decisões e na execução dessas decisões, contando com ferramentas de transparência e visibilidade plena dos atos de todos os agentes envolvidos na espécie (1999, p. 81).

Logo, é preciso destacar instrumentos para essa participação e controle social:

- a) exigência de publicidade dos atos da Administração, para os fins de garantir um grau de visibilidade do poder político e social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, ao mesmo tempo em que se impõe como requisito de vigência da norma legal;
- b) o direito do cidadão em obter certidões do Poder Público, visando trazer informações oficiais sobre interesses pessoais e determinados;
- c) direito de petição, garantindo a qualquer pessoa, independente de ser ou não cidadão, alcançando aos três poderes do Estado, para os fins de defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (Habermas, 1999, p. 83).

Portanto, para adotar esses mecanismos, é necessário um mecanismo equalizador de forma a realizar essa restrição. O segredo de Estado do art. 5º, XXXIII, CF, e os direitos individuais perdem um pouco de peso em face do princípio do direito

da informação e verdade. A questão é a discussão do princípio. Em que medida o segredo e a omissão do conhecimento fazem bem à sociedade? E o contrário?

No Brasil, a etapa da Justiça Transicional mais aplicada é a indenização das vítimas. Todavia, os únicos aspectos restituídos nas decisões proferidas pela Comissão de Anistia são aqueles concernentes aos prejuízos materiais, especialmente as perdas decorrentes da vida profissional.

Não é suficiente incorporar, formalmente, os direitos previstos no Direito Internacional e registrar o estatuto normativo interno de cunho constitucional (ou supralegal) de tais tratados, como se isso fosse suficiente para a adoção de parâmetros internacionais de direitos humanos no Brasil. É necessário que se avance na aceitação da interpretação desses direitos pelo Direito Internacional, ou que se inicie um diálogo e uma fertilização cruzada entre os tribunais internos e os tribunais internacionais.

Em nível internacional, diversos foram as medidas adotadas para se publicizar os dados acontecidos em momentos da ditadura militar.

Na Argentina foi estimado que cerca de 30.000 pessoas tiveram seus direitos violados, sendo 8.960 desaparecidas, com a descrição de uma lista de 1.351 repressores. A comissão recomendou a continuação das investigações na via judicial, a prestação de assistência econômica, bolsas de estudo e trabalho aos familiares das vítimas, aprovação de normas que estabeleçam o desaparecimento forçado como crime de lesão à humanidade, ensino obrigatório de direitos humanos nos centros de educação, tanto civis, como militares e policiais, apoio a grupos de direitos humanos e revogação da legislação repressiva existente no país.

No Chile, foram ouvidas cerca de 3.400 pessoas, resultando num Informativo com recomendações para a reparação pública da dignidade das vítimas, à constituição de medidas de bem-estar social, pensão de reparação, atenção especial para a saúde, educação, condenação de dívidas e isenção da obrigatoriedade do Serviço Militar aos filhos das vítimas, para que se providenciasse a declaração de morte das pessoas detida e/ou desaparecidas, que fosse adequado o ordenamento jurídico nacional ao internacional de direitos humanos e que fosse dada continuidade às investigações sobre os fatos apurados (AZOCAR, p. 12).

Em El Salvador, foram investigadas as violações praticadas contra os opositores políticos, verificando o assassinato de seis sacerdotes jesuítas e diversas execuções extrajudiciais, além de vários assassinatos cometidos pelo esquadrão da morte. Foi recomendada a reforma da legislação penal e do Poder Judiciário, bem como

que se providenciasse inabilitações políticas por um prazo de, no mínimo, 10 anos, às pessoas envolvidas em violações a direitos humanos, a investigação e término de grupos ilegais de esquadrão da morte, a determinação de reparação material e moral às vítimas e seus familiares diretos e também a determinação de entrega de terras, equipamentos agropecuários, bolsas de estudo às vítimas e seus familiares.

