

PARECER

Trata-se de parecer elaborado pelo Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública de São Paulo acerca da responsabilidade objetiva do Estado pelas mortes causadas por agentes policiais e pelas falhas nas investigações de tais casos, sendo a responsabilidade elidida apenas em caso de comprovação cabal pelo Estado de força maior, caso fortuito, fato de terceiro ou culpa exclusiva da vítima.

ASSUNTO

O presente parecer versa sobre a responsabilidade civil do Estado em caso de morte causada por agente policial. Busca consolidar o entendimento da responsabilidade objetiva do Estado, que prescinde da demonstração de culpa do agente causador do dano. Afasta-se, assim, a aplicação da “teoria subjetiva” e adota-se a “teoria do risco” ou “teoria objetiva”.

Há repercussão processual deste tipo de entendimento: não cabe ao autor demonstrar no processo a culpa do Estado réu. O autor deve demonstrar apenas o dano, o ato praticado por agente do Estado e onexo causal entre estes. São estes os fatos constitutivos do direito, caracterizadores da responsabilidade objetiva estatal. Ao Estado, por outro lado, caberia demonstrar a eventual existência das excludentes da responsabilidade objetiva, que processualmente aparecem como impeditivas do direito do autor: força maior, caso fortuito, fato de terceiro ou culpa exclusiva da vítima.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Artigo 134 da Constituição Federal, artigos 1º e 108 da Lei Complementar 80/94 e artigo 5º, VI, “b” e “i”, da Lei Complementar Estadual 988/06 – à Defensoria Pública incumbe a promoção dos direitos humanos, a orientação jurídica e a defesa dos seus assistidos, no âmbito judicial, extrajudicial e administrativo, em qualquer grau de jurisdição, bem como a tutela dos direitos das pessoas necessitadas, vítimas de qualquer forma de opressão ou violência.



FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O §6º do art. 37 da Constituição Federal dispõe:

“§6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

O Código Civil é coerente com a regra da responsabilidade objetiva estatal, prevendo que:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. **Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.**

A atividade normalmente desenvolvida pelo Estado na segurança pública implica, certamente, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, o que por si só levaria à conclusão de que se trata mesmo de responsabilidade objetiva. Porém, no caso, a obrigação do Estado de reparar independentemente de culpa está prevista na própria Constituição Federal.

A primeira premissa a ser colocada é esta. O Estado é **objetivamente** responsável pelos danos causados a indivíduos por seus agentes. A responsabilidade, portanto, independe da existência e comprovação de dolo ou culpa por parte do agente estatal. Trata-se de disposição constitucional que se filia à “doutrina do risco administrativo”.

Assim, afastou-se a Constituição Federal da “doutrina da irresponsabilidade da Administração”, pela qual os particulares deveriam suportar os danos causados por servidores



públicos no exercício regular de suas funções, bem como da “teoria da responsabilidade subjetiva”, pela qual os particulares deveriam comprovar dolo ou culpa dos agentes estatais.

Os requisitos necessários para a caracterização da responsabilidade objetiva do Estado são: i) a consumação do dano; ii) a ação praticada por agente estatal; iii) o nexo causal entre o evento danoso e o comportamento estatal.

Há ainda um “requisito negativo”: a ausência de qualquer causa excludente da responsabilidade do Estado.

Quanto ao primeiro requisito, em casos de morte causada por agente policial, a consumação do dano é a própria morte. Na certidão de óbito em regra já consta que a morte foi consequência de hemorragia decorrente de ferimento por disparo de arma de fogo. O prontuário médico pode complementar as informações sobre o modo como se deu a morte.

Quanto ao segundo requisito, a ação praticada por agente estatal em regra também está bem delineada: os próprios policiais autores de disparos e causadores da morte devem comparecer perante a autoridade policial civil para registro de boletim de ocorrência. Devem então ser interrogados e informar como se deram os disparos que levaram a pessoa a óbito.

Por fim, o nexo causal entre a ação do agente estatal e o evento danoso é claro, dispensando maiores digressões. A morte é causada pelos disparos de arma de fogo desferidos pelo policial.

Dessa forma, preenchidos os requisitos e caracterizada no caso concreto a responsabilidade civil objetiva do Estado, de rigor a responsabilização estatal.

Necessário ressaltar novamente que esta responsabilização é objetiva, decorre da doutrina do risco administrativo, concretizando o princípio da impessoalidade: desnecessário demonstrar dolo ou culpa do agente estatal. Vejamos a doutrina de José Afonso da Silva:

O terceiro prejudicado não tem que provar que o agente procedeu com culpa ou dolo, para lhe correr o direito ao ressarcimento dos danos sofridos. A doutrina do risco administrativo isenta-o do ônus de tal prova, basta comprove o dano e que este tenha sido causado por agente da entidade imputada. A culpa ou dolo do agente, caso haja, é problema das relações funcionais que escapa à indagação do prejudicado. Cabe à pessoa jurídica acionada verificar se seu agente operou culposa ou dolosamente para o fim de mover-lhe ação regressiva assegurada no dispositivo constitucional, visando a cobrar as importâncias despendidas com o pagamento da indenização. Se o agente não se



houve com culpa ou dolo, não comportará ação regressiva contra ele, pois nada tem de pagar¹.

Somente poderia esta responsabilização ser elidida caso presente alguma das causas excludentes da responsabilidade civil do Estado, que, segundo a doutrina consolidada, são força maior, caso fortuito, fato de terceiro ou culpa exclusiva da vítima. Nesse sentido: “As causas que excluem o nexu causal (força maior, caso fortuito, fato exclusivo da vítima e de terceiro) *excluíram também a responsabilidade objetiva do Estado*”².

Nos casos de letalidade policial, não são comuns força maior, caso fortuito e fato de terceiro. O que se alegará normalmente é culpa “exclusiva da vítima”, consistente em ter esta praticado “injusta agressão”, repelida legitimamente pelos agentes estatais.

Neste ponto, necessário distinguir as esferas cível e penal. O fato de o inquérito que investigava a morte causada pelo policial ter sido arquivado por legítima defesa não afeta a jurisdição civil. Neste sentido, vejamos o entendimento do TJ-SP:

Responsabilidade civil do Estado - Dano moral e material - Autor atingido por disparo de arma de fogo durante tiroteio entre policiais militares e meliantes - Ação julgada parcialmente procedente, condenada a ré ao pagamento de indenização por danos morais - Recurso oficial e recurso voluntário da Fazenda - Desprovemento de rigor - **As excludentes de legítima defesa ou estrito cumprimento do dever legal são institutos que se aplicam no âmbito do Direito Penal e servem para excluir ou minorar as responsabilidades do agente público, porém, jamais são capazes de afastar a responsabilidade objetiva do Estado em caso como o dos autos - A responsabilidade objetiva decorre também de atos lícitos da Administração** - Precedentes - Danos morais - Existência de caráter compensatório e punitivo - Quantum indenizatório adequadamente arbitrado - Necessidade, contudo, de se observar a alteração na atualização do valor devido, dada a inaplicabilidade da Lei 11.960/09 R. sentença mantida - Recursos desprovidos, com observação.

(Apelação n. 0022816-12.2003.8.26.0053 - Recorrente: Juízo “Ex Officio” - Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo - Apelado: Antonio Vieira dos Santos - Comarca: São Paulo)

¹ *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 354.

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 248).
Rua Boa Vista, nº 150 – Mezanino – São Paulo/SP – CEP: 01014-001 – Tel: (11) 3107-5080
nucleo.dh@defensoria.sp.def.br



É dizer, o reconhecimento de legítima defesa na esfera criminal não elide a possibilidade de ação cível de ressarcimento. Este é o entendimento cristalizado no Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - RECURSO ESPECIAL - ALÍNEAS "A" E "C" - ART. 65 DO CPP - ART. 160, I E II, DO CC/16 - TESE DA IRRESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM RAZÃO DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL DE SEUS AGENTES - NÃO-APLICAÇÃO - FATO DO SERVIÇO - NEXO CAUSAL - DANO - CONFIGURAÇÃO - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE ACÓRDÃOS RECORRIDO E PARADIGMA. 1. A questão federal está em saber se, absolvidos os agentes da polícia no juízo criminal em razão de causa excludente de ilicitude - no estrito cumprimento do dever legal (art. 65, CPP) -, pode ser o Estado demandado em razão do dano causado (homicídio) a herdeiros da vítima, existindo, como causa de pedir, a responsabilidade objetiva estatal - fato do serviço. 2. Entendimento do TJRO: "Entretanto, na matéria de reparação do dano, deve-se distinguir bem entre a ilicitude (objetiva) do fato e a responsabilidade (subjativa) do autor do fato ou de terceiro [...]. Também é irrelevante que o fato tenha sido praticado no estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito quando a lei civil exige reparação. Em todas essas hipóteses, não se discute mais a existência da excludente de ilicitude (há nessa parte coisa julgada), mas não se impede a propositura da ação civil objetivando a reparação do dano." (fls. 398/397)

3. Realmente, a sentença absolutória fundada em excludente de ilicitude repercute sobremaneira no juízo cível, a teor do art. 65 do CPP. Entretanto, a repercussão integral só acontece quando se está diante da responsabilidade civil subjativa, hipótese bem diversa dos autos. Entendimento doutrinário e jurisprudencial (REsp 111843/PR, Rel. Min. JOSÉ DELGADO).

4. Não configurada a culpa exclusiva da vítima, pois tal hipótese foi descartada na segunda instância com a análise das provas, impossível chegar a conclusão diversa que não a da ausência de vulneração do acórdão recorrido aos artigos 65 do CPP e 160 do CC/16. Também não se desincumbiu a recorrente de comprovar a inexistência do nexo causal apto a ensejar sua irresponsabilidade, imunizando, portanto, o acerto do acórdão recorrido na compreensão da matéria e aplicação do direito à causa. 5. Alínea "c". Divergência não configurada. O acórdão recorrido trata de responsabilidade objetiva por ato estatal em razão da impossibilidade de se eximir o Estado da responsabilidade por ato de seus agentes no estrito cumprimento do dever. Já o paradigma trata de hipótese diversa, qual seja, a não configuração de todos os pressupostos da responsabilidade estatal em razão da legítima defesa de seus agentes. Recurso especial conhecido em parte e improvido

(STJ, 2ª Turma, RESP Nº 884.198 - RO, Rel. Min. Humberto Martins, 10/04/2007)



CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DISPAROS DE ARMA DE FOGO PROVOCADOS POR POLICIAIS MILITARES. LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA RECONHECIDA NA ESFERA PENAL. FALECIMENTO DA VÍTIMA. DANOS MORAIS SUPOSTOS PELO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO PELOS DANOS CIVIS.

1. Segundo a orientação jurisprudencial do STJ, a Administração Pública pode ser condenada ao pagamento de indenização pelos danos cíveis causados por uma ação de seus agentes, mesmo que consequentes de causa excludente de ilicitude penal: REsp 884.198/RO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 23.4.2007; REsp 111.843/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 9.6.1997.

