

5. CRIMINOLOGIA

5.2

CASO DO CARANDIRU: UM ESTUDO SOCIOJURÍDICO

(2.^a PARTE)

CESAR CALDEIRA

SUMÁRIO: 5.2 Responsabilidade civil do Estado: 5.2.1 Responsabilidade civil do Estado na Constituição de 1988 e os direitos dos detentos; 5.2.2 Os acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo no caso Carandiru: 5.2.2.1 Apelação Cível 224.506-1/7; 5.2.2.2 Apelação Cível 243.364-1/7; 5.2.2.3 Apelação Cível 246.297-1/2; 5.2.2.4 Apelação Cível 250.092-1/1; 5.2.2.5 Apelação Cível 262.804-1/5; 5.2.2.6 Apelação Cível 274.952-1/2; 5.2.2.7 Apelação Cível 267.440-1/0; 5.2.2.8 Apelação Cível 9.659-5; 5.2.2.9 Embargos infringentes 250.092-1; 5.2.2.10 Apelação Cível 240.511-1/7; 5.2.2.11 Apelação Cível 240.630-1/0; 5.2.2.12 Embargos infringentes referentes à Apelação Cível 240.551-1/9; 5.2.2.13 Apelação Cível 265.036-1/1; 5.2.2.14 Apelação Cível 010.658-5/9-00; 5.2.3 Conclusões sobre a responsabilidade civil do Estado nos acórdãos do TJSP – 6. Considerações Finais: do episódio do Carandiru às mudanças institucionais – Bibliografia.

Resumo: Um conflito entre os detentos do Pavilhão 9, da Casa de Detenção do Carandiru, no dia 02 de outubro de 1992, foi reprimido violentamente com a invasão da Polícia Militar paulista. Cento e onze presos foram encontrados mortos após o episódio, que é considerado o maior massacre da história penitenciária do Brasil. O presente trabalho aborda este conflito vivo sob o ponto de vista da trajetória de suas repercussões institucionais. Usando a teoria da estruturação procura-se verificar em que medida as próprias instituições destinadas à resolução de conflitos (por exemplo, a Justiça Militar) foram questionadas e modificadas por atores sociais. Ao voltar-se para o tratamento jurídico do conflito, o trabalho examina as estratégias protelatórias usadas na Justiça Penal para evitar decisões, e concomitantemente, gerar a impunidade dos acusados. Por fim, ao examinar as ações de reparação de danos movidas pelas famílias das vítimas fatais da invasão da Carandiru, o trabalho questiona os critérios criados e aplicados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para os pedidos de danos materiais, morais e despesas de funerais. Tais critérios resultam no não-acolhimento de pedidos ou indenizações baixas, apesar da condenação do Estado em termos de responsabilidade civil. Em suma, neste ponto, o trabalho indaga quais são os valores sociais que são afirmados como justos neste processo de decisão judicial.

Palavras-chave: Casa de detenção – Carandiru – Violência policial – Conflitos sociais – Direitos humanos – Situação carcerária.

5.2 Responsabilidade civil do Estado

O caso Carandiru recebe outro tratamento jurídico quando visto da perspectiva da reparação dos danos materiais e morais causados às famílias das vítimas fatais da invasão policial.

Em princípio, a ação danosa dos policiais militares poderia gerar uma indenização por meio de um procedimento *amigável* ou *judicial*. A primeira alternativa ocorreria perante a Administração Pública responsável pelo agente causador do dano. Instaurar-se-ia um processo administrativo para examinar o pedido de indenização. O órgão público examinaria a solicitação, verificando a correção do direito pleiteado quanto à lei, ao mérito e ao montante do pagamento. Se o pedido fosse acolhido, determinar-se-ia o pagamento e com isso a Administração Pública estaria liberada de sua responsabilidade. Esse procedimento *amigável* não foi usado no caso Carandiru. Porém, esse encaminhamento *administrativo* e *amigável* não é estranho à experiência *recente* da Administração Pública de São Paulo. Tendo em vista a ação violenta de um grupo de policiais militares na favela Naval, em Diadema, em março de 1997, que resultou em uma morte e em lesões à integridade física, moral e patrimonial de várias pessoas, o Governador Mário Covas, mediante o Decreto 41.688, de 07.04.1997, autorizou o Estado a pagar indenizações àquelas vítimas.¹³⁵ Dessa maneira, a Administração Pública *antecipou-se ao Poder Judiciário*, reconhecendo sua responsabilidade objetiva pela ação ilegal de seus agentes e dispondo-se a reparar administrativamente os danos por eles cometidos – o que configura nova postura política em episódios como esse.

A segunda alternativa consistiria na *via judicial*, na qual os familiares da vítima movem uma ação de indenização, de rito ordinário,¹³⁶ perante a Justiça Estadual.¹³⁷ Essa foi a opção adotada e, de forma sintética, pode-se caracterizar o procedimento judicial da maneira seguinte. Nas ações de reparação de dano no caso Carandiru, os familiares das vítimas acionam a Fazenda do estado de São Paulo. A petição inicial deve preencher os requisitos da legislação processual, em particular o art. 282 do Código de Processo Civil. Deve-se provar os fatos, no que diz respeito ao dano suportado efetivamente pela vítima, e o nexo causal entre o evento lesivo e o dano. A teoria objetiva, adotada pela Constituição, exige apenas prova da lesão e de que essa foi causada por agente da Administração Pública (no caso, policiais militares). A exclusão da responsabilidade estatal somente pode ocorrer em virtude de caso fortuito,¹³⁸ por motivo de *força maior*¹³⁹ ou quando a vítima *concorreu*, parcial ou

(135) Ver “Indenização às vítimas de Diadema”. *Boletim da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. 1997.

(136) Aqui entendido o procedimento comum ordinário a que se refere o art. 124 e seguintes do CPC.

(137) Melhor seria designá-la como preferem os processualistas de Justiça ordinária local, pois o Distrito Federal tem Justiça e não é Estado.

(138) *Caso fortuito* é um acontecimento natural imprevisível e irresistível, causado por força externa ao Estado, como por exemplo, um tufão ou uma nevasca.

(139) Na *força maior* há também um caráter invencível no obstáculo de origem humana, por exemplo, uma greve ou uma grave perturbação da ordem.

totalmente, para o evento danoso (culpa da vítima). Na última hipótese, sendo provado que a vítima contribuiu, de alguma maneira, para o evento danoso, o Estado seria eximido da obrigação de indenizar na mesma proporção. Na via *judicial*, assim como na via *amigável*, o direito à indenização prescreve em cinco anos contados a partir do evento danoso (Cód. Civil, art. 178, § 10, VI). Assim, o ajuizamento da ação de reparação de danos teria que ocorrer antes da extinção desse lapso temporal, sob pena de prescrição.¹⁴⁰ Na hipótese de morte da vítima, a indenização a ser obtida traduz-se em danos materiais e morais, sendo que a verba indenizatória deve abranger alimentos devidos aos herdeiros ou dependentes do detento, tudo na forma dos artigos 1.537 e 1.538 do Código Civil. Por fim, as sentenças proferidas contra o Estado estão sujeitas ao *duplo grau de jurisdição*, não produzindo efeitos senão depois de confirmada pelo tribunal (Código de Processo Civil, art. 475, II). Por isso, as sentenças favoráveis aos familiares das vítimas da ação policial no Carandiru serão obrigatoriamente reexaminadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.¹⁴¹

Antes da análise dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em cada caso, serão apresentadas breves considerações sobre a responsabilidade civil do Estado na Constituição de 1988 e mencionadas as normas constitucionais e infraconstitucionais mais diretamente relevantes para a proteção da integridade física e moral do detento. Também será indicada a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilidade civil do Estado (seção 5.2.1).