Porém, tanto Peru como Bolívia não tiveram muito êxito com suas Comissões. No Peru, mesmo com 30.000 mortos e 5 mil desaparecidos, as situações particulares de guerra interna envolvendo o organizado movimento Sendero Luminoso emperraram as discussões (OLGA *apud* LEAL, p. 21). Já na Bolívia, a Comissão em pouco investigou.

No Brasil, “Comissão Nacional da Verdade” é o nome de uma comissão que visa investigar violações de direitos humanos ocorridas entre 1946 e 1988 no Brasil por agentes do estado. Essa Comissão foi criada pela Lei 12.528/2011 e instituída em 16 de maio de 2012, portanto, relativamente recente. Essa comissão é formada por sete membros nomeados¹ pela presidente do Brasil Dilma Rousseff e catorze auxiliares, que atuarão durante dois anos, sendo que no final desse período, publicarão um relatório dos principais achados, que poderá ser público ou poderá ser enviado apenas para o Presidente da República ou o Ministro da Defesa.

A Comissão tem o direito de convocar vítimas ou acusados das violações para depoimentos, ainda que a convocação não tenha caráter obrigatório e também a ver todos os arquivos do poder público sobre o período, mas não terá o poder de punir ou recomendar que acusados de violar direitos humanos sejam punidos. Deverá, ainda, colaborar com as instâncias do poder público para a apuração de violação de direitos humanos, além de enviar aos órgãos públicos competentes dados que possam auxiliar na identificação de restos mortais de desaparecidos. Também identificará os locais, estruturas, instituições e circunstâncias relacionadas à prática de violações de direitos humanos e também eventuais ramificações na sociedade e nos aparelhos estatais.

Dessa forma, o objetivo no Brasil, assim como em outros países, é trazer à memória coletiva dados e as verdades atinentes à época da ditadura no Brasil. Uma consequência, sem dúvida, serão as ações contra o Estado e os autores das diversas atrocidades apresentadas. A seguir, ilustra-se a questão sobre a responsabilização dos

¹ Quais sejam: Gilson Dipp, José Carlos Dias, José Paulo Cavalcanti Filho, Maria Rita Hehl, Paulo Sérgio Pinheiro, Pedro Dallari, Rosa Maria Cardoso da Cunha.

atos de tortura, sequestro e morte praticados durante o período da ditadura no Brasil. Para isso, será demonstrada como está a responsabilização civil do Estado e como o caso do Major Carlos Brilhante Ustra, recém julgado pelo TJ/SP, tornou-se outro *leading case* na defesa da honra de familiares torturados no Brasil.

4. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA E O JULGAMENTO DE CARLOS BRILHANTE USTRA PELO TJ/SP

De acordo com o art. 37, §6º, da Constituição Federal, o Estado se responsabiliza por danos causados pelos seus agentes independente de dolo ou culpa, tratando-se, per si, de responsabilidade objetiva.

A defesa estatal, em muitos casos, é apresentar contas orçamentais, indicando que a gestão ficaria debilitada na prestação de direitos individuais. Responsabilizar o Estado por um fazer, obrigando-o a realizar uma prestação individual traz a discussão que a jurisdição deve aferir o grau de importância dos interesses estatais e sociais em jogo e demandar se, existindo alguma medida alternativa para alcançar tais interesses, que seja a menos lesiva aos direitos fundamentais que provocaram o controle (BASTRESSE, 1998, p. 239-253).

Logo, aferir o dolo ou culpa subjetivamente do agente significa sobrecarregar o particular, ampliando as possibilidades de desoneração dos agentes públicos em detrimento do patrimônio público. Nesta esteira, a teoria do risco administrativo está intrinsecamente ligada a essa responsabilização. Devem ser demonstradas a conduta estatal (positiva ou negativa), o dano, o nexo causal entre tais elementos e a inexistência de causa excludente desse nexo, isto é, fato da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior.