2. Logo, apesar da não responsabilização penal dos agentes públicos envolvidos no evento danoso, deve-se concluir pela manutenção do acórdão origem, já que eventual causa de justificação (legítima defesa) reconhecida em âmbito penal não é capaz de excluir responsabilidade civil do Estado pelos danos provocados indevidamente a ora recorrida. 3. Recurso especial não provido.

(STJ, 2ª Turma, REsp 1266517/PR, Rel. Mauro Campbell Marques, 04/12/2012)

Sabe-se que uma conduta pode ser classificada ao mesmo tempo como ilícito penal, civil e administrativo. Vigem em nosso ordenamento jurídico a independência relativa entre as instâncias cível e penal, de modo que o arquivamento do inquérito não necessariamente interfere na possibilidade de indenização cível.

Importante notar de início a diferença subjetiva nas esferas cível e penal. A responsabilidade penal é do agente, pessoa física, é subjetiva, depende da comprovação de materialidade e autoria e da presença de ilicitude e culpabilidade; a responsabilidade civil é do Estado, pessoa jurídica, é objetiva, independe da demonstração de dolo ou culpa, decorre de fato do serviço.

A responsabilidade penal subjetiva pode ser afastada em razão da ocorrência de legítima defesa; a responsabilidade civil objetiva pode ser afastada em razão da comprovação da culpa exclusiva da vítima.

Como algumas matérias subordinam uma jurisdição à outra, a independência das esferas penal e civil é relativa. Nesse sentido, decisões do juízo criminal que reconheçam a



inexistência do fato ou autoria delitiva não podem ser levadas ao juízo cível. Neste sentido, respectivamente, art. 66 do Código de Processo Penal e art. 935 do Código Civil:

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 935: A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

O artigo 65 do CPP traz outro caso em que uma decisão do juízo criminal impede a propositura de ação cível. *In verbis*:

Art. 65: faz coisa julgada no cível a sentença que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

Com uma análise mais apressada poderíamos chegar à conclusão de que, como foi arquivado o inquérito por ter se entendido que o policial agiu em legítima defesa no juízo criminal, a ação cível estaria fadada ao insucesso.

No entanto, lembrando que a ação cível seria contra o Estado, não contra o agente policial (réu no processo penal), uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro afasta esta conclusão. Isto porque dispõe o art. 67 do CPP:

Art. 67: Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I – o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação.

Nos casos de letalidade policial, em regra, o juízo criminal determina o arquivamento dos autos em razão de legítima defesa. Outros casos mencionam a excludente do estrito cumprimento de dever legal, o que é uma *aberratio iuris*.



Assim, o próprio CPP trata de maneira distinta a “sentença” (artigo 65, CPP), definitiva, de mérito, e o “despacho de arquivamento do inquérito” (artigo 67, CPP), que deixa de iniciar o processo penal, exceto no caso de provas novas (artigo 18, CPP e súmula 524, STF³).

Portanto, da leitura dos artigos 65 e 67 do Código de Processo Penal, a única interpretação possível é que, em todo e qualquer caso de arquivamento do inquérito policial, a ação cível tem cabimento, mesmo no caso de legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito.

Por outro lado, mesmo que houvesse sentença de mérito reconhecendo alguma excludente de ilicitude, a ação cível também não estaria vedada. Muito pelo contrário. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), 2ª Turma, REsp 1266517/PR, Rel. Mauro Campbell Marques, 04/12/2012) já entendeu, neste sentido, que, quando se apura danos causados por agentes estatais a terceiros, a regra do artigo 65 do Código de Processo Penal deve ser mitigada, eis que a responsabilidade civil do Estado, por expressa disposição constitucional, é objetiva. A busca por sua “culpa” (*lato sensu*), portanto, é irrelevante.

Dessa forma, o reconhecimento, mesmo em sentença criminal, de causa excludente de ilicitude – entre elas a legítima defesa – não afasta o dever de o Estado indenizar os danos provocados por seus agentes, já que a análise do elemento subjetivo do agente, embora fundamental na esfera criminal para demonstração da legítima defesa, é desnecessária na esfera cível.

Aliás, a lição de Carolina Bellini Arantes de Paula mostra com clareza as diferenças entre as causas que excluem a responsabilidade civil quando ela é subjetiva e objetiva:

Ao considerar o âmbito dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, que engloba a ação ou omissão culposa do agente, o nexos causal entre a conduta culposa do agente e o dano, bem como a verificação do dano, **a esfera das causas de irresponsabilidade abrange:** (I) as justificativas, que ilidem a ilicitude do ato, também denominadas causas de isenção, como a legítima defesa, o exercício regular do direito e o estado de necessidade; (II) a ausência de culpabilidade; e (III) as excludentes do nexos causal.

3 CPP, Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

STF, Súmula 524: Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.



Assim, o espectro da defesa de eventual responsável subjetivamente é amplo, podendo ser comprovada a sua inimizabilidade, caso se prove uma das justificadoras, ao ser impugnada a sua culpabilidade, cujo ônus da prova é geralmente da vítima, ou, ainda, provar que não foi a causa do dano, comprovado quaisquer das excludentes donexo causal.

Já na seara da responsabilidade civil objetiva, as causas de irresponsabilidade possuem seu campo de exercício restrito ao nexocausal entre a conduta e o dano, por não serem pressupostos da responsabilidade civil objetiva a ilicitude ou a culpabilidade do ato.

Os meios de defesa do responsável objetivamente restringem-se a provar uma das excludentes do nexocausal, limitando-se a demonstrar que não foi a causa do fato, ação ou omissão ensejadora do dano que lhe é atribuído.

(...)

De fato, para afastar a responsabilidade (objetiva) do agente imputado, deverá ser provado que o resultado danoso é fruto de uma causa estranha à sua atividade ou às coisas sob sua guarda; ou seja, ou o acusado deverá identificar e provar que a causa eficiente do dano é completamente alheia e exterior à sua atividade, pessoa ou coisa sob sua guarda.

(...)

O rigor da responsabilidade civil objetiva, conforme já foi apresentado em capítulos anteriores, advém da ausência da apreciação da voluntariedade do agente, que é responsável pelos efeitos de atividades, fatos ou coisas pelo mero nexocausal destes com o dano advindos deles. Portanto, as fronteiras de sua responsabilidade encontram-se no nexocausal e são traçadas pelas excludentes⁴. (grifamos)

Pode-se concluir, então, que, caso a responsabilidade do Estado fosse subjetiva, fatalmente a demonstração pelo réu de legítima defesa por parte de seu agente levaria à conclusão da ausência de responsabilidade do estatal. Contudo, sendo a responsabilidade do Estado objetiva, é completamente irrelevante esta demonstração.

Neste sentido, nos casos de letalidade policial, a responsabilidade objetiva do Estado será afastada caso o Estado comprove a culpa exclusiva da vítima.

Outrossim, a lógica do processo penal é completamente diferente do processo civil.

No processo criminal, a dúvida beneficia o réu, por determinação constitucional – princípio da presunção de não culpabilidade. Assim, basta que haja dúvidas acerca da existência de legítima defesa ou estrito cumprimento do dever legal para que o inquérito seja arquivado ou

⁴ *As excludentes de Responsabilidade Civil Objetiva*. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 88/90.



o réu absolvido. A nova redação do inciso VI do art. 386 do Código de Processo Penal possibilita a absolvição no caso de dúvida sobre a existência de excludentes de ilicitude.

No processo civil, a lógica é outra. O Código de Processo Civil traz regras expressas sobre a distribuição do ônus da prova. *In verbis*:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Deste modo, a parte que não se desincumbir de seu ônus probatório, verá, ao final, a ação julgada contra seus interesses.

Na ação cível, como o Estado é que tem o ônus de comprovar excludente de responsabilidade; caso não a demonstre de maneira cabal, durante a instrução, não haverá outra solução que não a procedência da demanda.

Nesse sentido é o tranquilo posicionamento de nossa jurisprudência:

A efetivação de disparos de arma de fogo contra jovens que ouviam música nas proximidades da residência do autor justifica a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Desnecessidade de comprovação do prejuízo. Dano moral *in re ipsa*. **3. A prova da alegada ameaça iminente cabe ao réu, segundo o que estabelece o art. 373, inciso II, do CPC, ônus do qual não se desincumbiu, sequer minimamente.** 4. Indenização a título de dano moral mantida, eis que em consonância com as peculiaridades do caso, bem como assegura o caráter repressivo e pedagógico da indenização, sem poder ser considerada elevada a configurar enriquecimento sem causa da parte autora. DESPROVERAM A APELAÇÃO E O RECURSO ADESIVO. (Apelação Cível Nº 70042736488, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 31/08/2011).

Sendo o ônus da prova, portanto, do Estado, em muitos casos a ação será julgada procedente, eis que não conseguirá comprovar fato exclusivo da vítima.

Isto porque o que costuma ocorrer nos inquéritos policiais de mortes causadas por policiais é o reconhecimento da legítima defesa com base na palavra dos policiais. De fato, esta é a principal prova a embasar muitos destes inquéritos. Nestes, a prova pericial é produzida *pro*



forma, para manter aparências de legalidade e muitas vezes não é levada em conta a não ser para confirmar a palavra dos policiais. A folha de antecedentes da pessoa morta também costuma ser juntada nestes casos para tal finalidade.

Para demonstrar cabalmente a culpa exclusiva da vítima no processo civil, necessário que o Estado tenha conduzido com rigor o processo penal, produzindo os laudos técnicos e a análise deles. Os exames a que se deve proceder nestes casos são:

a) **necroscópico**, acompanhado de fotos do morto e do croqui cadavérico, descrevendo a balística terminal, é dizer, a trajetória dos tiros (de cima para baixo, de baixo para cima etc⁵.) e a distância, a descrição das bordas de entrada e saída. Por exemplo, o laudo anotando orla de contusão pode indicar tiro dado à queima-roupa.

b) **do local da ocorrência**, constando a balística externa, cujas finalidades são: a constatação material do fato, a caracterização do fato (que pode influenciar em classificar o delito na forma simples ou qualificada), a promoção de pesquisa, coleta e identificação de vestígio(s) que possam indicar a materialidade do fato e a identificação do(s) autor(es) do fato e a perpetuação dos vestígios para que possam serem exibidos como prova⁶;

c) **de confronto balístico**, destinado a determinar se o elemento submetido a exame partiu de dada arma;

5 Observe-se que policiais são em tese treinados para, no uso de armas de fogo, atingir partes do corpo não vitais, para tão somente imobilizar e prender quem perseguem, sendo o tiro em partes vitais excepcional e apenas permitidos quando haja risco real à vida do policial ou de terceiros. Tiros de cima para baixo, ou seja, em trajetória descendente, são típicos de execução sumária, segundo especialistas, tal como aponta Philip Alston, Relator Especial de Execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias da ONU em relatório sobre a situação brasileira no tema: "14. Um relatório elaborado por uma comissão independente, sobre as 124 mortes "por resistência", estima que entre 60 e 70%, de fato, execuções (19) - Nota 19: O relatório documenta muitos tiros dados à queima-roupa na cabeça e em órgãos vitais, bem como feridas de entrada que indicam uma trajetória descendente, o que é um indício de que a vítima estivesse ajoelhada ou deitada quando recebeu o tiro. Além disso, nenhum policial foi morto nesses casos de resistência, o que sugere que não houve nenhum confronto violento com os criminosos. 'Ricardo Molina de Figueiredo, "Relatório Preliminar" (13 Julho.2006) (relatório da Comissão Independente em relação aos homicídios ocorridos no Estado de São Paulo, entre 12 e 20 de maio de 2006) In: Relatório do Relator Especial de execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias Dr. Philip Alston A/HRC/11/2/Add.2, p. 11. Tradução não oficial disponível em: <http://www.abant.org.br/conteudo/000NOTICIAS/OutrasNoticias/portugues.PDF>. Acessi em: 05 nov.2019.