5.2.1 Responsabilidade civil do Estado na Constituição de 1988 e os direitos dos detentos

O princípio da responsabilidade civil do Estado, previsto no art. 37, § 6º da Constituição de 1988, é um instrumento fundamental no sistema de *garantias* constitucionais.¹⁴² Ao cidadão lesado pela atuação ou omissão, dos órgãos ou

⁽¹⁴⁰⁾ Existe pelo menos um menor de 16 anos morto no massacre do Carandiru e pela idade da vítima a prescrição não alcança esse caso que está motivando uma ação da Assistência Judiciária da PGE/SP em junho/julho de 1999, segundo declaração da procuradora Cláudia Simardi.

⁽¹⁴¹⁾ Código de Processo Civil, art. 475, parágrafo único: "Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida: não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los".

⁽¹⁴²⁾ Considerada como a *ultima ratio* do Estado de Direito, a responsabilidade por ilícito não tem, desse modo a função estática de uma reparação patrimonial: constitui uma autêntica garantia com o mesmo valor e natureza idêntica ao de outras constitucionalmente consagradas, não admirando que ela apareça positivamente plasmada em recentes diplomas fundamentais". Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1974, p. 132.

agentes do Estado como último remédio, resta a reparação patrimonial das consequências danosas do fato administrativo.

“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” (CF, art. 37, § 6.º).

Mantém-se na Constituição vigente a solução que já vinha sendo adotada desde a Constituição de 1946, quer dizer, a *responsabilidade objetiva extracontratual do Estado por danos causados no exercício de função pública a particulares*. Por esse princípio, a reparação do dano causado a terceiros *prescinde de prova de culpa ou dolo por parte dos servidores do Estado*; depende exclusivamente de estar o agente causador no exercício de função pública, de haver um *nexo causal* entre o *fato administrativo* e o *dano*. Pelo exame do dispositivo constitucional vigente (art. 37, § 6.º), revela-se que a Constituição firmou o princípio objetivo da *responsabilidade sem culpa* do Poder Público pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados. Por outro lado, havendo o elemento *subjetivo* do dolo ou culpa, caberá *ação de regresso em face do agente público causador do dano*.

Ao se examinar o sistema interno de regras constitucionais articuladas com o princípio da responsabilidade civil do Estado, destaca-se a importância das *regras jurídico-materiais de direitos fundamentais* (expressão de Canotilho) dos artigos 5.º, X¹⁴³ e V¹⁴⁴ da Constituição de 1988 que afirmam o dano *moral*, além do tradicional dano material.

À estrutura normativa de responsabilidade extracontratual do Estado, descrita acima, deve-se agregar os preceitos constitucionais seguintes que são particularmente pertinentes ao caso Carandiru:

Primeiro, o art. 5.º, XLIX que afirma que: “É assegurado *aos presos* o respeito à integridade física e moral”. O direito à incolumidade física e moral constitui notável emanção dos direitos da personalidade, especificamente vinculada à situação do preso.¹⁴⁵ É norma constitucional de aplicação imediata e cogente.

(143) Constituição de 1988, art. 5.º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

(144) Constituição de 1988, art. 5.º, V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

(145) Há uma distinção técnica entre detenção e prisão. “Detenção é a apreensão física da pessoa, limitando seu direito de locomoção. Está detido quem está submetido a mandado de condução, ou a testemunha que foi mandada isolar-se pelo juiz, ou aquele que foi encontrado em flagrante delito e conduzido pelo miliciano à presença da autoridade policiais; tais são espécies de detenções legais. Constitui, também, detenção embora ilegal, a apreensão física da pessoa sem que haja título jurídico para tal, como, por exemplo, as pessoas detidas em *blitzen* policiais que não tenham sido encontradas em flagrante delito. Prisão é ato jurídico de restrição formal do direito de locomoção, não incidental e só pode ser decorrente de: 1) decreto judicial, ou; 2) auto de prisão em flagrante delito”. SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988*. 4. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 254.

Essa norma está vinculada ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III da Constituição de 1988), à incolumidade do indivíduo (“ninguém será submetido à tortura ou tratamento de desumano ou degradante”, art. 5.º, III da Constituição de 1988) e à proibição ao Estado de qualquer forma de discriminação (art. 3.º, IV da Constituição de 1988).

Mais ainda, a questão do preso morto vincula-se ao “direito à vida”, que é um dos direitos cuja a ordem constitucional assegura a inviolabilidade (CF, art. 5.º, *caput*).

Segundo, há um dever dos agentes do Estado, baseado no art. 5.º, XLIX da Constituição, de assegurar a integridade física e moral dos presos. Por outro lado, firma-se um *direito público subjetivo*¹⁴⁶ assentado na Lei Maior, cuja garantia demanda a atuação dos agentes públicos policiais (civis, militares e penitenciários).

O princípio-garantia da responsabilidade civil do Estado e os preceitos constitucionais assecuratórios da integridade física e moral dos presos, recebem “densificação”¹⁴⁷ na legislação ordinária. O *preceito penal incriminador da incolumidade do preso* está no art. 38 do Código Penal: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda de liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”. Constitui ainda *abuso de autoridade* qualquer atentado à *incolumidade física do indivíduo*,¹⁴⁸ o que possibilita sanção civil indenizatória.¹⁴⁹

A responsabilidade civil do Estado, enquanto princípio-garantia, possui “abertura” – espaços normativos deixados à concretização – que se abre à mediação dos tribunais e juízes. Por isso, vale citar, a perspectiva jurisprudencial acolhida pelo Supremo Tribunal Federal na matéria.

“A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos brasileiros desde a Carta de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil *objetiva* do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.

Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem: (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e

(146) A respeito de direitos públicos subjetivos ver: REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1986, p. 263-271.

(147) Para Canotilho, “densificar” uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço preceito constitucional, carente de concretização, com o objetivo de, por meio desse preceito, dar uma solução a problemas concretos.

(148) Lei Federal 4.898, de 09.12.1965, art. 3.º, *i*.

(149) Lei Federal 4.898, de 09.12.1965, art. 6.º, § 2.º.

lesiva, imputável ao agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude ou não, do comportamento funcional (RTJ-140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ-55/503; RTJ-71/99; RTJ-91/377; RTJ-99/1155; RTJ-131/417).

O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA-137/233 – RTJ-55/50).¹⁵⁰

5.2.2 Os acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo no caso Carandiru

“O que poderia fazer o Estado para evitar tão grande rebelião, que ainda trazemos em nossas retinas como uma das mais graves da história penitenciária brasileira? Será que tem culpa o Estado de os presos se amotinarem, de desejar fugir, de desejar matar todos que se coloquem entre eles e a rua? A culpa foi das vítimas, que iniciaram a rebelião, que destruíram todo um pavilhão do Carandiru e que forçaram a sociedade, por meio de sua Polícia Militar, a se defender. Não poderiam ter direito algum a qualquer indenização, como não podem seus parentes buscar uma indenização por uma ato doloso de autoria das vítimas”.

Voto da maioria, relator Des. Raphael Salvador, ApCiv 240.511-1/7.

Ao contrário da responsabilidade criminal cuja trajetória judicial foi acompanhada de perto pela imprensa, as ações indenizatórias receberam pouca cobertura da mídia. Somente em maio de 1996, face a decisões divergentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, o assunto alcançou repercussão na imprensa.¹⁵¹ Na seção 1.1.2 serão analisados os casos julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo até dezembro de 1998: doze apelações cíveis e dois embargos infringentes.

⁽¹⁵⁰⁾ STF – 1.^a Turma – RE 109615-2/RJ, rel. Min. Celso de Mello, *Diário de Justiça*. Seção I, 02.08.1996. p. 25785. Ver ainda para jurisprudência citada: STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 3. ed., revista e ampliada. São Paulo: RT, 1997; FEDERIGLI, Wanderley José. *Responsabilidade Civil do Estado nos tribunais*. São Paulo: EUD, 1994; MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 272-273.