O STF, nos anos 60, interpretando esta teoria, entendia que a teoria do risco se resume a estabelecer como causa da responsabilidade uma simples relação entre o fato e prejuízo. Nenhum elemento subjetivo entra na apuração da responsabilidade. Nos anos 70, alterando o entendimento do risco integral, a culpa da vítima passou também a ser sopesada no julgamento. Nos anos 80, ratificando o entendimento, se entendeu que a responsabilidade objetiva do Estado não significava que fosse ele o responsável, sempre, por dano causado a terceiro por seus órgãos representativos (LEAL, p. 142).

Sabendo disso, portanto, **como o STF (e o Poder Judiciário como um todo) deve atuar na responsabilização de atos da ditadura militar no tocante ao desaparecimento de pessoas e casos de tortura?**

Em 1978, em primeiro grau, ficou reconhecida a responsabilidade do Estado pela prisão ilegal e falta de zelo de sua integridade física e moral no sistema detentivo que albergava Vladimir Herzog. Esse caso foi o primeiro no qual se responsabilizou o Estado por atos praticados em regimes de exceção. O segundo, como será demonstrado a seguir, ao invés da responsabilização do Estado, preferiu-se responsabilizar o indivíduo praticante da conduta.

A dificuldade maior nessa responsabilização é a comprovação do nexo causal e o dano como elementos circunstanciais para a comprovação da responsabilização. Em muitos casos, o elemento mais importante passa a ser o nexo causal haja vista que demonstrar a efetiva ação do Estado, e do seu agente, mediante a falta de provas (ou conflitantes) de testemunhas que, muitas vezes, sequer estão vivas ou em condições de testemunhar, é demasiado oneroso.

Por isso, uma esperança restante nessa responsabilização é que o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento pela imprescritibilidade de ações de reparação de danos ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar². Resta, assim, aplicar essa responsabilização através do Poder Judiciário. Conforme abaixo, o segundo caso, recentemente julgado, revela essa carência.

O julgamento de Carlos Brilhante Ustra foi o segundo caso no Direito brasileiro de responsabilidade civil por atos praticados na Ditadura. A diferença é que, agora, quem é declarado responsável é um agente da ditadura militar, e não a União.

Em 2005, Maria Amélia de Almeida Teles, militante de esquerda presa e torturada com o marido, César Augusto Teles, a irmã Crimeia Alice Schmidt de Almeida e os filhos Janaina de Almeida Teles e Edson Luís de Almeida Teles ajuizaram uma "ação meramente declaratória de ocorrência de danos morais" contra Carlos Brilhante Ustra, afirmando, em síntese, que o réu, por ter chefiado a denominada "Operação Oban" e comandado o DOI no período de setembro de 1970 a janeiro de 1974, foi pessoalmente responsável pelas torturas contra os autores.

² Precedentes RESP 959.904/PR, Rel Ministro Luiz Fix, Primeira Turma, julgado em 23/04/2009, DJe 29/09/2009; Ag Rg no Ag 970.753/MG, Rel Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 12/11/2008; RESP 449.000/PE, Rel Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 05/06/2003, DJ 30/06/2003, p.195.

Sustentaram, as autoras, na inicial, a imprescritibilidade da ação por versar sobre direitos da personalidade e por ter natureza meramente declaratória, argumentando, que o réu, agindo de forma ilícita, e com dolo, causou-lhes danos morais. Sustentaram que a denominada "Lei da Anistia" (Lei nº 6.683/79) não constitui óbice ao conhecimento do pedido, pois tal diploma pretendeu anistiar apenas no aspecto criminal os envolvidos em ações no período da ditadura militar, não garantindo salvaguarda alguma em relação às indenizações civis ou às declarações judiciais.

O pedido visava apenas uma coisa: que o coronel reformado fosse reconhecido como torturador. Não foi exigida qualquer indenização de cunho material ou moral e, por ser uma ação declaratória cível, não haveria qualquer efeito penal.