6 VELHO, Jesus Antonio; GEISER, Gustavo Caminto; ESPINDULA, Alberi. *Ciências Forenses*. Uma Introdução às Principais Áreas da Criminalística Moderna. 2ª Ed. Campinas: Millenium, 2013, pp. 22/23, onde mencionam que "O registro pericial do local também chamado de 'levantamento do local' é o processo de documentação que ocorre após a busca e identificação de vestígios do local. Os recursos utilizáveis pela perícia no registro do local são amplos e multiformes, e aumentam com o progresso e o desenvolvimento das Ciências Forenses".



d) **da arma de fogo**, com balística interna, destinado a determinar a eficácia das armas do crime e se houve disparos recentes realizados por elas;

e) **residuográfico**, destinado a constatar se há vestígios de tiros nas mãos ou vestes dos envolvidos na ocorrência;

f) **datiloscópico**⁷, que tem por finalidade determinar quem manuseou as armas.

Outros exames, como o **toxicológico**, podem ser realizados, a depender da linha de investigação adotada.

O estudo comparativo de todos os exames anteriores poderá determinar no processo penal a dinâmica dos fatos. Porém, a não produção destes exames, ou a sua produção *pro forma*, sem registros suficientes e adequados da ocorrência, impossibilitam a elucidação do que ocorreu.

Além disso, outras falhas na investigação impedem a completa apuração dos fatos. Dentre estas falhas, podemos anotar:

a) Ausência de exame de corpo de delito nos policiais envolvidos para constatar eventuais ferimentos;

b) Ausência de perícia na viatura utilizada pelos policiais, para constatar se foi alvejada;

7 A importância de tal providência decorre do fenômeno da colocação e disparo de arma fria pelos próprios policiais, da colocação no local do crime do “kit vela”: aquilo que se coloca na mão ou ao lado do morto – armas, droga, munições etc – para “justificar” a execução sumária. O pesquisador Michel Misse afirma em sua pesquisa que “Diversos policiais e promotores comentaram que estes últimos objetos podem ser falsamente arrecadados por policiais para se forjar um “auto de resistência”, constituindo um conjunto apelidado de “kit bandido”, ou somente “kit”. Este é composto principalmente pela “vela”, arma supostamente “plantada” junto ao cadáver. A existência de uma arma em posse da vítima configura grande indício de que houve resistência à ação policial, mesmo que não exista prova de que ela foi disparada”. Na mesma toada, um policial civil e um sargento da Polícia Militar, entrevistados pela jornalista Tatiana Merlino, revelaram que se necessário os policiais que matam usam o conhecido “kit vela” ou “kit flagrante”, que consiste numa porção de droga e/ou uma arma fria colocada na mão do cadáver, a fim de justificar o homicídio (<http://www.carosamigos.com.br/index.php/component/content/article/207-revista/edicao-186/2519-em-cada-batalhao-da-pm-tem-um-grupo-de-extermio-por-tatiana-merlino>). A questão também já foi explicitada em vídeo divulgado pela imprensa: as imagens mostram uma pessoa sem nenhuma arma nas mãos, perseguida por policiais que nela atiram, matando-a. Ao registrar o boletim de ocorrência, porém, os agentes disseram que atiraram porque o homem tinha uma arma e tentou reagir (<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/05/video-indica-que-homem-morto-pela-pm-pode-nao-ter-reagido-abordagem.html>).

c) ausência de diligência, seja da Polícia Militar, seja do Delegado de Polícia Civil ou do Ministério Público, para que sejam ouvidas testemunhas oculares dos fatos que levaram à morte;

d) ausência de pesquisa dos antecedentes dos policiais envolvidos⁸, sendo de praxe realizado apenas o da vítima, o que contraria o artigo 6º, IX, do CPP;

e) não preservação da cena do crime, como determina o artigo 6º, I, do CPP;

f) cadáver da vítima não fotografado na posição em que foi encontrado, nos termos em que estabelece o artigo 164 do CPP;

g) ausência de recolhimento e de perícia em cápsulas e projéteis deflagrados;

h) ausência de diligência por qualquer autoridade competente no sentido de obter filmagem de câmeras próximas ao local do crime;

i) ausência de diligência junto ao Pronto Socorro para onde a vítima foi supostamente socorrida pelos policiais;

j) não requisição à Corregedoria da Polícia Militar cópias de eventual IPM;

k) não realização de reconstituição dos fatos, conforme autoriza o artigo 7º do CPP;

l) ausência de instauração de inquérito policial comum com objetivo de investigar a morte; o indiciamento de pessoa morta por si só já é uma aberração;

m) ausência de pronunciamento jurisdicional acerca do crime de homicídio; por vezes há mesmo remessa dos autos do Tribunal do Júri à Vara Comum, explicitando o descaso do Ministério Público e do Judiciário com o fato morte;

n) ausência de pedidos de diligências complementares pelo Ministério Público, conforme artigo 16 do CPP, mesmo diante das falhas acima descritas, bem como de aplicação do artigo 28, CPP, pelo juiz de direito.

Além destas falhas, pode ocorrer de os próprios policiais militares que efetuaram os disparos realizarem o socorro da vítima, sem acionar o SAMU, o que contraria a Resolução nº 05/2013 da Secretaria de Segurança Pública do Estado⁹:

8 Tal omissão revela a falta de propensão para investigar as condutas dos policiais, sendo o inquérito conduzido para a culpabilização da vítima.

9 Fenômeno há muito alertado por especialista que consiste na retirada do corpo do local do crime a fim de alterar a cena e apagar vestígios, estando o a vítima já morta ou terminando por acabar com sua vida dentro
Rua Boa Vista, nº 150 – Mezanino – São Paulo/SP – CEP: 01014-001 – Tel: (11) 3107-5080



Artigo 1º. Nas ocorrências policiais relativas a lesões corporais graves, homicídio, tentativa de homicídio, latrocínio e extorsão mediante sequestro com resultado morte, inclusive as decorrentes de intervenção policial, os policiais que primeiro atenderem a ocorrência, deverão:

I - acionar, imediatamente, a equipe do resgate, SAMU ou serviço local de emergência, para o pronto e imediato socorro;

II - comunicar, de pronto, ao COPOM ou CEPOL, conforme o caso;

III - preservar o local até a chegada da perícia, isolando-o e zelando para que nada seja alterado, em especial, cadáver (es) e objeto (s) relacionados ao fato; ressalvada a intervenção da equipe do resgate, SAMU ou serviço local de emergência, por ocasião do socorro às vítimas.

Parágrafo único. Caberá ao COPOM dar ciência imediata da ocorrência ao CEPOL, a quem incumbirá acionar, imediatamente, a Superintendência da Polícia Técnico-Científica para a realização de perícia no local.

Artigo 2º. A Superintendência da Polícia Técnico-Científica tomando conhecimento, por qualquer meio, dos crimes mencionados no artigo 1º desta resolução, deslocará, imediatamente, equipe especializada para o local, a qual aguardará a presença da Autoridade Policial ou a requisição desta para o início dos trabalhos.

No inquérito policial, como já anotado, a falta ou falha dos exames, a ausência de estudo comparativo destes para determinar a dinâmica dos fatos, tudo somado às falhas nas investigações, tende a levar ao pedido de arquivamento com base na palavra dos policiais envolvidos de que agiram em legítima defesa.

Obviamente, um inquérito policial deste tipo não se pode demonstrar de maneira cabal o modo como os fatos ocorreram. Em outros termos, é imprestável o inquérito policial para demonstrar, na seara cível, se houve culpa exclusiva da vítima. Ele demonstra apenas que houve reconhecimento de legítima defesa com base, principalmente, na palavra dos policiais envolvidos. Daí ter baixo valor probatório na esfera cível, não podendo fundamentar entendimento de que houve culpa exclusiva da vítima.

Caberá, então, ao Estado, em casos como estes, produzir no processo prova mais robusta de sua afirmação de que houve culpa exclusiva da vítima.

da própria viatura policial. O fenômeno explica a imensa quantidade de vítimas que já chegam mortas no Hospital, apesar da palavra dos policiais que a socorreram com vida (como acontece neste caso em concreto). A respeito, vide <http://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2014/03/1429234-maria-laura-canineu-o-falso-socorro-policial.shtml>.

Rua Boa Vista, nº 150 – Mezanino – São Paulo/SP – CEP: 01014-001 – Tel: (11) 3107-5080

nucleo.dh@defensoria.sp.def.br



Vejamos precedentes acolhendo a responsabilização objetiva do Estado em casos como os objetos desta tese:

APELAÇÃO. Ação de indenização por danos materiais e morais. Responsabilidade Civil do Estado. Morte de Luciano Barros de Lima - filho, marido e pai dos autores - em ação policial, tida como de “autos de resistência” (resistência à prisão seguida de morte). Sentença que julga improcedente a ação. Reforma. **Arquivamento do inquérito policial que não obsta a responsabilização objetiva do Estado na esfera cível.** Precedentes. Responsabilidade objetiva do Estado que se verifica com a existência de nexos causal entre a conduta (ação) imputada à Administração e o dano experimentado para ensejar obrigação de indenizar. **Necessidade de comprovação de excludente da responsabilidade, pelo Estado, para se eximir de compensar os danos sofridos pelos autores. Culpa exclusiva da vítima que, no caso dos autos, não restou devidamente comprovada. Dúvida que beneficia os autores na responsabilidade objetiva.** Precedentes do TJSP. Precedente recentíssimo da Câmara. Versão policial de que teria havido resistência e troca de tiros que restou fragilizada, havendo fortes indícios de que Luciano teria sido morto desarmado. Pedido de desculpas. Embora entenda possível, não vislumbro ser o caso de prova cabal da execução sumária pelos policiais, a ensejar tal retratação simbólica do Executivo. Danos materiais. Despesas com funeral que não restaram comprovadas, ficando afastada sua reparação. Pensão alimentícia que se fixa em um salário mínimo para a viúva e a filha pequena, devendo ser paga de imediato, a partir da publicação da decisão, em tutela de urgência, de natureza antecipada. Parcelas atrasadas da pensão devidas a partir do trânsito em julgado. Danos morais. Violação da cláusula geral da tutela da personalidade humana, nas vertentes da integridade psicofísica e da solidariedade social às vítimas do evento danoso. Indenização fixada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para o núcleo familiar, conforme valor médio observado em casos semelhantes. Correção monetária, desde a publicação do acórdão, a ser calculada de acordo com Tabela Prática deste TJSP, que aplica o IPCA-E e juros de mora, desde o evento danoso, de acordo com a Lei n.º 11.960/09, observando-se os parâmetros fixados pelo STF quando do julgamento do Tema n.º 810.