⁽¹⁵¹⁾ “Mãe pede R\$ 56 mil por morte de filho”. *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 22.05.1996. p. 5; “Pedido de indenização de família de preso morto foi julgado improcedente ontem em São Paulo: para desembargador, PM não queria matar”. *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 23.05.1996. p. 5. Nessa época, os procuradores em exercício na área de Assistência Judiciária da PGE-SP já haviam entrado com 49 processos judiciais pleiteando indenização para familiares das vítimas do Carandiru, segundo o Boletim dos procuradores.

CARANDIRU: Acórdãos julgados pelo TJSP até dezembro de 1998

Acórdão/ Ap. Cível	Julg.	Órgão julgador	Decisão	A favor da pretensão indeniza- tória ?	Relator	Voto vencido
224.506-1/7	02.05.1995	2.ª Câmara de Direito Público	Unânime	Sim, mas parcialmente	Des. Correia Lima	*****
243.364-1/7	09.04.1996	3.ª Câmara de Direito Público	Unânime	Sim	Des. Pires de Araújo	*****
246.297-1/2	23.04.1996	2.ª Câmara de Direito Público	Unânime	Sim	Des. Corrêa Vianna	*****
250.092-1/1	20.05.1996	6.ª Câmara de Direito Público	Por maioria	Sim	Des. Afonso Faro	Des. Telles Corrêa
262.804-1/5	11.03.1997	1.ª Câmara de Direito Público	Unânime	Sim, mas parcialmente	Des. Carduro Padin	*****
274.952-1/2	13.03.1997	5.ª Câmara de Direito Público	Unânime	Sim, mas parcialmente	Des. Borelli Machado	*****
267.440-1/10	20.05.1997	1.ª Câmara de Direito Público	Unânime	Sim	Des. Demóstenes Braga	*****
9.659-5	18.03.1998	9.ª Câmara de Direito Público	Unânime	Sim	Des. Gonzaga Franches- chini	*****
Embargos Infringentes 250.092-1 na Ap. Cível 250.692-1/1 da 6.ª Câmara de Direito Público	17.11.1997	6.ª Câmara de Direito Público	Por maioria de votos	Sim	Des. Ferreira Conti	Des. Telles Correa

240.511-1/7	03.04.1996	8.ª Câmara de Direito Público	Por maioria	Não	Des. Raphael Salvador	Des. Antonio Villen
240.630-1/0	22.05.1996	8.ª Câmara de Direito Público	Por maioria	Não	Des. Toledo Silva, relator designado	Des. Felipe Ferreira
Embargos Infringentes à AP 240.551-1/9	16.10.1996	8.ª Câmara de Direito Público	Por maioria	Não, parcialmente	Des. Toledo Silva, designado	Des. Felipe Ferreira relator
265.036-1/1	28.04.1997	7.ª Câmara de Direito Público	Por maioria	Não	Des. Walter Moraes	Des. Barreto Fonseca
010658-5/9-00	13.04.1998	7.ª Câmara de Direito Público	Unânime	Não.	Des. Prado Pereira	*****

Na análise dos acórdãos seguintes, o foco de atenção recairá sobre: 1. A fundamentação apresentada, e, em particular, a existência de argumentação na motivação da decisão; 2. A extensão do acolhimento do pedido de indenização por *dano material e moral*, na parte dispositiva do acórdão.

5.2.2.1 *Apelação Cível 224.506-1/7*¹⁵² – Relatório: O Ministério Público, como substituto processual de beneficiários pobres, moveu uma ação ordinária de in-

(152) ApCiv 224.506-1/7. 2.ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Correia Lima. Decisão: unânime. Julg. 02.05.199. Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelada: Ministério Público

Ementa: Reparação de dano *ex delicto*. Ministério Público como substituto processual dos beneficiários pobres. Arts. 129, IX da CF, 68 do CPP e 33, I e IX do DL. Complementar estadual 12/70 (L.O.M.P.). Responsabilidade civil objetiva do Estado. Art. 37, § 6º, da CF. Alegação de culpar a de terceiros (outros presos). Vítima sem atividade laborativa regular lícita (assaltante). Dano moral reconhecido. Procedência parcial. Recursos Voluntário e *ex officio* improvidos.

O Ministério Público tem legitimação extraordinária para, em nome próprio e no interesse do titular do direito, promover a ação civil de reparação de dano *ex delicto*. Os danos sofridos pelo preso devem ser indenizados independentemente da verificação de culpa ou dolo dos servidores do presídio ou de outros encarcerados.

denização pela viúva e dois filhos menores de presidiário morto. Pretendeu condenar a ré a pagar aos beneficiários pensão mensal, despesas de tratamento, luto e funeral, dano moral (a ser arbitrado em 1.500 salários mínimos, sendo 500 para cada substituído) e ônus da sucumbência.

A sentença de primeiro grau foi parcialmente procedente, fixando a indenização por dano moral em 100 salários mínimos. Quanto ao ressarcimento das despesas com tratamento, luto e sepultamento, o pedido foi julgado improcedente, por causa da falta de comprovação dos gastos. No que se refere à pensão mensal, a decisão foi contrária porque o falecido não tinha atividade laboral regular lícita.

Apenas a Fazenda Pública apelou, alegando no mérito, a ausência da responsabilidade civil do Estado e o exagero da indenização. Requereu sua redução para um salário mínimo. O Ministério Público apresentou contra-razões.

Acórdão: O Tribunal reconheceu a responsabilidade objetiva do Estado. Acolhendo como finalidade da operação policial “manter a ordem e a integridade física dos presos”, o acórdão concluiu que: “A Polícia Militar, no entanto, não logrou cumprir satisfatoriamente a determinação, agindo sem prudência e imoderadamente, pois culminou por deixar que fossem exterminados 111 encarcerados”. O Tribunal não acolheu a alegação de que a vítima fora morta por outros detentos, e não por agentes estatais, posto que atingida por arma branca. Afirmou o acórdão que: “É irrelevante que a vítima sob custódia do estado tivesse sido sacrificada não por ação ou omissão dos agentes públicos, mas sim, por outros presos sediciosos”.

Destaca-se no acórdão, de votação unânime, a interpretação de proteção ampla dada ao preceito constitucional seguinte.

“Como diz a Constituição, no art. 5º, inciso XLIV, “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, direito a que corresponde o dever indeclinável do Estado de zelar pela incolumidade dos seus detentos, o que compreende todas as ações necessárias no sentido de proteger o preso de qualquer tipo de agressão, seja de agentes públicos, seja de outros presos, ou de terceiros”.¹⁵³

Com referência ao pedido de indenização destaca-se o seguinte no acórdão. Primeiro, o montante do *dano moral* é mantido em 100 salários mínimos. O preso “não apenas não mantinha atividade laborativa regular lícita, como era também um criminoso”, tendo sido condenado como assaltante por duas vezes.

⁽¹⁵³⁾ O acórdão cita, em reforço à sua interpretação, a doutrina de Yussef Said Cahali sobre a responsabilidade objetiva para cuja configuração “basta o reconhecimento do nexo de causalidade entre o procedimento comissivo ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso verificado como consequência” (CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: RT, 1982. p. 33). Adiciona ainda como apoio jurisprudencial o seguinte: “Incumbe ao estado cuidar da incolumidade dos presos. Os danos por esses sofridos nas prisões devem ser indenizados pela Fazenda do Estado, independentemente do exame de culpa dos servidores do presídio” (RT 556/66).

"No entanto, essa deteriorada e abominável personalidade da vítima para a sociedade, que dela precisou se defender, não justificaria perante sua esposa e filhos, a estimativa de dano moral sugerida pela apelante na quantia escorchante, ao avesso, *data venia*, de um salário mínimo, mantendo-se, pois, o equânime arbitramento efetuado na r. sentença."

Segundo, o Estado não negou a ocorrência do *dano moral*, somente repudiou o montante pedido (1.500 salários mínimos) e sugeriu um salário mínimo. Terceiro, o Tribunal não acolheu os outros pedidos de verba indenizatória – dano material (pois a vítima não era trabalhador) nem foram comprovadas despesas de funeral ou tratamento.