Em 2007, na esteira da ação ajuizada pela família Teles, a viúva e irmã do jornalista Luiz Eduardo da Rocha Merlino, falecido em 19 de julho de 1971, alegaram que ele foi torturado também pelo ex-coronel Brilhante Ustra, no mesmo prédio da OBAN. Porém, o processo foi extinto pela 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. O desembargador Luiz Antonio Godoy não reconheceu a legitimidade ativa da viúva e mover o processo, tendo em vista ter registrado uma certidão de união estável após a morte do jornalista. Já o desembargador Carlos Augusto de Santi Ribeiro discordou de Godoy e votou pela continuidade do processo. Por fim, o desembargador Hamilton Elliot refutou a prescrição e também o argumento de ilegitimidade da viúva, mas, ainda assim, reconhecendo a extinção da ação, haja vista que a ação visava o reconhecimento de fato e não de uma relação jurídica, o que geraria a incompetência do Tribunal em realizar tal julgamento.

Já em 2008, em sentença, o juiz da 23ª Vara Cível do Estado de São Paulo, julgou procedente o pedido de Maria Amélia, César e Criméia, mas considerou improcedente o pedido de Janaína e Edson Luiz, filhos do casal Maria e César, sustentando que não havia provas da participação de Brilhante Ustra na tortura dos filhos. Com isso, o ex-coronel foi condenado a pagar as custas do processo no valor de R\$10.000,00. Porém, os irmãos Teles também foram condenados a pagar R\$ 10.000,00.

Após 04 anos, em julgamento realizado em 14 de agosto de 2012, novamente a 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, reconheceu, na figura do coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, enquanto comandante do DOI-Codi do II Exército, a responsabilidade pelas torturas infligidas a três integrantes da família Teles nos anos de 1972 e 1973.

No mérito, foi decidido, em apelação, que os diversos testemunhos convalidam a participação do Major Ustra em atos de tortura contra os autores. A testemunha Marly Rodrigues, que ficou presa cerca de 15 dias, em janeiro de 1973, na mesma cela que a autora Maria Amélia, relatou que esta foi torturada e tinha marcas dessas ações pelo corpo. Essa testemunha disse, ainda, que o réu lhe aplicou tortura psicológica, desmoralizando-a perante seus familiares e fazendo considerações sobre sua pessoa e posições políticas, sempre em tom de voz alto e agressivo, com emprego de palavras de baixo calão. Além disso, ouviu gritos de pessoas sendo torturadas e viu também marcas em outros presos, resultantes das torturas. No seu testemunho relata que sofreu, como os outros presos, com os sons que antecediam as torturas: o tilintar das chaves nos bolsos dos agentes, o barulho da abertura da porta de aço da sala de tortura.

Outro testemunho, de Joel Rufino dos Santos, preso em dezembro de 1972, ficou na mesma cela do autor César Augusto. Viu o réu no DOI e disse que era ele quem comandava as operações de tortura. Acrescentou que, indiretamente, presenciou as torturas dos autores Maria Amélia e César Augusto, pois viu quando eles retornaram para as celas com ferimentos. Especificamente quanto ao autor César Augusto, afirmou que o viu retornar várias vezes à sua cela após ser torturado, fisicamente muito mal. Disse ainda que foi pessoalmente interrogado pelo Major Ultra, o qual o ameaçou, o espancou e lhe aplicou choques elétricos, inclusive sedo posto nu durante seu interrogatório.

No julgamento, o magistrado relator argumentou que esses testemunhos são justamente da época em que lá estavam presos os autores César Augusto, Maria Amélia e Criméia. Do que disseram as testemunhas, extrai-se que o local era realmente uma "casa de horrores", razão pela qual o réu não poderia ignorar o que ali se passava. Ainda que as testemunhas não tenham visto todos esses três autores serem torturados especificamente pelo réu, este não tinha como ignorar os atos ilícitos absolutos que ali se praticavam, pois o comando do DOI-CODI e a direção da OBAN estavam a seu cargo.