(Apelação 1034836-32.2014.8.26.0053, 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Marcelo Semer, j. 22/07/2019)

Mencione-se precedente de caso em que houve responsabilidade criminal prévia. Em tais casos, a responsabilidade individual do agente estatal está devidamente caracterizada. Mas a responsabilidade do Estado é objetiva, independe da responsabilização criminal, é dizer, independe da demonstração de dolo ou culpa. A diferença, nestes casos, é que, nos termos do artigo 91, inciso I, Código Penal, a condenação criminal do agente policial torna certa a sua



obrigação de indenizar o dano causado pelo crime e, por haver responsabilização criminal, haverá direito de regresso do Estado contra o agente. Vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO Apelação. Homicídio praticado por policiais em atividade de patrulhamento. Prejuízo moral caracterizado. Nexo de causalidade e dever de indenizar reconhecidos. Incidência do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Montante fixado a título de danos morais mantido. Características de extrema violência que justificam o valor. Reparo na sentença apenas quanto ao índice aplicável à correção monetária para fins de adequação ao Tema 810 STF Recurso não provido. (Apelação / Reexame Necessário nº 0014682-15.2011.8.26.0053, Rel. 7ª Câmara de Direito Público, Relator Des. Magalhães Coelho)

Este acórdão manteve sentença cuja fundamentação, pela relevância, vale mencionar:

Pelo que consta dos autos, os policiais militares estavam no exercício de sua função quando assassinaram Antonio Carlos da Silva, ocasião em que inclusive utilizaram viatura oficial para raptar a vítima. Como tais fatos são incontrovertidos (fls. 55), devidamente caracterizados os elementos para, com fundamento no art. 37, § 6º, da CR, reconhecer a responsabilidade do Estado quanto à indenização do abalo psíquico suportado pelos demandantes pela perda de um ente querido. (1ª Vara da Fazenda Pública, Juiz Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, Autos n. 0014682-15.2011.8.26.0053)

Há precedente positivo também em caso envolvendo guarda civil, sentença de primeira instância ainda pendente de julgamento em segunda instância:

Decorridos a investigação policial e o curso do processo penal, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, Leandro Leôncio De Assis foi condenado à pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, por infração ao artigo 129, §3º, c.c. Artigo 61, inciso II, alínea "g", ambos do Código Penal.

Nos termos do inciso I, do artigo 91, do Código Penal, a condenação proferida no Juízo Criminal torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, não sendo possível ser reaberta a discussão no Juízo Cível, em especial no que concerne à conduta do agente público.

(...)

Ademais, a caracterização da responsabilidade independe de dolo ou culpa dos servidores, admitindo, contudo, a contraprova de excludente



ou atenuante da responsabilidade. Isto significa dizer que para a apuração de eventual responsabilidade da Administração Pública ou de quem a substitui é necessário: a) identificar o comportamento do Poder Público; b) aferir o dano seja este material ou moral; c) revelar o nexo causal entre o comportamento e o dano, e ainda a imputação normativa correspondente.

Dessa forma, basta ao particular prejudicado a prova de que sofreu um dano na utilização de um serviço público. No caso em análise, a parte autora demonstrou cabalmente que sofreu um imensurável prejuízo: a perda de um filho, diante do serviço público prestado pela Guarda Civil Metropolitana.

(...)

Cumprido ressaltar, que no caso em análise, apesar da prescindibilidade da culpa e dolo do agente, a culpa do Guarda Civil Metropolitano foi devidamente analisada e valorada na esfera penal, a qual concluiu que o agente cometeu a infração contida no artigo 129, §3º, c.c. artigo 61, inciso II alínea "g", ambos do Código Penal.

(Processo n. 1043520-73.2018.8.26.0224, Chirly Maria Bezerra vs. Município de Guarulhos, sentença de 18/07/2019)

Impõe-se ainda mencionar o entendimento de magistrado de primeiro grau neste sentido, cuja decisão foi posteriormente reformada em segundo grau:

O art. 37, § 6º, da Constituição Federal prescreve a responsabilidade civil do Estado ou de quem lhe faça as vezes. Isto significa dizer que, para a apuração de eventual responsabilidade da Administração Pública ou de quem a substitui, é necessário: a) identificar o comportamento do Poder Público; b) aferir o dano, seja este material ou moral; c) revelar o nexo causal entre o comportamento e o dano, e ainda a imputação normativa correspondente. Os três elementos acumulam-se e são indispensáveis. Sem qualquer um deles não há falar-se em responsabilidade civil do Estado.

O art. 37, § 6º, da CF não apresenta uma rigidez dicotômica, no regime da responsabilidade do Estado, no tocante às condutas omissivas ou comissivas dos agentes públicos de uma forma geral. **Entendo que a norma constitucional, ao prescrever a dispensa do elemento subjetivo pelos danos causados a terceiros, não se refere à ação, mas sim à capacidade do ato ou do fato, da Administração Pública Direta e Indireta, do Estado em geral, e de quem faça as suas vezes, de ser a causa adequada do efeito danoso segundo a imputação normativa (na ação), ou simplesmente, a despeito da ausência da causa, existir a imputação normativa (na omissão). O dever jurídico de impedir o resultado não exige o elemento subjetivo.**

No caso em tela, independentemente de sabermos se houve ou não atuação dos agentes em legítima defesa e em cumprimento do devido



dever legal, contra terceiros, não há que se afastar a responsabilidade civil objetiva do Estado.

(...)

O esforço por manter uma Política de Segurança Pública em nosso Estado de fato 'eficiente' tem-se pautado pelo aumento da violência policial, como se, com esse único, ineficiente e perverso instrumento, a violência pudesse decrescer. Os números nas últimas décadas, em que assistimos à permanência dessa política, são catastróficos, mostram de modo alarmante exatamente o contrário e que tal política tem conduzido exatamente ao contrário: não têm produzido senão o aumento de mortes de inocentes, por "balas perdidas", ou de pessoas que registram antecedentes criminais (inocentes ou não), em supostos "confrontos" com as forças de segurança pública, frequentemente não comprovados, ou comprovados apenas pela palavra de policiais. **A violência, que se supõe que devesse diminuir com o incremento da violência policial, essa, não diminui: aumenta diariamente.** (Processo nº 0054728-12.2012.8.26.0053, Eliana Nascimento de Freitas x Estado de São Paulo, sentença exarada em 02 de abril de 2014)

Este julgado indica entendimento que pode subsidiar, inclusive, a argumentação de responsabilidade do Estado não apenas pela morte, mas também pelas falhas na investigação: o dever jurídico do Estado desrespeitado de conduzir a devida investigação criminal, que vulnera o direito à verdade e à justiça dos familiares do morto.

Tal julgado foi revertido em segunda instância reconhecendo a "culpa exclusiva da vítima".

Observa-se que as questões da ausência e das falhas na investigação envolvem elementos relacionados a culpa (negligência/imprudência/imperícia), o que poderia levar a pensar que de responsabilidade subjetiva se trataria. Porém, a norma constitucional estabelece a regra da responsabilidade estatal objetiva do Estado, devendo ser afastada a noção de que tal regra se aplicaria apenas em caso de atos comissivos. Ela também deve se aplicar em caso de atos omissivos em que há deveres jurídicos, como o "dever de investigar", descumpridos pelo Estado. Assim, a ocorrência e a demonstração de culpa estatal apenas reforçam a gravidade dos fatos causadores do dano, mas não são pressupostos para o reconhecimento da responsabilidade objetiva.

Além disso, pode-se notar que em tais casos pode haver ações que excedem manifestamente os limites impostos pelo fim social do monopólio da violência legítima pelo Estado, por exemplo, quando diversos tiros são disparados contra uma pessoa em regiões vitais,

à queima-roupa, buscando sua eliminação física, ao invés da contenção para que seja submetido ao devido processo penal.

Fato é que as condutas culposas do Estado escancaram a impossibilidade de se demonstrar cabalmente a dinâmica dos fatos, bem como a excludente de sua responsabilidade civil objetiva consistente na “culpa exclusiva da vítima”.

Assim, em suma, a excludente de ilicitude penal beneficia o acusado pessoa física, o agente estatal; não se comunica automaticamente ao réu Estado na ação cível; ao contrário, justamente nesta ação cível se discute um inquérito eivado de irregularidades, afrontoso aos direitos à verdade e à justiça. Inviável, assim, atribuir à vítima o ônus de provar que não houve “legítima defesa penal”. Esta prova é impossível e diabólica em razão do inquérito policial *pro forma* feito pelo próprio Estado.

Enfim, nos casos de morte causada por policiais, a própria morte é fato inconteste e, não raro, há uma tendência a se buscar produzir provas para demonstrar se houve ou não legítima defesa dos policiais envolvidos. Porém, em primeiro lugar, a legítima defesa não afasta a responsabilidade objetiva do Estado. Em segundo lugar, o que poderia afastar a responsabilidade objetiva do Estado nestes casos concretos seria a demonstração de culpa exclusiva da vítima.

Ocorre que as próprias falhas estatais na investigação do fato levam à impossibilidade de o Estado demonstrar se houve culpa exclusiva da vítima. A constatação disto não dependeria de produção de provas, mas de uma análise dos autos do inquérito policial/processo judicial. É com esta análise, em confronto com regras processuais penais e com o direito à verdade e à Justiça, que se conclui pela responsabilidade objetiva do estado nestes casos. Caberia, isto sim, ao Estado, pleitear dilação probatória no processo para demonstrar culpa exclusiva da vítima, que não foi demonstrada cabalmente no inquérito policial.

Mesmo que se adotasse a regra da responsabilidade subjetiva, ainda assim restaria caracterizada a responsabilidade estatal por omissão na condução dos inquéritos policiais. Subsidiariamente, na prática, tal tese poderá ser alegada para responsabilizar o Estado.



Ora, segundo os manuais básicos de procedimento investigatório de homicídios¹⁰, a produção de provas anteriormente elencadas (perícias, oitiva de testemunhas etc.) são elementos mínimos de composição do inquérito policial pela Polícia Civil. Ao Ministério Público, a quem o inquérito se destina, mas a quem também cabe fiscalizar o adequado andamento das investigações, tem o poder-dever de questionar as omissões. Eventuais desidias na condução do procedimento inquisitorial administrativo caracterizam a culpa estatal (negligência/imprudência/imperícia).

A negligência é a omissão faltosa, a ausência de diligência, a inobservância de dever que competia ao agente. As ausências de diligências acima arroladas não raro caracterizam negligência. Exclui-se a responsabilidade em tais casos “se mostrado que a precaução omitida era daquelas que não podia atender: *negligens non dicitur qui non protest facere*”¹¹. Ao Estado, então, caberia o ônus desta demonstração.

Em casos de letalidade policial, é comum encontrar na própria ação dos agentes militares a atuação com imprudência, ou seja, com desatenção culpável, com imprevidência acerca do mal, que se deveria prever. Ademais, verifica-se não raro a imprudência também na realização dos exames técnicos e confecção dos laudos, conforme acima arrolado.