Essa primeira decisão do Tribunal de Justiça é, na prática, importante porque reconhece a legitimidade *ad causam* na defesa das vítimas no caso Carandiru. Por outro lado, é paradoxal que a ampla proteção defendida pela 2ª Câmara de Direito Público quando da interpretação do preceito constitucional (art. 5º, XLIV) resulte numa indenização mitigada e, por consequência, baixa no caso concreto.

5.2.2.2 *Apelação Cível 243.364-1/7*¹⁵⁴ – Relatório: A mãe da vítima morta na invasão é a autora da ação de reparação de danos. O pedido de indenização é por *dano material*, compreendendo pensão mensal e ressarcimento de despesas de funeral, e por *dano moral*, no valor de 500 salários mínimos.

A sentença de primeiro grau julgou o pedido parcialmente procedente e fixou a indenização por *dano moral* em 70 salários mínimos. A indenização por *dano material* foi, porém, negada.

Ambas as partes recorreram da decisão de primeira instância. A Fazenda requereu a improcedência do feito, e a autora reiterou os pedidos de ressarcimento de despesas com funeral e pensão mensal (*dano material*), além de indenização por *dano moral* no montante de 500 salários mínimos.

⁽¹⁵⁴⁾ ApCiv 243.364-1/7. 3.ª Câ. de Direito Público. Rel. Des. Pires de Araújo. Decisão: unânime. Julg. 09.04.1996. Apelante e reciprocamente apelada: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelada e reciprocamente apelante: Maria Aparecida de Aquino.

Ementa: Os depoimentos das testemunhas da ré, em nada altera a responsabilidade do Estado e, no que diz respeito à testemunha arrolada pela autora a prova constante dos autos é suficiente para a valoração dos fatos relevantes que se pretende provar. Indenização. Responsabilidade do Estado. A CF de 1988 em seu artigo XLIX, assim dispõe: "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". O dano patrimonial é indevido. A vítima não tinha emprego fixo e sequer promessa de colocação laboral quando de sua saída do presídio, além de não caracterizada a dependência econômica da autora em relação ao filho, como alegou, nem mesmo o visitava no presídio. Dano moral é indenizável em face do disposto no art. 5º, X da CF. As despesas com o funeral foram pagas por terceiro, portanto, são indevidas. Agravo retido, reexame necessário e voluntário da Fazenda improvidos e provido em parte o da autora.

Acórdão: O Tribunal reconhece no caso a responsabilidade objetiva – independente de culpa dos agentes policiais – do Estado. Mas, o acórdão menciona que a operação policial foi feita *no mínimo* de forma *culposa*.

“A operação, realizada pela Polícia Militar que tem função precípua de defender vidas e manter a ordem, foi feita no mínimo de forma culposa. Lembrem-se, os policiais militares são profissionais e por isso deveriam agir como tal, com efeito, se a situação era gravíssima não deveriam entrar, mas avaliar o perigo, mas a partir do momento que entraram no Pavilhão 9 assumiram todos os riscos de suas ações, e no final da operação, 111 mortes, todas de presos.”

Na parte dispositiva, o *dano material* não foi concedido porque a vítima era desempregada e não trabalhava na prisão. Além disso, a mãe não comprovou a dependência econômica do preso, e ele teria – conforme livro de visitas da prisão – uma “esposa”. Portanto, se coubesse indenização por *danos materiais*, seriam destinados à “esposa”. As despesas de funeral não foram comprovadas, portanto, foram consideradas indevidas. Quanto ao *dano moral*, o critério do *Código Brasileiro de Telecomunicações* é invocado. Afinal, fixou-se o ressarcimento do *dano moral* em 100 (cem) salários mínimos vigentes à época da execução, a serem pagos de uma só vez. Nesse acórdão, o emprego do critério apresentado pelo Código Brasileiro de Telecomunicações serviu para *aumentar* o montante do ressarcimento por *dano moral*.

5.2.2.3 *Apelação Cível 246.297-1/2*¹⁵⁵ – Nessa ação de reparação de danos movida pela mãe da vítima foi pleiteado *dano material* e *dano moral*.

A sentença de primeiro grau não concedeu reparação de *dano material*. Mas acolheu o pedido de *dano moral*.

Na apelação a Fazenda pugnou pelo não provimento da indenização por *dano moral e material*. A autora reiterou seu pedido de ressarcimento por *dano material*.

O acórdão acolheu a tese da responsabilidade objetiva do Estado no caso, e confirmou a sentença de primeiro grau quanto ao montante (não mencionado no

(155) ApCiv 246.297-1/2. 2.ª Câm. de Direito Público. Rel. Des. Corrêa Vianna. Decisão: unânime. Julg. 23.04.1996. Apelante e reciprocamente apelado: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelado e reciprocamente apelante: Florindo Martins Vieira Rodrigues Responsabilidade civil do Estado. Indenização. Dano moral e patrimonial. Rebelião em presídio. Morte de detento. Incidência de dano moral. Dano patrimonial não pode ser outorgado.

Ementa (da redação) – “Mesmo que o presidiário falecido tenha sido indivíduo de conduta reprovável, isso não afasta o sofrimento dos pais. Morto durante revolta em presídio, o dano moral deve ser reparado pelo Estado, que não tem afastada a sua responsabilidade objetiva, ainda que considere a posição dos militares e a dificuldade de sua missão.

O dano patrimonial, por sua vez, não pode ser outorgado, não havendo prova da dependência econômica dos pais”. (RT-730, agosto de 1996. p. 103).

acórdão) da indenização por dano *moral*. Quanto ao pedido de indenização por dano *material*, o acórdão negou a demanda nos termos seguintes:

"Pelo que consta, nos autos, o falecido trazia mais problemas que soluções. Não há prova de que os pais viviam em sua dependência econômica, e sim, ao revés, que estes é que contribuíam com pequenas quantias para ajudar o filho. Os autores residiam em casa de outro filho, sendo que o pai trabalha em 'bicos' como pedreiro e a mãe está registrada em empresa para prestação de serviços gerais."

O acórdão afasta por fim o rigor do juiz de primeira instância que havia considerado a mãe da vítima como "litigante de má-fé", e afirma que não se verifica na autora vontade de alterar os fatos ou mentir em juízo. "Cuida-se de pessoa simples, de instrução rudimentar, podendo suas confusas declarações ser explicadas por essas circunstâncias, aliadas à presença no Tribunal e à renovada dor por voltar ao tema da morte de seu filho".

5.2.2.4 Apelação Cível 250.092-1/1¹⁵⁶ – Relatório: Cuida-se de ação de reparação de danos materiais e morais, proposta pela genitora de ex-detento.

(156) ApCiv 250.092-1/1. 6.^a Câ. de Direito Público. Rel. Des. Afonso Faro. Voto vencido. Des. Telles Corrêa. Decisão: por maioria. Julg. 20.05.1996. Apelante e reciprocamente apelada: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelada e reciprocamente apelante: Ana Clemente Cardoso.

Ementa: Prova – Produção – Desnecessidade – Fato público e notório – Artigo 334 do Código de Processo Civil – Cerceamento de defesa inócurrenente – Preliminar rejeitada.

Indenização – Fazenda Pública – Responsabilidade civil – Morte de detento, por ação policial, durante rebelião na Casa de Detenção – Culpa da vítima não demonstrada – Teoria do risco administrativo – Indenização devida – Sentença confirmada – Voto vencido.

A teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização.

Indenização – Fazenda Pública – Responsabilidade civil – Morte de detento por ação policial – Despesas com funeral – Pagamento por terceiro que não é parte no processo – Irrelevância – Verba devida – Sentença confirmada.

Indenização – Fazenda Pública – Responsabilidade civil – Pensão – Mãe de detento morto por ação policial – Preso que não era arrimo de família – Fixação em um salário mínimo – Verba devida até a idade provável de trinta e cinco anos da vítima – Sentença confirmada – Voto vencido.