Para a configuração da responsabilidade do Major Ustra, assim, não seria crível que os presos ouvissem os gritos dos torturados, e ele não. Se não o dolo, por condescendência criminosa ficou caracterizada pelo menos a culpa por omissão quanto à grave violação dos direitos humanos fundamentais dos autores César Augusto, Maria Amélia e Criméia, os quais certamente sofreram danos morais, pois tortura é ato

suficiente, por si só, para provocar lesão à esfera jurídica extrapatrimonial da pessoa, como decorrência de sua condição humana.

Ressalta ainda o relator que as testemunhas do réu não estiveram no DOI-CODI do II Exército, tampouco participaram da OBAN, razão pela qual pouco puderam esclarecer sobre o que ocorria naquele local. Aliás, o magistrado ressalta que não compreende por qual razão não foram arroladas como testemunhas pessoas que também desempenhassem suas funções na "casa de horrores", as quais pudessem esclarecer a que se deveriam as lesões e os gritos mencionados pelas testemunhas dos autores.

A isso, agrega o magistrado, que embora as autoras não pleiteiem indenização alguma (a pretensão indenizatória está prescrita), remanesce o interesse de ver declarada a existência de uma relação jurídica de responsabilidade civil por danos morais em razão dos fatos alegados na inicial. Assim, considerando que a ação declaratória pura é imprescritível e que há interesse moral das autoras de ver declarada a existência dos efeitos jurídicos decorrentes do fato alegado na inicial.

Desta ação, portanto, restam algumas observações.

Interessante é ressaltar as observações anteriores sobre a responsabilização sobre atos praticados durante a ditadura militar brasileira. O que as autoras pretendiam não era a responsabilização penal ou civil de Carlos Brilhante Ustra, mas sim a declaração moral de que ele tinha responsabilidade sobre os atos praticados sobre a morte do jornalista Luiz Eduardo da Rocha Merlino.

Esta ação é praticamente o que objetiva a Comissão da Verdade, recentemente incorporada ao Estado Democrático de Direito. Como exposto, um dos objetivos da justiça de transição é a instituição de um espaço de memória para que as gerações futuras saibam que, no país, se praticou o terror em nome do Estado. Além disso, a revelação da verdade e a responsabilização pessoal dos perpetradores de graves violações também podem ser vistos como um objetivo deste procedimento.

A responsabilização, diferentes nos dois únicos casos brasileiros, revela uma diferença gritante. Por mais que a responsabilização seja objetiva por parte do Estado, para aquelas famílias devastadas pelo regime de exceção, por mais que seja mais difícil a comprovação do nexos causal e comprovação do dano (subjetivo) do agente, a responsabilização moral e particular do servidor responsável pelo ato cruel e degradante é mais reconfortante que o ressarcimento “puramente” civil.

Por mais que possa ser visualizado como um ato de vingança contra o agente público, essa diferenciação entre as responsabilidades evidencia os interesses

discrepantes que podem ser gerados em diferentes ações. De um lado o interesse civil e indenizatório, de cunho patrimonial (talvez moral) no ressarcimento de danos aos familiares vivos (ou ao torturado) como forma de contrapartida ao regime de exceção e ditatorial. De outro lado, a responsabilização subjetiva do agente, como no caso Brillhante Ustra, deseja em grande parte a purificação moral do lesado por atos de tortura praticados pelo agente em específico, fazendo questão com que a mácula desse servidor esteja presente e lembrada na memória pública.

A “simples” declaração **pessoal** dos envolvidos serve para que a memória dos crimes praticados pelos agentes estatais sirva de exemplo para as vítimas, sociedade e futuras gerações. Mais que uma mera responsabilização, a ação revela a necessidade das famílias abaladas pela ditadura de uma “**simples**” declaração de perdão e reconhecimento de culpa.