Por fim, também caracteriza imperícia a condução do inquérito policial e a ausência de observância dos parâmetros científicos nos exames periciais, é dizer, há atuação sem domínio técnico de arte ou conhecimento. O mesmo ocorre quando os próprios policiais militares que efetuaram os disparos realizam o socorro da vítima, ao invés de acionar o serviço médico de urgência (SAMU).

Em suma, há uma série de condutas culposas a apontar para responsabilidade subjetiva estatal. Porém, nada disso deveria interessar à vítima na medida em que a Constituição brasileira estipula a responsabilidade objetiva estatal pelos danos causados por seus agentes. Como se trata de matéria ainda não pacificada no Judiciário, deve-se arguir a tese da responsabilidade subjetiva estatal de forma subsidiária.

Assim, ainda que se transite na seara da responsabilidade subjetiva, também cabe indenização aos familiares da pessoa morta, já que há nestes casos há a um só tempo

10 Vide, por todos, VELHO, Jesus Antonio; GEISER, Gustavo Caminto; ESPINDULA, Alberi. *Ciências Forenses. Uma Introdução às Principais Áreas da Criminalística Moderna*. 2ª Ed. Campinas: Millenium, 2013.

11 DE PLÁCIDO E SILVA, Vocabuário Jurídico, 26ª Edição, Editora Forense: Rio de Janeiro, 2006, p. 949.

Rua Boa Vista, nº 150 – Mezanino – São Paulo/SP – CEP: 01014-001 – Tel: (11) 3107-5080

nucleo.dh@defensoria.sp.def.br



negligência, imprudência, imperícia e excessos manifestos dos limites impostos pelo fim social do monopólio da violência legítima pelo Estado (que não é bem um “direito”, mas uma prerrogativa estatal).

Além disso, a desídia do Estado na condução do inquérito policial, ao deixar de fazer aquilo que minimamente se espera em uma investigação, também tira dos familiares da vítima a chance de efetivação de seus direitos à verdade e à justiça. O dano, nesse caso, ocorre pela perda da chance de descobrimento da verdade sobre os fatos e de alcance da justiça, responsabilizando-se os culpados. Obviamente que não se pode exigir, com certeza, que todo e qualquer inquérito policial chegue a uma conclusão positiva, descobrindo-se com certeza a dinâmica do crime e seus responsáveis. Mas é direito das vítimas terem o caso devidamente investigado, com a adoção no bojo do inquérito de medidas mínimas na sua condução. Se tomadas as providências cabíveis (perícia no local, corpo de delito, inquirição de testemunhas etc.), não é certo que se descobrirá quem e como matou. Mas se esses cuidados não forem tomados, certamente não se chegará à verdade dos fatos. Os familiares da pessoa assassinada, portanto, **perdem a chance** de saber o que efetivamente aconteceu. A memória da pessoa morta fica maculada, sem que os cuidados possíveis tenham sido tomados na tentativa de solução do caso. A morte vira estatística, o desprezo se perpetua. Sobre a perda de uma chance e o dever de indenizar, entende a doutrina:

O termo chance utilizado pelos franceses significa, em sentido jurídico, probabilidade de obter lucro ou de evitar uma perda. No vernáculo, a melhor tradução para o termo chance seria, em nosso sentir, oportunidade. Contudo, por estar consagrada tanto na doutrina, como na jurisprudência, utilizaremos a expressão perda de uma chance, não obstante entendemos mais técnico e condizente com o nosso idioma a expressão perda de uma oportunidade¹².

Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda¹³.

12 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 3.

13 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 75.

Rua Boa Vista, nº 150 – Mezanino – São Paulo/SP – CEP: 01014-001 – Tel: (11) 3107-5080

nucleo.dh@defensoria.sp.def.br



Na jurisprudência são encontrados casos em que o Poder Judiciário apreciou a questão da responsabilidade civil pela perda de uma chance, aplicando o novo Código Civil, cujos artigos 186, 402, 927, 948 e 949 acolhem a possibilidade de reparação de qualquer dano injusto causado à vítima:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE EQUIVOCADAMENTE CONCLUIU PELA INACUMULABILIDADE DOS CARGOS JÁ EXERCIDOS. NÃO APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. HIPÓTESE EM QUE OS CARGOS PÚBLICOS JÁ ESTAVAM OCUPADOS PELOS RECORRENTES. EVENTO CERTO SOBRE O QUAL NÃO RESTA DÚVIDAS. NOVA MENSURAÇÃO DO DANO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL A QUO. (...) Esta teoria tem sido admitida não só no âmbito das relações privadas stricto sensu, mas também em sede de responsabilidade civil do Estado. Isso porque, embora haja delineamentos específicos no que tange à interpretação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, é certo que o ente público também está obrigado à reparação quando, por sua conduta ou omissão, provoca a perda de uma chance do cidadão de gozar de determinado benefício. 4. No caso em tela, conforme excerto retirado do acórdão, o Tribunal a quo entendeu pela aplicação deste fundamento sob o argumento de que a parte ora recorrente perdeu a chance de continuarem exercendo um cargo público tendo em vista a interpretação equivocada por parte da Administração Pública quanto à impossibilidade de acumulação de ambos. (...) 7. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nesta extensão, provido.

(Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial 1308719 MG 2011/0240532-2. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Acórdão de 25 de junho)

Recurso Especial. Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido”.

(STJ-REsp. nº 788459/BA; Rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 13/03/2006, p. 334)

Neste sentido, em caso de letalidade policial, entendimento de magistrada de primeiro grau, que foi posteriormente reformado em segundo grau, foi no seguinte sentido:



Na forma do artigo 37, § 6º, da CRFB, vislumbro que a responsabilidade civil do Estado se dá de forma OBJETIVA nos danos causados pelos agentes, ou seja, por conduta positiva ou por ação. A redação sugere a natureza positiva para reconhecer a responsabilidade civil independente de dolo ou culpa. *Contrario sensu*, nos atos por omissão, a responsabilidade civil se dá na regra geral, ou seja, SUBJETIVA. A distinção é antiga na doutrina e na jurisprudência. Todavia, não passa à margem que existem julgados atuais já sedimentando que a responsabilidade civil do Estado será sempre objetiva. A celeuma decorre da expressão “agentes causarem”, onde a parte da doutrina e jurisprudência a que me filio, norteiam a interpretação identificando no trecho, ação positiva. Outros, não menos desautorizados, entendem que se trata de expressão genérica que contém causas positivas e negativas de danos, e por isso, elegem para si, simplesmente a teoria do risco. Ainda assim, a questão está longe do fim. Confira-se que no REsp 1.040.895-MG, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 1º/6/2010, aquele tempo no C. Superior Tribunal de Justiça e atualmente Ministro do C. Supremo Tribunal Federal, se resumiu a questão exatamente desta forma: “(...) a jurisprudência deste Superior Tribunal tem se posicionado no sentido de que, em se tratando de conduta omissiva do Estado, a responsabilidade é subjetiva, devendo ser discutida a culpa estatal. Isso porque, na seara de responsabilidade subjetiva do Estado por omissão, é imprescindível comprovar a inércia na prestação do serviço público, bem como demonstrar o mau funcionamento do serviço, para que seja configurada a responsabilidade”. Apoiado nessa corrente, mantenho os olhos na distinção dos atos para definir a responsabilidade civil do Estado quando subjetiva, e quando objetiva. Respeitados os entendimentos que entendem ser sempre objetiva, para o Juízo haverá hipóteses de responsabilidade subjetiva. A espécie subjetiva para as condutas omissivas, enquanto a objetiva para as condutas comissivas. Parece-me que este ainda é o único modo jurídico de coerentemente explicar a realidade por meio do Direito. Não é possível, a meu modo de interpretar as coisas, diante do estágio de civilização da humanidade e em especial brasileiro, ingenuamente supor que o Estado alcançou competência real e concreta de evitar toda e qualquer tragédia sem culpa. Por um momento reflita-se: A) Dentro do dever de segurança, é possível evitar todo e qualquer crime? B) Dentro do dever de saúde, é possível impedir/curar qualquer doença? C) No espaço público, é possível fiscalizar simultaneamente todas as construções? D) No dever de educação, é necessário construir escola para única família em local ermo? E) Na organização das cidades, é possível ao Estado impedir até os fatos da natureza? F) O dever de fiscalização da Administração elide a responsabilidade do malfeitor? A tendência natural de resposta é negar a amplitude absoluta. Contudo, a negativa se dá em choque com o preceito da responsabilidade objetiva. Em todos os casos, é possível vislumbrar dano [à vítima, ao enfermo, ao munícipe, à criança, ao abatido, ou ao prejudicado]. O choque só se dissipa com razoável lógica dentro das premissas subjetivas. O Estado não causou diretamente os danos apontados. Sua responsabilidade somente advém da omissão qualificada pela culpa. Onde exceder sua capacidade, ou seja, onde for qualificadamente omisso pela subjetividade injustificada, haverá sua condenação. Isso se dá porque a responsabilidade civil se insere no contexto de desenvolvimento social da humanidade. É juridicamente um processo PAULATINO de aperfeiçoamento



das funções estatais, previsto entre nós por norma talvez PARCIALMENTE PROGRAMÁTICA, talvez objeto do fenômeno de CONSTITUCIONALIZAÇÃO PROGRESSIVA. Sequer o Estado, ou quem quer que seja, podem evitar a doença, o crime, a enchente, o incêndio, ou garantir onipresença, onisciência, e onipotência. Inclusive, diga-se de passagem e a título de exemplo, que uma das grandes celeumas contemporâneas é a CAPACIDADE de vigilância dos Estados-Nação, tanto sobre seus nacionais, quanto sobre extraterritoriais. O princípio de liberdade e da intimidade, vida privada e outros, assim como a opinião pública comum renegam esse tipo de controle. Ocorre que paradoxalmente, sem a vigilância extrema impossível que o Estado tenha qualquer margem, de impedir o crime. A sociedade as vezes almeja o impossível. É preciso compatibilizar os temas. E aqui o ponto nodal do tema. Exigir RESPONSABILIDADE objetiva para todo e qualquer tema estar-se-á a exigir o IMPOSSÍVEL. A realidade não sugere que haja esse tipo de capacidade atual para eliminar definitivamente a culpa. O Estado, sobretudo brasileiro, é desorganizado e carente. A desorganização deveria ser resolvida pela consciência eleitoral, e a carência pelo desenvolvimento econômico e social. O que existe com máximo respeito aos que pensam o contrário é um ATALHO para que o dever-ser se transforme em ser, atalho esse que parece-me não satisfaz no contexto largo. Afinal, em lugar de investir na POLÍTICA PÚBLICA, ou seja, no interesse público, seria preferível dispendir os recursos existentes com indenizações individuais? Não que se negue ou faça vistas grossas à tragédia cotidiana que vivemos, mas é necessário colocar a perspectiva de que o ESTADO se volta à COLETIVIDADE, e essa coletividade será prejudicada pela interpretação irrefletida e individualista das normas. Haverá decotamento das capacidades estatais se em lugar do aperfeiçoamento do futuro preferirmos acomodar um passado que ocorreu, não por culpa do Estado, mas por evento as vezes inevitável, impossível, ou imprevisível em si mesmo. Por isso, entendo que a RESPONSABILIDADE SUBJETIVA do Estado subsiste.