Indenização – Fazenda Pública – Responsabilidade civil – Dano moral – Morte de detento por ação policial – Ação proposta pela mãe do falecido – Determinação do *quantum* – Inexistência de normas de caráter objetivo – Razoabilidade da verba de cem salários mínimos – Sentença confirmada.

Indenização – Fazenda Pública – Responsabilidade civil – Morte de detento por ação policial – Pagamento de uma só vez, observado o artigo 100 e § 1º da Constituição da República – Sentença confirmada.

No primeiro grau, a ação foi julgada procedente, condenando a ré a pagar à autora um salário mínimo mensal, desde o evento até quando o falecido completaria 35 anos de idade; cem salários mínimos, a título de dano moral e despesas com funerais.

A Fazenda Pública recorreu alegando nulidade da sentença, por cerceamento de defesa; ausência de responsabilidade do Estado; inexistência de dano patrimonial; indenizabilidade das despesas com funerais, quando suportadas por terceiros; ausência de observância de parâmetros para a fixação de danos morais e fixação excessiva.

Recorre a autora objetivando: a) elevação da indenização patrimonial a 2.4 (dois ponto quatro) salários mínimos mensais enquanto viva for a autora e a elevação do ressarcimento pelo dano moral a quinhentos salários mínimos.

Acórdão: A preliminar de cerceamento de defesa foi descartada, nos termos seguintes:

“Na verdade, as provas pretendidas pela Fazenda se confirmadas, não a beneficiariam. O detento, nessa condição, é entregue ao Estado que tem o dever de proteger-lhe a integridade física. A morte ‘intra muros’, sob a guarda do Estado traz-lhe o ônus da responsabilidade. O ingresso da tropa no presídio, quanto à oportunidade e modo tem, é certo, reflexos até na orla criminal e, no campo do risco administrativo do Estado, traz-lhe o gravame do fato delituoso. A morte do filho da autora ninguém o negou, nem mesmo a Fazenda. Aliás, na preliminar, a Fazenda não disse que prova foi-lhe cerceada, a não ser no que tange, genericamente, à oportunidade única de se demonstrar a verdade dos fatos” (fls. 161/162). Ademais, provas dos fatos vieram e muitas (fls. 28, 47, 50 a 63, 129 a 139). O fato tornou-se público e notório, no âmbito nacional e internacional. O art. 334 do Código de Processo Civil dispensa a prova de tal fato”.

Quanto à alegação de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, o voto da maioria, após citar Hely Lopes Meirelles,¹⁵⁷ recusa-se a acolhê-la.

“É sabido que o motim dos presos, de especial virulência, provocava ação enérgica dos agentes do Estado. Entretanto, também é sabido que nem todos eles estavam na chamada ‘linha de frente’, afrontando e ameaçando os policiais. Muitos se refugiaram em celas, pois a energia dos policiais já produzia efeitos no sentido. Não se perdendo de vista que neste processo se aprecia a situação de desestimular os revoltosos, um só dos detentos, e não a ação de uma coletividade, forçoso é se concluir que não ficou demonstrado que ele tivesse agido objetivamente contra um policial, ou alguns deles, de molde a provocar uma legítima reação. A generalização é inaceitável.”

Na parte dispositiva, o acórdão confirma a sentença de primeiro grau, destacando-se por conceder ressarcimento por dano *material*.

“O dano material, fixado em um salário mínimo, até a idade provável de 35 anos da vítima, foi determinado com acerto pois, conquanto ínfima a importân-

(157) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 10. ed. São Paulo: RT, p. 551.

cia, a Constituição Federal elegeu-a como capaz de suprir as necessidades básicas (art. 7.º, IV), com a ressalva de que tal salário seja o 'fixado em lei'. Nem a Constituição Federal estaria utópica mas, a lei que o mantém. Observe-se, neste passo, que o falecido não era arrimo de família, nem da genitora, posto que detento. Tinha, por outro lado, mais quatro irmãos (fl. 110), de tal forma que, se a sorte lhe propiciasse a recuperação - esta utópica - teria outros colaboradores na manutenção da autora. Os ganhos que auferia, antes do ingresso na cadeia, por vínculo empregatício, de mais de dois salários, não justificam a majoração, até porque, condenado, já estava no desemprego, talvez a consequência do lúgubre e inaceitável desfecho.

Somente nessa parte divergiu o Douto Terceiro Juiz sustentando que, do presumido rendimento de um salário mínimo, a pensão cabível seria de dois-terços daquele parâmetro posto que um-terço seria a parte que o filho da autora consumiria com a sua subsistência.

Por isso, a divergência parcial se resumiu no provimento parcial ao apelo voluntário da Fazenda do Estado de São Paulo e recurso oficial para reduzir a indenização pelo dano material para dois-terços, mantidas todas as demais disposições da r. sentença de Primeiro Grau."

A indenização por dano *moral* foi mantida em cem salários mínimos:

"A indenização pelos danos morais, fixada em cem salários mínimos - conquanto não pretendam remunerar a dor, porque o *pretium doloris*, por falecimento, não se quantifica, objetivam dar uma satisfação do Estado à autora, no caso, mãe do falecido - permanece. O Magistrado pautou-se por manifestações jurisprudenciais e doutrinárias (fls. 153/157), se é certo inexistirem normas de caráter objetivo que autorizem a determinação do *quantum*, o que propicia mensuração subjetiva, não menos certo é o fato de que não se presta, a indenização, ao enriquecimento por automatismo. Há mais a se considerar: O Estado não é um ente inanimado. Anima-o, move-o o povo, os que labutam, os que trabalham. Os ressarcimentos que Ele paga decorrem da produção dos trabalhadores, de qualquer seara, mas trabalhadores. A imprudência, negligência ou imperícia da Administração, infelizmente traz consequências aos cidadãos contribuintes e trabalhadores. Por isto, o ressarcimento por uma vítima tange centenas de outras. A moderação é devida e, neste quadro, vê-se afastada a hipótese do pedido de majoração a quinhentos salários mínimos.

Ao determinar o pagamento 'de uma só vez' pretendeu o Magistrado propiciar o efeito desejável com a indenização e, como é evidente, observado o preceito contido no art. 100 e § 1.º, da Constituição Federal. Em caso contrário, estar-se-ia impingindo, juntamente com a indenização, diminuição patrimonial indevida, pelo parcelamento."

Por último, concede-se o pagamento por despesas de funeral.

"Embora suportadas por terceira pessoa que não a autora, é comum que, nestas ocasiões de profunda dor, os amigos tomem a dianteira e assumam, momentaneamente, tais despesas. Estas, foram comprovadas (fl. 47), portanto, devidas".

Deve-se observar que houve um voto vencido (Des. Telles Correa) que possibilitou o Embargos Infringentes 250.092-1, que está no item 5.2.2.9 abaixo.

5.2.2.5 *Apelação Cível 262.804-1/5*¹⁵⁸ – Os autores da ação de indenização são os pais da vítima, e pedem indenização por *danos morais e materiais*, esses abrangendo pagamento de pensão mensal e despesas com funeral.

A sentença de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido, sendo condenada a Fazenda ao pagamento de verba por *danos morais*, fixada em 200 salários mínimos, ao ressarcimento de despesas com o funeral e ao pagamento de pensão mensal, estipulada em valor equivalente a 2/3 de um salário mínimo, a partir da data do óbito até os 25 anos da vítima.¹⁵⁹ Quanto ao fundamento para a concessão da pensão pelo julgador de primeiro grau destaca-se o seguinte argumento. Ao ser preso, a vítima residia com os pais e contribuía para o sustento da casa, ao trabalhar com o pai como vendedor de frutas. A renda estimada nesse trabalho foi de um salário mínimo. O juiz entendeu ser razoável a fixação da pensão em valor equivalente a um salário mínimo (renda estimada), menos um desconto de 1/3 do salário mínimo para despesas pessoais. Ou seja, o juiz arbitrou a verba em 2/3 do salário mínimo até os 25 anos da vítima, “porque nessa idade, natural o alimentante assumir nova situação na sociedade, constituindo família e novos encargos, impeditivos da continuidade da mesma contribuição, abrindo desvinculação e emancipação”. E conclui o juiz: “Não faz sentido, no quadro exposto, a extensão do benefício até sessenta e cinco anos de idade da vítima, posto que se havia contribuição, não se caracteriza impossibilidade para o trabalho e de auto-sustento dos beneficiários”.