A tardia adoção da Comissão da Verdade pelo Estado Democrático de Direito brasileiro demonstra, acima de tudo, que o número irrisório de apenas duas decisões reconhecendo a existência de atos ditatoriais pelo Estado, é algo a se lamentar na democracia nacional. Isso tudo lembrando que somente um, há quase 30 anos atrás, é que realmente condenou a responsabilidade do Estado. Este caso aqui tratado é, em verdade, uma declaração de responsabilidade com efeitos morais, ou seja, nem sequer uma condenação civil de reparação de danos.

5. CONCLUSÃO

A partir das anotações feitas durante este trabalho, pode-se inferir que a responsabilização por atos é sempre possível e viável, seja ela de cunho majoritariamente material, ou simplesmente moral.

O que se pretendeu idealizar aqui é que o caso do ex-major Brillhante Ustra, ao invés de focar na responsabilização Estatal civil para o ressarcimento do dano, procurou a responsabilidade subjetiva do agente através de uma indenização suficientemente moral. Apesar de não se basear na responsabilidade objetiva, as provas conseguiram corroborar a participação de Bilhante no caso. A dificuldade deve ser comemorada.

A tendência, espera-se, é que a Comissão da Verdade, recém instaurada no Brasil, possa trazer novos casos, seja do teor de Vladmir Herzog, seja como Bilhante

Ustra. O importante que é a família lesada e torturada seja indenizada moral ou materialmente e que a memória pública fique livre dos fantasmas que estão rondaram o Estado brasileiro em diversos momentos do século XX. O Brasil, acima de tudo, precisa de paz.

BIBLIOGRAFIA

AZOCAR, Patricio Aylim. **La comisión de La verdade y reconciliacion de Chile**. Disponível em [www](http://www.azocar.cl).

BASTRESS Jr, Robert M. El principio de La alternativa menos restrictiva em Derecho Constitucional Norteamericano. In **Cuadernos de Derecho Publico**, nº 5, Madrid, 1998.

COMISSION NACIONAL SOBRE LA DESPARICION DE PERSONAS. Ed. Eudeba. Disponível em www.desaparecidos.org/arg/conadep/nuncamas. Acessado em 18 de julho de 2014.

HABERMAS, Jüger. **Teoria de La Accioón Comunicativa**. Vol I e II. Madrid: Taurus, 1999.

JOINET, Louis. **Progress Report on the Question of the Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations**. Genebra: UN, 19 jul. 1993. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/6.12

LEAL, Rogerio Gesta. **O direito fundamental à verdade, à memória e à justiça em face dos atos de morte, tortura, sequestro e desaparecimento de pessoas no regime militar brasileiro: qual a responsabilidade do Estado?** Inédito.

MACHADO, Bruno Ribeiro. **A justiça de transição e a reparação de danos no brasil: a necessidade de consideração dos danos morais na fixação do quantum indenizatório**. Disponível em <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n5/6.pdf>

MACHADO, Jonatas E. M. **Liberdade de Expressão**. Coimbra: Almedina, 2002.

RIBEIRO, Vinício A. P., **Código de Processo Penal, Notas e Comentários**. Coimbra Editora, 2008.

TAVARES, André Ramos; ANGRA, Walber de Moura. **Justiça Reparadora no Brasil**. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). **Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

TEITEL, Ruti G. **Genealogia de La Justicia Transicional**. In https://www.iidh.ed.cr/multic/default_12.aspx?contenidoid=e53389b1-08a5-4a7d-a7b6-77e14d2ea3c5&Portal=IIDH, acesso em 28/09/2012, p. 21.

SANTOS, Simas, HENRIQUES, Leal, **CPP anotado**, Volume I, 3^a Edição 2008, Rei dos Livros, pág. 577

STF, HC 83.471-0, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.09.2003, DJU de 09.09.2003.