(Sentença no Processo nº 1031643-04.2017.8.26.0053)

Esta sentença foi reformada em segunda instância, sob entendimento de haver prova de que o disparo que atingiu o veículo seria de calibre diverso do utilizado pelos policiais militares¹⁴.

14 APELAÇÃO CÍVEL Responsabilidade civil – Danos morais, materiais e obrigação de fazer consistente em pedido de desculpas pelo chefe do Poder Executivo Perseguição policial Ocupante de veículo que desrespeitou ordem de parada pela polícia militar e que sofreu disparo de arma de fogo, que o atingiu de forma letal-Legítima defesa por parte dos agentes do Estado Prova nos autos de que o disparo que atingiu o veículo perseguido é de calibre diverso das armas utilizadas pelos policiais militares Responsabilidade civil do Estado não configurada Sentença de parcial procedência reformada Prescrição afastada - Recurso da FESP provido e negado provimento ao recurso das autoras. (1031643-04.2017.8.26.0053, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Eduardo Gouvêa). Na fundamentação de tal aresto consta a confusão completa entre esfera cível e criminal, voltada a legitimar a absurda ação dos policiais e isentar o Estado de responsabilidade: “Desta forma, constata-se que a ação dos policiais foi legítima, tendo o Juízo Criminal reconhecido a excludente de ilicitude em relação à conduta dos policiais, conseqüentemente, afastando-se a responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal.” Aí, o Poder Judiciário confundiu a responsabilização penal do agente policial com a responsabilização civil do Estado. Confundiu “legítima defesa” (penal, do agente estatal) com



Como se vê, em tal caso, fez-se distinção entre responsabilidade objetiva e subjetiva, o que não procede no que tange às falhas nas investigações em casos de morte causada por policiais, já que tais falhas decorrem de deveres jurídicos estatais, ocasionam a perda de uma chance dos familiares das vítimas de verem o caso elucidado e violam o direito à verdade e à justiça. A argumentação da magistrada focou no “dever de segurança” e desprezou estes fatos relacionados ao “dever de investigar”¹⁵ e, em razão disso, entendeu tratar-se de responsabilidade subjetiva do Estado.

Ainda assim, segundo defende-se neste parecer, na prática, deve-se alegar subsidiariamente a tese da responsabilidade subjetiva estatal.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Na ditadura militar, 475 pessoas morreram ou desapareceram por motivos políticos naquele período¹⁶. Atualmente, em plena democracia, esse é número médio de mortos a cada ano somente no Estado de São Paulo.

A seguir, observe o levantamento a partir de dados publicados pela Secretaria de Segurança Pública de São Paulo trimestralmente sobre mortos em confronto com as polícias:

“culpa exclusiva da vítima” (civil, possível excludente de responsabilidade objetiva estatal). Confundiu “presunção de inocência” (penal, do agente estatal) com “responsabilidade objetiva do Estado”. Não pode prevalecer esta confusão de conceitos, que visa unicamente a livrar o Estado da responsabilidade pelas mortes causadas por seus agentes. Tal atitude encobre a realidade de execuções sumárias realizadas pela polícia e de investigações pro forma, feitas para dar aparência de legalidade ao massacre da população pobre, negra e periférica brasileira.

15 A Corte Interamericana assim definiu este dever na sentença condenatória do Caso Nova Brasília: “O dever de investigar é uma obrigação de meios e não de resultado, que deve ser assumida pelo Estado como dever jurídico próprio e não como simples formalidade condenada de antemão a ser infrutífera, ou como mera gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas, de seus familiares ou da contribuição privada de elementos probatórios”. E no caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras: “O Estado está, por outro lado, obrigado a investigar toda situação em que se tenha violado os direitos humanos protegidos pela Convenção. Se o aparato do Estado atua de modo a que uma violação permaneça impune, não restaurando, à vítima, a plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que o Estado está a descumprir o dever de garantir o livre e pleno exercício de direitos às pessoas sujeitas à sua jurisdição. O mesmo é válido quando se tolera que particulares ou grupos deles atuem livre ou impunemente em menoscabo dos direitos humanos reconhecidos na Convenção”.

16 Informação veiculada no livro “Direito à memória e à verdade”, publicado pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos



	1º tri	2º tri	3º tri	4º tri	Total
2007	78	110	114	102	404
2008	116	108	95	78	397
2009	110	159	126	148	543
2010	147	134	107	121	509
2011	111	141	102	106	460
2012	119	120	143	182	564
2013	69	88	91	98	346
2014	170	169	166	223	728
2015	201	214	196	187	798
2016	201	202	190	264	857
2017	238	221	229	251	939
2018	197	218	210	226	851
2019	213	-	-	-	-

Os dados se referem somente aos homicídios registrados como causados por policiais militares e civis, sem considerar alguns dados que tem aumentado expressivamente, como as mortes causadas por policiais em folga ou ainda aqueles que são qualificados como homicídios simples.



Isto é, mesmo desconsiderando a cifra oculta, na época dos fatos havia uma média de 500 homicídios por ano, o que tem quase dobrado no período recente.

A respeito do ano de 2012, em que houve um dado ainda mais alarmante sobre o número de mortes decorrentes de intervenção policial, o Instituto Sou da Paz elaborou um relatório sobre estes dados¹⁷. Destacamos a estatística produzida a respeito das pessoas mortas em situação de suposto confronto no município de São Paulo, concluindo que 99,5% das pessoas mortas nesse confronto são civis, enquanto que somente 0,5% são policiais. Esta discrepância tão grande nos dados, sustenta o questionamento se essas situações poderiam realmente ser qualificadas como “mortes decorrentes de confronto policial”, visto que a enorme maioria delas tem um caráter muito mais de execução.

Além disso, fica evidente, pelo estudo elaborado a negligência do Estado brasileiro em investigar e efetivamente apurar o ocorrido, uma vez que, os boletins de ocorrência que relatam um homicídio consumado contra civis, 59,4% das vezes é registrado como crime de roubo, inclusive constando a vítima como indiciado. E que, somente 1,6% desses é registrado como um caso de homicídio.

Quanto a tais números, observa Teresa Caldeira:

a mais dramática indicação da falência do controle da violência policial é a cifra estrondosamente alta de civis que continuam sendo mortos pela polícia brasileira. Os números não têm equivalência em nenhum outro país das Américas. Em alguns anos, a polícia matou mais de mil civis apenas na região metropolitana de São Paulo. Nos últimos 20 anos de consolidação democrática, a polícia do Estado de São Paulo já matou pelo menos 11.692 pessoas. Em outras regiões metropolitanas os números são igualmente elevados¹⁸. (g.n.).

Os direitos à verdade e à justiça são solapados por investigações *pro forma*, feitas para justificar e legitimar a morte causada por policiais, ao invés de para averiguar a necessidade e proporcionalidade do uso de arma de fogo.

Relatório da *Human Rights Watch*, organização mundial de renome, sobre o uso da força letal pelas polícias do Rio de Janeiro e de São Paulo, confeccionado no ano de 2009¹⁹,

17 http://www.soudapaz.org/upload/pdf/relat_rio_final_08_16_para_site_7.pdf

18 The paradox of police violence in democratic Brazil. In: *Etnography*. Vol. 3 (3), p. 236.

19 <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/brazil1209web.pdf>



demonstra que na África do Sul, país com a população equivalente à do Estado de São Paulo, e mais violento que este, as taxas de letalidade da polícia são menores.

O mesmo relatório aponta que de 2004 a 2008, a guarnição da ROTA (Rondas Ostensivas Tobias de Aguiar), tropa de “elite” da Polícia Militar, matou 305 (trezentas e cinco) pessoas em supostos confrontos com pessoas que resistiram à prisão, ao passo que feriu somente 20 (vinte) pessoas no mesmo período, e em que foi morto 1 (um) policial.

Nas palavras do relatório, aqui traduzidas livremente, “isso significa que o destacamento matou 15 pessoas para cada indivíduo apenas ferido, uma inversão do típico padrão em confronto armados, nos quais mais pessoas são feridas do que mortas”.

O Relator Especial da ONU sobre Execuções Sumárias, Arbitrárias ou Extrajudiciais, Sr. Philip Alston, também constatou que **muitas das mortes especificadas como “resistência” encobrem uma realidade de execução, afirmando categoricamente que as instituições do Sistema de Justiça** (Polícia Civil, Ministério Público e Judiciário) **como regra falham nitidamente no cumprimento de seus deveres de apuração e punição**, como fica evidenciado em trechos de seu Relatório:

A. EXECUÇÕES EXTRAJUDICIAIS COMETIDAS EM SERVIÇO

10. Na maioria dos casos, assassinatos cometidos por policiais em serviço são registrados como “atos de resistência” ou casos de “resistência seguida de morte”. Em 2007, no Rio de Janeiro, a polícia registrou 1.330 mortes por atos de resistência. Isto corresponde a 18 % do total de assassinatos no Rio de Janeiro. Em tese, esses são casos em que a polícia teve de usar a força necessária e proporcional à resistência daquele que os agentes da lei desconfiavam ser criminosos. **Na prática, o quadro é radicalmente diferente. É o próprio policial quem primeiramente define se ocorreu uma execução extrajudicial ou uma morte legal.** Apenas raramente, essas auto-classificações são investigadas com seriedade pela polícia civil. **Recebi muitas alegações altamente críveis de que as mortes especificadas como “resistência” eram, de fato, execuções extrajudiciais. Essas alegações são reforçadas pelo estudo de autópsias e pelo fato de que a proporção entre civis e policiais mortos é inacreditavelmente alta.**

(...)

D. RESPOSTA DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL PARA EXECUÇÕES EXTRAJUDICIAIS

18. É necessária uma reforma para enfrentar o problema das execuções extrajudiciais cometidas pela polícia e mudar as estratégias e culturas dos policiais. Outra abordagem igualmente importante é assegurar que, quando



uma execução extrajudicial ocorrer, os policiais envolvidos sejam condenados e presos, as vítimas obtenham justiça e o culpado não possa matar novamente. É por isso inquietante que tão poucos homicídios resultem em condenações. **Uma condenação bem sucedida para o assassino é o resultado final de um processo manejado por diversas instituições: a Polícia Civil, a Polícia Técnica Científica, o Ministério Público e o poder judiciário. Se qualquer dessas instituições falha, o processo todo falha. A má notícia é que uma ou mais dessas instituições geralmente falha.**

III. CONCLUSÕES PRELIMINARES E RECOMENDAÇÕES

21. Meu relatório irá incluir recomendações detalhadas para os governos federal e estadual para reformarem as abordagens policiais e o funcionamento do sistema judiciário. Esses apontamentos preliminares põem em evidência algumas das principais recomendações:

(...)