Ambas as partes recorrem na apelação. Os autores postulam a elevação da pensão para 1,2 salário mínimo, com termo final aos 65 anos da vítima falecida e, ainda a fixação da verba pelos *danos morais* em 500 salários mínimo para *cada Autor*. A Fazenda pugnou pela exclusão do *dano material* e pela fixação da indenização por *danos morais em quantia simbólica de um salário mínimo*.

O acórdão acolheu a tese da responsabilização objetiva no Estado no caso, e repudiou as alegações da Fazenda de que os policiais agiram em legítima defesa ou regular exercício de direito. Afirma o acórdão: “A necessidade da intervenção, da forma como foi feita, com os materiais, armas e meios utilizados, não convence, mesmo porque não eram iguais as forças antagônicas”. Não evidenciou também culpa da vítima. Enfim, o acórdão aceitou como correta a solução de primeiro grau quanto à responsabilidade de indenizar.

(158) ApCiv 262.804-1/5. 1.ª Câ. de Direito Público. Rel. Des. Cauduro Padin. Decisão: unânime. Julg. 11.03.1997. Apelante e reciprocamente apelada: Mário Ramos e outra. Apelada e reciprocamente apelante: Fazenda do Estado de São Paulo.

Ementa: Responsabilidade Civil do Estado. Casa de Detenção. Pavilhão 9. Rebelião reprimida pela Polícia militar. Mortes de detentos. Ausência de legitimidade pelo excesso. Responsabilidade objetiva. Excludentes. Indenização por dano patrimonial e moral. Em que pese certa a prova da dependência e auxílio anterior, ausente ganho atual e coincidindo a liberdade com o término do benefício, não há motivo para pensão. Dano moral devido. Dor presente, além de presumida. Valor reduzido. Pensão excluída. Despesas de funeral devidas. Ação procedente. Recurso dos autores improvido. Provido em parte os demais.

(159) A vítima tinha 22 anos ao falecer na invasão do Carandiru.

Na parte dispositiva, o acórdão negou provimento aos autores, dando provimento em parte ao recurso da Fazenda Pública. O acórdão nega a indenização por *dano material* porque o preso não trabalhava nem tinha remuneração na prisão, sendo ainda frágil a prova de dependência dos pais. A pensão mensal, portanto, não se justificaria. O pagamento das despesas de funeral foram aprovadas porque os autores tinham documentos probatórios. Por fim, quanto aos *danos morais* o acórdão *reluziu o montante* concedido pela sentença de primeiro grau. O acórdão expõe a seguinte argumentação:

“A fixação deve ser uma compensação ou um benefício de ordem material, ensejando lenitivo ao lesado ou então ensejando distrações ou prazeres que de algum modo possam afastar ou aliar a dor provocada, bem como uma repressão ou sanção ao causador do dano.

Isto só afasta a indenização simbólica, como a de salário mínimo, como ainda, não autoriza o montante despropositado, montante este não constante da sentença, de modo a impor um aumento patrimonial ou a elevação social. A fixação de 100 salários mínimos não transborda do razoável e nem é radical na situação estabelecida. *Esse montante aliás está previsto no Código Brasileiro de Telecomunicações, art. 84, § 1.º, da Lei 4.117/62.* Sem fundamento, a propósito por estar no outro extremo, a pretensão recursal de elevação para 500 salários mínimos. Também sem fundamento tal valor para cada autor e sim ao casal, pois lesados em conjunto e ressarcidos da mesma forma, em valor suficiente e adequado, ou seja 100 (cem) salários mínimos” (grifos nossos).

Esse acórdão adota o critério do *Código Brasileiro de Telecomunicações, art. 84, § 1.º, da Lei 4.117/62* para fixação do *dano moral*. Esse critério consta de uma lei que está parcialmente revogada, e *justamente no ponto adotado pelo Tribunal de Justiça*.⁽¹⁶⁰⁾ O dispositivo invocado pelo acórdão prevê a reparação de *dano moral por calúnia, difamação ou injúria, divulgada pela imprensa*, e dispõe que o montante da reparação não será inferior a cinco nem superior a cem salários mínimos.⁽¹⁶¹⁾ Causa perplexidade que seja invocado para arbitrar o *dano moral* sofrido pelos

(160) Os artigos 58 a 99 do *Código Brasileiro de Telecomunicações* foram revogados pelo Decreto-lei 236 de 28.02.1967. Cf. STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 3. ed. São Paulo: RT. p. 627.

(161) Cf. São os seguintes artigos do *Código Brasileiro de Telecomunicações* que estão articulados: “Art. 81 – Independentemente da ação penal, o ofendido pela calúnia, difamação ou injúria cometida por meio de radiodifusão, poderá demandar, no Juízo Cível, a reparação do dano moral, respondendo por este, solidariamente, o ofensor, a concessionária ou permissionária, quando culpada por ação ou omissão, e quem quer que, favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para ele”.

“Art. 84 – Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa. § 1.º O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País.”

familiares de um *detento morto* por ação policial o critério que originariamente foi estipulado para um problema tão diverso.¹⁶² O resultado prático é que esse critério serve para reduzir o montante devido como ressarcimento do dano moral.

5.2.2.6 *Apelação Cível 274.952-1/2*¹⁶³ – Relatório: Ação é promovida por filha menor de preso falecido, representada por seu avô. Pleiteia-se indenização por *danos morais* e *materiais*, nessa incluídos o pagamento de uma pensão mensal e despesas com funeral.

A sentença de primeiro grau julgou o pedido parcialmente procedente, com a condenação da Fazenda a pagamento de pensão mensal, fixada no correspondente a dois-terços do que recebia a vítima à época da prisão e 500 salários mínimos a título de indenização por *danos morais*. O pedido de pagamento de despesas com funeral foi rejeitado.

Ambas as partes apelaram. A autora insistiu no pedido de ressarcimento das despesas do funeral, solicitando ainda a fixação da pensão em 80% dos ganhos do falecido. A Fazenda pugnou pela total improcedência do pedido.

Acórdão: É reconhecida a responsabilidade objetiva do Estado no caso. “O genitor lá se encontrava preso, cumprindo pena, falecendo em razão de ferimentos

(162) O Des. José Carlos Barbosa Moreira ao justificar, como relator, em acórdão visto como *leading case* na adoção desse critério para o dano moral por morte, pelo menos no Rio de Janeiro, escreveu: “Considerando-se as circunstâncias do caso, adotando-se a técnica do *quantum* fixo, com razão dita preferível por Yussef Said Cahali. *Dano e indenização*. São Paulo, 1980. p. 67, e levando-se em conta que o Código Brasileiro de Telecomunicações, no art. 84 § 1.º, para as hipóteses de calúnia, difamação ou injúria, prevê limites de 5 a 100 salários mínimos, afigura-se razoável, na espécie, arbitrar o dano moral nesse limite máximo, já que normalmente não se há de supor menos grave o produzido pela morte de um filho que o causado por ofensa à honra”. In ApCiv 1350, 5.ª Câ. Cível do TJ-RJ, Sessão de 27.05.1986. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito Aplicado: acórdãos e votos*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 276.

(163) ApCiv 274.952-1/2. 5.ª Câ. de Direito Público. Rel. Des. Borelli Machado. Decisão: unânime. Julg. 13.03.1997. Apelante e reciprocamente apelada: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelada e reciprocamente apelante: Roberta Fróes Inojosa, menor, representada pelo avô José Ferreira Inojosa.