(b) Investigação das mortes cometidas por policiais. A Polícia Civil e os serviços internos da polícia devem efetivamente investigar as mortes causadas pelos policiais. Em muitos estados, o sistema corrente de classificar imediatamente as mortes causadas pela polícia como “ato de resistência” ou “atos de resistência seguida de morte” é completamente inaceitável. **Cada morte é um assassinato em potencial e deve ser investigado como tal;**

(...)²⁰

Policiais devem ser treinados a usar a arma de fogo como último e excepcional recurso; mesmo assim, quando estritamente necessário, devem ser treinados para manejá-la tão somente para imobilizar, recebendo treinamento adequado e contínuo para que os disparos não atinjam região vital²¹. Ou seja, atirar para no máximo ferir, realizando, assim, uma defesa qualificada que não se equipara a de um particular, tampouco a de um soldado em uma guerra sem lei. Revide técnico não é guerra:

As profissões de soldado e policial são coisas bem diferentes. Desde que os soldados obedeçam às leis da guerra, em situações de combate eles podem atirar para matar ou para ferir combatentes inimigos. No entanto, conforme as regras da ONU, policiais e outros aplicadores da lei devem proteger o direito à vida, à liberdade e à segurança da pessoa. Portanto, policiais que portarem

20 Addendum Missão ao Brasil, 4-14 Novembro 2007, A/HRC/8/3/Add.414 de Maio de 2008, tradução não oficial pelo NEV/USP, pois o português não é língua oficial da ONU, disponível em www.nevusp.org/downloads/relatoriophilip.doc.

21 Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pela ONU; e Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, também da ONU.

armas de fogo precisam ter um alto nível de treinamento e de supervisão, para que possuam as habilidades de controle e de avaliação tática de ameaça necessárias para legitimamente fazerem uso de força, inclusive letal. Infelizmente, são muitos os policiais que não recebem tal treinamento ou supervisão. Assim o ciclo de violência é perpetuado, com mais policiais sendo atacados e civis sendo mortos²².

A realidade dos dados demonstra, inclusive, que a polícia do Estado de São Paulo mata mais do que fere, quando a atuação qualificada e treinada deveria resultar no inverso, ou seja, mais feridos que mortos.

Dossiê da ACAT-Brasil e outras entidades, elaborado no ano de 2009, dá conta de que em Nova Iorque, uma das cidades mais violentas e populosas dos EUA, num período de 10 anos, os números de civis mortos pela polícia são inferiores ao número de civis feridos. Para cada morto, cerca de dois feridos. Na avaliação do dossiê: “Isto pode significar que existe uma orientação para se evitar a morte nas ações policiais que culminaram em tiroteio”²³.

Ao contrário, no Estado de São Paulo, também num período de 10 anos, o número de civis mortos é superior ao número de civis feridos. Para cada cerca de 1,25 morto, um ferido. O Dossiê conclui que “Este dado em si revela que há uma violência desproporcional à ameaça apresentada e que o uso da força letal é uma prática deliberada e reflete uma política de controle da criminalidade pela violência. Como declarou o ex-Secretário Nacional de Segurança Pública, Cel. José Vicente da Silva Filho: ‘quando passa da taxa de dez civis mortos para um policial não há dúvidas de que há excesso de força e execuções’ ”.

A imensa maioria dessas mortes, cunhadas de “autos de resistência”, segue uma narrativa oficial padrão, numa espécie de roteiro pré-definido de defesa dos policiais: o morto resistiu à prisão, estava armado, atirou primeiramente nos policiais (quando quase sempre não há policiais feridos, viaturas ou terceiros atingidos por tais supostos disparos), e por conta disso os policiais foram forçados à revidar a injusta agressão, revide esse que via de regra é feito com inúmeros disparos de arma de fogo em regiões vitais do corpo, que em seguida é socorrido supostamente com vida pelos próprios policiais que atiraram, corpo esse que chega via de regra morto no Hospital. A isso, segue-se uma investigação precaríssima, volta à conduta do morto e

22 Relatório 1 Armas e Policiamento - Padrões para prevenir o mau uso - Anistia Internacional e Oxfam, fevereiro de 2004 - Brian Woods, pág. 18.

23 Dossiê: Mapas do Extermínio, ACAT e outras, 2009, disponível em http://www.acatbrasil.org.br/download/DOSSIE_pena%20de%20morte%20final.pdf, pág. 9.

não à conduta dos policiais, como revelam os detalhes deste caso, que nada mais é do que um caso padrão nesse universo de carne, sangue e indiferença estatal²⁴.

De plano, é impossível não nos indagarmos como a realidade, que é sempre tão diversa e múltipla, possa se repetir da mesma forma tantas vezes por anos a fio, sem variação ou mesmo sem a tomada de providências outras (como a utilização de armas menos letais) que, antevendo tais mortes, procure vitá-las.

Um major do exército britânico aposentado, a quem foi solicitado que comentasse dados de letalidade da Jamaica, país com altas taxas como o Brasil, disse: “Esses números são altamente questionáveis. Seria de esperar que a parte primeiro atingida pelos disparos apresentasse o maior número de fatalidades... a habilidade das forças policiais jamaicanas de fazer disparos letais em alvos móveis enquanto sob fogo inimigo é impressionante”²⁵.

O questionamento feito pelo major britânico leva à seguinte indagação: se é necessário atirar porque os “bandidos” são muito violentos e perigosos, era de se esperar que mais policiais fossem atingidos. Se policiais são rarissimamente feridos, e os “bandidos” são frequentemente mortos, fica evidenciada a desproporcionalidade: talvez os suspeitos não sejam também audazes e preparados a ponto de atirarem com tanta frequência contra policiais; talvez os policiais se antecipem atirando em pessoas antes mesmo que esboçam qualquer tipo de atitude violenta.

Ainda, quer dizer que, na dinâmica repetida pelos policiais de que revidaram à injustiça agressão, era de se esperar que os policiais fossem minimamente atingidos e que, no suposto revide, efetuassem disparos não letais, sendo certo que a mira em regiões vitais aponta objetivamente para indícios de execução sumária, que no Brasil encontra patamares que o expõe à reiterada repreensão internacional.

Observe-se que o Brasil já foi condenado na Corte Interamericana de Direito Humanos em caso envolvendo morte causada pela polícia e omissões nas investigações. Trata-se do caso **FAVELA NOVA BRASÍLIA**, que condenou o país por mortes e violações sexuais praticadas pela polícia do Rio de Janeiro, reconhecendo o contexto geral de impunidade

24 Reportagem que aborda o fenômeno: <http://www.diariosp.com.br/noticia/detalhe/49115/Nos+confrontos,+113+morreram+sem+testemunhas>, acesso em 22/08/2016

25 Relatório 1 Armas e Policiamento - Padrões para prevenir o mau uso - Anistia Internacional e Oxfam, fevereiro de 2004 - Brian Woods, pág. 18.



decorrente da falta de investigação e responsabilização dos agentes estatais envolvidos em casos deste tipo no Brasil. A Corte interamericana decidiu que:

“15. O **Estado deverá publicar anualmente um relatório oficial com dados relativos às mortes ocasionadas durante operações da polícia em todos os estados do país.** Esse relatório deverá também conter informação atualizada anualmente sobre as **investigações realizadas a respeito de cada incidente que redunde na morte de um civil ou de um policial,** no sentido disposto nos parágrafos 316 e 317 da presente Sentença.

16. O Estado, no prazo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença, deverá estabelecer os mecanismos normativos necessários para que, na hipótese de supostas mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial, em que prima facie policiais apareçam como possíveis acusados, desde a *notitia criminis* se delegue a investigação a um órgão independente e diferente da força pública envolvida no incidente, como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnico criminalístico e administrativo alheio ao órgão de segurança a que pertença o possível acusado, ou acusados, em conformidade com os parágrafos 318 e 319 da presente Sentença.

17. O Estado deverá adotar as medidas necessárias para que o Estado do Rio de Janeiro estabeleça **metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial,** nos termos dos parágrafos 321 e 322 da presente Sentença. (...)

19. O Estado deverá adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para permitir às vítimas de delitos ou a seus familiares participar de maneira formal e efetiva da investigação de delitos conduzida pela polícia ou pelo Ministério Público, no sentido disposto no parágrafo 329 da presente Sentença.

20. O Estado deverá adotar as medidas necessárias para uniformizar a expressão “lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial” nos relatórios e investigações da polícia ou do Ministério Público em casos de mortes ou lesões provocadas por ação policial. **O conceito de “oposição” ou “resistência” à ação policial deverá ser abolido,** no sentido disposto nos parágrafos 333 a 335 da presente Sentença (...)

Importante destacar que as deficiências nas investigações importam em violação da garantia do direito à vida. Assim decidiu a Corte Interamericana no Caso Favela Nova Brasília:

Em casos em que se alega que ocorreram execuções extrajudiciais é fundamental que os Estados realizem uma investigação efetiva da privação arbitrária do direito à vida reconhecido no artigo 4 da Convenção, destinada à determinação da verdade e à busca, captura, julgamento e eventual punição dos autores dos fatos. Esse dever se torna mais intenso quando nele estão ou podem estar implicados agentes estatais que detêm o monopólio do uso da



força. Além disso, caso os fatos violatórios dos direitos humanos não sejam investigados com seriedade, seriam, de certo modo, favorecidos pelo poder público, o que compromete a responsabilidade internacional do Estado.

O dever de investigar é uma obrigação de meios e não de resultado, que deve ser assumida pelo Estado como dever jurídico próprio e não como simples formalidade condenada de antemão a ser infrutífera, ou como mera gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas, de seus familiares ou da contribuição privada de elementos probatórios.

No Brasil, é possível observar que casos relacionados a mortes causadas pela polícia apresentam um padrão investigatório que legitima *prima facie* a ação policial. Com isso, falhas e omissões ocorrem nas investigações dos casos de letalidade, enfraquecendo o controle e a auditabilidade das ações policiais.

Conforme análise doutrinária em artigo publicado sobre a denúncia da Comissão Interamericana do Caso Favela Nova Brasília:

O aspecto mais evidente das falhas das investigações diz com a sua duração não razoável: no relatório de mérito de 2011 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apontava que as investigações ainda não tinham sido finalizadas (lembrando que os fatos são de 1994 e 1995). A própria admissibilidade do caso se deu com base na não finalização das investigações no prazo legal, qual seja, 30 dias (artigo 10 do CPP), bem como pela falta de manifestação judicial sobre serem os fatos de difícil elucidação (artigo 10, parágrafo 3º, do CPP²⁶). Com isso, a Comissão admitiu²⁷ o caso com base na exceção de esgotamento dos recursos internos estabelecida no Art. 46(1) da Convenção, diante do atraso injustificado na decisão sobre tais recursos, prevista no art. 46(2)(c) da Convenção e 37(2)(c) do Regulamento da Comissão.

Outro aspecto a mencionar é que a legalidade do uso da força só pode ser estabelecida após as devidas investigações. Além da duração razoável, estas investigações precisam ser efetivas, dirigidas para elucidar o que realmente aconteceu. Assim entendeu a Comissão Interamericana em seu relatório de mérito, mencionando precedente da Corte Europeia de Direitos Humanos:

*“Deve haver alguma forma de investigação oficial efetiva quando indivíduos são mortos como resultado do uso da força. O propósito essencial dessa investigação é assegurar a efetiva implementação das leis domésticas que protegem o direito à vida e, naqueles casos que envolvem agentes ou órgãos do Estado, garantir sua rendição de contas pelas mortes ocorridas sob sua responsabilidade (...)”*A

26 DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941, Código de Processo Penal, Art. 10, § 3º Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

27 COMISSÃO IDH, Relatório de Admissibilidade n. 78/98, Caso 11.566, Cosme Rosa Genovena versus Brasil.



investigação também deve ser efetiva no sentido de ser capaz de chegar a uma determinação sobre se o uso da força nesses casos foi ou não justificado pelas circunstâncias. Esta não é uma obrigação de resultados, mas sim de meios. As autoridades devem ter adotado as medidas razoáveis ao seu alcance para proteger as provas relativas ao incidente, incluindo inter alia depoimentos de testemunhas oculares, provas periciais e, se for o caso, uma autópsia que proporcione um registro completo e exato da lesão e uma análise objetiva das conclusões clínicas, inclusive a causa da morte. Qualquer deficiência na investigação que prejudique sua capacidade de estabelecer a causa da morte ou a pessoa ou pessoas responsáveis correrá o risco de descumprir esse critério²⁸”.

No caso Cosme Rosa Genoveva, constatou-se que até mesmo diligências que foram ordenadas pelo delegado de polícia não foram cumpridas no inquérito policial, o que vicia a lisura da investigação e gera responsabilidade internacional do Brasil. Daí ter a Comissão Interamericana considerado que, “se os inquéritos tivessem sido dirigidos com o objetivo de determinar a legalidade (ou a ilicitude) do uso de força letal pela polícia, não teria sido complexo para o Estado realizar investigações sobre operações policiais levadas a cabo pelas próprias forças de segurança do Estado^{29 30}”.

Na Comissão Interamericana há também o RELATÓRIO Nº 26/09 - CASO 12.440 ADMISSIBILIDADE E MÉRITO (PUBLICAÇÃO) WALLACE DE ALMEIDA, também em relação ao Brasil, no qual é possível delinear a responsabilidade estatal tanto por ação de seus agentes, mesmo quando agem além suas competências, quanto por suas omissões nos casos de violência e letalidade policial. Ademais, foram feitas novamente considerações sobre as investigações realizadas para apurar os fatos. Neste caso, a Comissão considerou fato provado que Wallace de Almeida foi:

(...) ferido na coxa direita por uma bala disparada por agentes da polícia do Estado, em 13 de setembro de 1998, e que permaneceu estendido no chão sem que lhe fosse prestada qualquer assistência desde as 21h00, aproximadamente, até a sua remoção para um hospital, onde ingressou às 22h 16min. (...) Com relação a fatos dessa natureza, o direito internacional atribui ao Estado responsabilidade internacional pelo comportamento de seus órgãos quando atuam na sua qualidade oficial, mesmo que fora do exercício regular de sua competência. Isso inclui os órgãos superiores do Estado, como os Poderes

28 “CEDH. Hugh Jordan v. Reino Unido, Demanda no. 24746/94, Sentença de 4 de maio de 2001, paras. 105-109”, apud COMISSÃO IDH, Relatório de Mérito n. 141/11, Casos 11.566 e 11.694, Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e Outros (Favela Nova Brasília) versus Brasil, par. 146.

29 COMISSÃO IDH, Relatório de Mérito n. 141/11, Casos 11.566 e 11.694, Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e Outros (Favela Nova Brasília) versus Brasil, par. 190.

30 MENEZES, Rafael. O Caso Favela Nova Brasília: rumo ao controle e à auditabilidade do uso excessivo da força policial? In *Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, n. 6, 2017.



Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como os atos e omissões dos funcionários ou agentes subalternos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua sentença de 29 de julho de 1988 (caso Velásquez Rodríguez), determinou a esse respeito o seguinte: **É um princípio do direito internacional que o Estado responde pelos atos de seus agentes praticados ao amparo de seu caráter oficial e por suas omissões, mesmo quando atuem fora dos limites de sua competência ou em violação do direito interno.**

Isso leva a concluir que a República Federativa do Brasil é responsável, no caso em estudo, pelos atos e omissões dos policiais que participaram da operação realizada no Morro da Babilônia, na noite de 13 de setembro de 1998, que resultou na morte de Wallace de Almeida. A obrigação constante do artigo 4 da Convenção Americana tem uma face ativa e outra passiva. No perfil ativo estão compreendidas tanto a obrigação de arbitrar as medidas para que se respeite a vida dos cidadãos, assegurando a efetividade das mesmas, como a de socorrê-los quando assim o requeiram, em situações que revistam uma gravidade relativa. É por isso que, ao ferirem a presumida vítima e não a levarem imediatamente a um hospital, a ter-se por certa a afirmação dos peticionários de que o tiroteio cessou com o seu grito ao ser atingida, e na ausência de resposta do Estado, os policiais incorreram em uma evidente omissão, cumprindo necessariamente que se impute a alguém a referida responsabilidade.

Quanto à falta de investigação sobre os fatos por parte do Estado, a Comissão entende que a obrigação de proteger o direito à vida, conforme o artigo 4 da Convenção Americana, se relaciona na sua implementação com a previsão constante do artigo 1(1) do mesmo instrumento, relativa à obrigação de todo Estado Parte de assegurar a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição os direitos e liberdades garantidos no Tratado. Nessa tese deve estar implícito **algum tipo de investigação oficial, quando um indivíduo é morto mediante o uso de força. A investigação deve ser levada a cabo por um órgão eficiente e imparcial.** Seu propósito essencial deve orientar-se para a garantia da implementação das leis do país que protegem o direito à vida **e assegurar, nos casos de envolvimento de agentes do Estado como autores, que estes sejam submetidos a processo pelos atos incidentes na esfera de sua responsabilidade.** A investigação deve ser capaz de levar à identificação e punição dos responsáveis. Esta não é uma obrigação de meios, mas, antes, de resultado. Qualquer deficiência na investigação que diminua a sua capacidade de estabelecer a causa da morte, ou a responsabilidade do autor, fará com que se produza uma falha no padrão exigido para esse efeito.

A Comissão, no Caso 11.412 (Wanderlei Galati), concluiu:

Segundo a denúncia apresentada em setembro de 1994 à Comissão, Wanderlei Galati, mecânico de 28 anos de idade, foi morto a coronhadas de revólver pelo policial militar Ademar Cavalcante Dourado na data de 26 de agosto de 1983, na cidade de São Paulo. O Senhor Galati teria sido morto após uma colisão

entre seu automóvel e a viatura do mencionado agente policial. Segundo a denúncia, apesar do Senhor Galati assumir a responsabilidade pelo acidente e comprometer-se a indenizar o prejuízo causado, foi agredido e morto por Ademar Cavalcante Dourado. Em 2 de dezembro de 1983, o agente da Polícia Militar foi denunciado perante a 1a. Instância da Justiça Militar do Estado de São Paulo. A sentença foi ditada em 15 de outubro de 1991, ocasião em que Ademar Cavalcante Dourado foi absolvido por insuficiência de provas. **Posteriormente, em que pese o seu crime foi promovido na carreira policial.** A mãe da vítima ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais contra o Estado de São Paulo, que foi julgada procedente pela 2ª Vara da Fazenda Pública do Estado e confirmada pelo tribunal. (...)

Em face dessas provas, a Comissão não pode senão concluir **que Wanderlei Galati foi vítima de homicídio intencional, resultante dos atos despropositados e injustificados do agente da Polícia Militar Ademar Cavalcante Dourado, envolvendo responsabilidade estatal tanto pela investidura do criminoso como por sua identificação como policial na presença da vítima e de seus acompanhantes no momento do ato,** pelas ordens que deu aos mesmos e ao motorista da ambulância usando sua autoridade de policial e utilizando a arma da corporação para golpear fatalmente a vítima na cabeça. **Nesse sentido, o Estado brasileiro incorreu em violação do direito a que se refere o Artigo I da Declaração Americana.**

Apesar de tais decisões, o estudo do cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e das resoluções da Comissão revela um dado que corrobora a ideia de que na América Latina existe incerteza quanto ao julgamento e à sanção de agentes do Estado que violam normas de direitos humanos.

Os dados evidenciam como o atual modelo tem apenas contribuído para a propagação da violência: temos no Brasil uma das polícias que mais mata e mais morre no mundo.

Tal contexto é, evidentemente, resultado histórico. No campo do estudo sobre a democracia na América Latina, há uma intersecção temática que merece atenção: os conceitos de instituições informais, legados autoritários e a impunidade de agentes do Estado, apontada por Brinks (2006) como “the rule of (non) law” - em tradução livre, Estado de (não) Direito³¹.

O alto número de mortes pela polícia, aliada à parca ou nenhuma investigação, funciona praticamente como uma licença para matar e é motivo de exposição vexatória do Brasil na comunidade internacional. Ainda, o alto grau de letalidade e de vitimização policial reflete problemas estruturais do sistema de segurança pública do Brasil, que impactam desde a

31 BRINKS, Daniel. *Informal Institutions and Democracy in Latin America*. Baltimore, Johns Hopkins, 2006.
Rua Boa Vista, nº 150 – Mezanino – São Paulo/SP – CEP: 01014-001 – Tel: (11) 3107-5080
nucleo.dh@defensoria.sp.def.br



formação do policial até a omissão dos órgãos de controle, como o Ministério Público, corregedorias e ouvidorias.

Casos que envolvem a morte causada por policiais, seguida da inércia e indiferença estatais na sua apuração, é atentatória aos direitos humanos. O dever de proteção e o dever de investigação têm sido sistematicamente violados pelo Estado Brasileiro em tais casos.

Diante de tais fatos, necessário ao menos que o Estado seja responsabilizado pelos danos causados por um serviço público de policiamento e de segurança deficientes e mal prestados, indenizando os familiares de pessoas mortas pela polícia quando não existe prova cabal de “culpa exclusiva da vítima”.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Inicialmente, cumpre esclarecer que o ponto central da argumentação das ações de indenização por mortes causados por policiais envolve questões de direito e questões de fato que não exigem dilação probatória.

Assim, a ação de indenização por danos materiais e morais poderá ser proposta a partir da presente tese com base nos seguintes fundamentos: a morte; eventuais falhas estatais na condução das investigações; outros fundamentos peculiares ao caso concreto, como, por exemplo, a omissão estatal na identificação do morto e entrega do corpo aos familiares.

A tese principal é a da responsabilidade objetiva em razão da morte causada por policiais e das falhas nas investigações. Subsidiariamente, pode-se argumentar pela responsabilidade subjetiva estatal como fundamento para a indenização.

Os recursos cabíveis serão manejados, em especial quando não se reconhecer a responsabilidade objetiva e suas consequências processuais, especificamente o ônus da prova do Estado réu de demonstrar cabalmente a culpa exclusiva da vítima.

Em caso de entendimento pela não indenização no Judiciário, sugere-se levar o caso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos com base na argumentação de violação dos seguintes dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos: Artigo 1. Obrigação de

respeitar os direitos; Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno; Artigo 4. Direito à vida; Artigo 5. Direito à integridade pessoal; e Artigo 25. Proteção judicial.