Ementa: Responsabilidade Civil do Estado. Morte de presa na rebelião das Casa de Detenção, ocorrida em 02.10.1992.

Ação promovida por filha menor do preso falecido pleiteando indenização por danos materiais (pensão mensal) e por danos morais, bem como ressarcimento com despesas com funeral.

Teoria do risco administrativo. Inocorrência de atenuante ou excludente.

Ação procedente em parte, condenada a Fazenda Estadual a pagar pensão mensal, até a maioria da autora, equivalente a dois-terços do salário do falecido, como se apurar em liquidação; cem (100) salários mínimos com indenização por danos morais.

Despesas com funeral excluídas por não comprovadas.

que teve durante a ação policial realizada para acabar com a rebelião”. Mais ainda: “*É que não há prova alguma de que o pai da autora estivesse dentre os amotinados*, o que afasta a possibilidade de se cogitar da culpa exclusiva ou concorrente sua para a morte que lhe adveio” (grifado no original). O relator conclui a fundamentação: “Inexistindo prova da participação do pai da vítima, a responsabilidade por sua morte se insere dentro da responsabilidade objetiva do estado, o que prejudica a apreciação das alegações de legítima defesa e de estrito cumprimento do dever legal”.

Quanto ao pedido de indenização, no entanto, decide-se o seguinte. Primeiro, que 2/3 terços do salário que a vítima recebia antes de ser preso é uma verba de valor adequado para a pensão mensal até a maioridade da autora. Rejeita-se, portanto, a ampliação da verba para 80% dos ganhos do falecido. Segundo, as despesas do funeral não foram suportadas nem pela Autora nem por seu tutor, não se justificando sua inclusão na indenização. Terceiro, quanto ao montante dos *danos morais* – que a sentença de primeiro grau fixara em 500 salários mínimos – o Tribunal decide *reduzi-lo a 100 salários mínimos*, seguindo “o montante que se adotou nos embargos Infringentes 240.511-1/9-01, em indenização relativa a fatos acontecidos na mesma rebelião”.

Esse acórdão curiosamente reconhece que: “Mensurar o *dano moral* é tarefa árdua, quase impossível”. E se socorre da doutrina para afirmar que “a reparabilidade do dano moral assenta-se mais no sentido de que o pagamento em dinheiro, ao invés de objetivar um recomposição do desequilíbrio causado pelo fato lesivo, representa uma sanção ao causador do fato, sanção essa que pode traduzir-se em dinheiro” (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação por danos morais*. 2. ed., p. 63). Paradoxalmente, ao decidir a questão desfaz o caráter punitivo da indenização por *danos morais* devida pelo Estado ao reduzir o valor da verba da sentença de primeiro grau de 500 salários mínimos para 100 salários mínimos.¹⁶⁴

5.2.2.7 *Apelação Cível 267.440-1/0*¹⁶⁵ – Relatório: Trata-se de ação de ressarcimento de dano intentada por mãe de detento morto na invasão do Carandiru. Pleitea-se indenização por *danos materiais* – incluindo lucros cessantes e emergentes – e *danos morais*.

A sentença de primeiro grau julgou o pedido parcialmente procedente e condenou a Fazenda ao pagamento de verba por *danos morais*, fixada em 40 salários mínimos.

(164) Lamentavelmente isso acontece freqüentemente como os advogados experientes podem constatar.

(165) ApCiv 267.440-1/0. 1.ª Câ. de Direito Público. Rel. Des. Demóstenes Braga. Decisão: unânime. Julg. 20.05.1997. Apelante e reciprocamente apelada: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelada e reciprocamente apelante: Luiza da Costa da Silva. Ementa: Responsabilidade civil. Vítima de rebelião ocorrida na Casa de Detenção do Estado. Cabimento de dano moral. Violação do artigo XLIX do artigo 5.º da Constituição Federal. Reparação confirmada. Pensão reclamada pela mãe do preso falecido na rebelião, com base em ajuda não comprovada. Descabimento sem prosa de atividade laborativa estancada e de dependência econômica. Recursos improvidos.

A Fazenda apelou ao Tribunal de Justiça, e a autora recorreu adesivamente. A Fazenda postulou a redução do valor da indenização. A autora, por sua vez, pediu o aumento do montante da indenização dos *danos morais*, e para que fosse incluída na condenação lucros cessantes e emergentes até quando a vítima completasse 65 anos.

O acórdão acolheu a tese da responsabilização objetiva do Estado, seu dever de garantir a integridade física e moral do detento. Argumentou-se que:

“Com efeito, é dever do Estado como guardião daqueles que cometeram infração penal e estão sob sua custódia carcerária exercer todas as providências para resguardá-los de atos temerários dos próprios agentes, não obstante atuando no sentido de apaziguar o motim, porquanto, o surgimento deste resulta da própria ineficiência do sistema carcerário que deixa de oferecer condições adequadas a tarefa de sua alçada específica”.

Na parte dispositiva do acórdão foi negado provimento a ambos os recursos. Quanto ao *dano material*, incluindo os lucros cessantes e emergentes até quando a vítima tivesse 65 anos de idade, a pretensão foi tida como descabida. Inexistia prova de atividade laborativa do preso que tivesse sido interrompida com sua morte e faltava evidência de dependência econômica da autora em relação à vítima. E argumentou-se que:

“Perante a apelante, o falecido representava causa de despesa e não fonte de contribuição lícita, auxílio garantidor de subsistência, ainda que parcial, o que bem mostra inexistir dano de responsabilidade estatal a ser arbitrado, pois, o evento morte não pode ser causa de enriquecimento indevido e tampouco alimentar esperanças baseadas em conjecturas existentes ao desamparo de qualquer prova objetiva”.

Quanto ao *dano moral*, o valor da verba de 40 salários mínimos foi considerado adequado, tendo em vista “as condições particulares de vítima e autora”. O paradigma apresentado pela autora para obter o aumento do montante indenizatório foi rejeitado. Tratava-se de uma vítima de ação policial, alvejada no interior de sua residência, quando sofria constrangimento de seqüestro, que a polícia não soube dominar. O relator argumenta que a pessoa do paradigma oferecido era “cult, trabalhadora e benquista no seu meio social, pormenores inexistentes no caso do filho da apelante”.

5.2.2.8 *Apelação Cível 9.659-5*¹⁶⁶ – Relatório: Trata-se de ação movida pelos pais do detento morto objetivando a condenação do Estado de São Paulo ao

(166) ApCiv 9.659-5. 9.^a Câ. de Direito Público. Rel. Des. Gonzaga Franceschini. Decisão: unânime. Julg. 18.03.1998. Apelante e reciprocamente apelada: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelado e reciprocamente apelante: Almerindo Palmijano.

Ementa: Indenização. Responsabilidade civil. Morte de detento, por ação policial, durante rebelião na Casa de Detenção. Agentes que agiram com exagero e de forma no mínimo culposa. Responsabilidade objetiva do Estado, sob a modalidade de risco administrativo. Considerações a respeito. Sentença confirmada.

pagamento por indenização por danos *patrimonial e moral* e por despesas com o funeral do filho.

A sentença de primeiro grau julgou a demanda parcialmente procedente, condenando o réu a pagar a cada autor o equivalente a quinhentos salários-mínimos, a título de indenização por *dano moral*, afastando porém os pedidos relacionados aos *danos materiais* e às despesas com o funeral.

Irresignadas, as partes apelaram. O réu postulou a integral improcedência da ação. Os autores pleitearam a condenação da parte contrária ao pagamento, também, da indenização por *dano material*, com fixação da pensão mensal em 1,2 salário mínimo, correspondente a 80% dos ganhos da vítima, mais as despesas concernentes ao funeral.

Este acórdão reconhece a responsabilidade civil do Estado nos acontecimentos do Carandiru com certa eloquência e indignação.

“O filho dos autores e mais cento e dez detentos – segundo dados oficiais – morreram durante o triste e vergonhoso episódio conhecido como ‘massacre do Carandiru’, fato que teve enorme repercussão no Brasil e no estrangeiro, denegrindo profundamente a imagem do País.”

O acórdão menciona que a atuação policial evidenciou exagero e a “forma culposa com que agiu a Polícia Militar”.

“Ao invés de objetivar principalmente a ordem e a salvação de vidas humanas, a ação policial resultou em, no mínimo, cento e onze mortes, só de detentos, num dos maiores, se não o maior, massacre da história carcerária mundial.

Apesar de alguns presos estarem precariamente armados com estiletes e uns poucos com armas de fogo, sabe-se que muitos deles foram mortos quando estavam nus ou agachados ou deitados no chão ou quando procuravam abrigo em

Indenização. Fazenda Pública. Responsabilidade civil. Morte de detento, por ação policial. Vítima que, após a prisão, não mais colaborou para o sustento da família. Prejuízo não demonstrado. Indenização por dano material não devida. Recurso não provido. *Inexistindo prova de prejuízo, não há como indenizar dano hipotético.*

Indenização. Fazenda Pública. Responsabilidade civil. Morte de detento, por ação policial. Despesas de funeral. Documento comprobatório em nome de terceiro. Reembolso a quem efetuou o pagamento não efetuado. Verba não devida. Sentença confirmada.

Indenização. Fazenda Pública. Responsabilidade civil. Dano moral. Morte de filho detento, por ação policial. Irrelevância, na ótica dos pais, fosse considerada um criminoso pela sociedade. Danos detectáveis à própria experiência. Verba devida. Sentença confirmada. *Quando atingidos direitos personalíssimos, com a vida humana, os danos são detectáveis à luz da própria experiência.*

Indenização. Fazenda Pública. Responsabilidade civil. Dano moral. Morte de detento por ação policial. Ação ajuizada pelos pais. Circunstâncias que autorizam a redução do *quantum* em sua metade. Recurso provido para esse fim. *Em se tratando de reparação civil por danos morais, deve-se atentar para as condições das partes, a gravidade da lesão, sua repercussão, a culpa do agente e as circunstâncias fáticas.*

suas celas, circunstância que bem demonstra o exagero e a forma no mínimo culposa com que agiu a Polícia Militar”.

O relator do acórdão conclui que:

“Assim, apesar de ser objetiva a responsabilidade do Estado, não há como deixar de reconhecer, no caso em exame, *a sua culpa pelas mortes das pessoas que estavam sob sua guarda e responsabilidade dos seus agentes, apesar do tumulto*” (grifos nossos).

“A ação policial foi sem dúvida, violenta, truculenta e desproporcional. E, como se sabe, o excesso configura ato abusivo e, portanto, ato ilícito.” (grifos nossos)

Na parte dispositiva do acórdão, primeiro, nega-se a fixação de indenização por *danos materiais*, ante a ausência de prejuízo. Após a prisão, o detento não mais colaborou para o sustento de sua família. Ademais, o autor é aposentado e recebe provento – argumenta o relator – suficientes para sua subsistência e de sua mulher. Igualmente não foi comprovada as despesas com o funeral, cujo documento exibido está no nome de terceira pessoa e nada indica ter havido reembolso a quem efetuou o pagamento.

Quanto aos danos *morais*, a Constituição assegura essa indenização. Mas o acórdão ao fixar o valor indenizatório por *dano moral* tece inúmeras considerações, entre outras que: “Em se tratando de reparação civil por danos morais, deve atentar o Julgador para as condições das partes, a gravidade da lesão, sua repercussão, a culpa do agente e as circunstâncias fáticas”. Após digressão sobre várias considerações, há *um trecho surpreendente por sua total franqueza*.

“Finalmente, a indenização não pode ser meramente simbólica, de modo a perder o caráter punitivo, como também não pode ser excessiva, a ponto de gerar um verdadeiro enriquecimento dos autores e insuportável penalização da Administração ou, em última análise, dos que lhe pagam impostos *já que não é da tradição brasileira a responsabilização regressiva dos agentes causadores de danos*” (grifo nosso).

O que se constata nesse acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo é que existe uma prática institucional, por parte do Ministério Público, de não se mover as ações regressivas, *que estão previstas no art. 37, § 6.º da Constituição de 1988*, contra os agentes públicos que de forma culposa ou dolosa causam danos a terceiros. Por que isso ocorre? Esse também não seria mais um exemplo de que a democratização do Estado brasileiro ainda não se efetuou completamente, e que seus agentes continuam a não ser civilmente responsabilizados?

Surpreendente, enfim, é a decisão que depois de dramaticamente afirmar a responsabilidade civil do Estado e o dever de ressarcimento do *dano moral*, estipula que:

“Em razão dessas circunstâncias todas, razoável a redução do *quantum indenizatório fixado na sentença em sua metade, de modo a caber a cada autor a indenização no valor equivalente a duzentos e cinquenta salários mínimos*”. (grifos no texto original do acórdão)

5.2.2.9 *Embargos infringentes 250.092-1*¹⁶⁷ – Relatório: Trata-se de ação ordinária de reparação de danos materiais e morais proposta por mãe de detento morto. Os embargos infringentes são interpostos com base no voto vencido do desembargador Telles Côrrea que julgou improcedente o pedido no julgamento da apelação.

O acórdão afirma que os excessos cometidos pelos policiais enquadram o caso no âmbito da responsabilidade civil do Estado. Seria admissível a demonstração de culpa da vítima seja para excluir ou mitigar a indenização devida pelo Estado. No caso, no entanto, o Estado não comprovou que o filho da autora tivesse enfrentado os policiais ou participado ativamente na rebelião.

Na parte dispositiva, o acórdão reafirma a sentença de primeira instância favorável à autora.

Observação: ver a ApCiv 250.092-1 no item 5.2.2, acima.

5.2.2.10 *Apelação Cível 240.511-1/7*¹⁶⁸ – Relatório: Trata-se de ação indenizatória movida por mãe de detento morto que pleiteia a condenação da Fazenda

(167) EI 250.092-1 na ApCiv 250.092-1, da 6.ª Câ. de Direito Público. Rel. Des. Ferreira Conti. Decisão: por maioria de votos. Julg. 17.11.1997. Embargante: Fazenda do Estado de São Paulo. Embargada: Ana Cardoso Clemente (Assistência Judiciária).

Indenização. Fazenda Pública. Responsabilidade civil, morte de detento, por ação policial, durante reunião na Casa de Detenção. Culpa da vítima não demonstrada. Teoria do risco administrativo. Indenização devida. Embargos rejeitados.

Ementa oficial: Ordinária. Responsabilidade civil do Estado. Pleito de indenização de mãe que teve seu filho falecido, quando do tumulto na Penitenciária do Estado, no ano de 1992. Responsabilidade do Estado pela guarda do preso, segundo artigo 5.º, inciso XLIX, da Carta Magna. Embargos rejeitados.

(168) ApCiv 240.511-1/7. 8.ª Câ. de Direito Público. Rel. Des. Raphael Salvador (designado). Voto vencido: Des. Antônio Villen. Decisão: por maioria. Julg. 03.04.1996. Apelante e reciprocamente apelada: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelada e reciprocamente apelante: Judite Beltrame de Oliveira.

Ementa: Responsabilidade civil do Estado. Indenização. Rebelião no presídio do Carandiru. Culpa das vítimas. Dano moral. Descabimento. Declaração de voto vencido.

Ementa da redação: Diante da questão da rebelião do presídio do Carandiru, surge a responsabilidade da Administração Pública pela guarda que tem dos condenados na Penitenciária do Estado.

Dentro da teoria do risco administrativo, porém demonstrada a culpa das vítimas descabe qualquer indenização, impondo-se a improcedência total da ação, reconhecendo-se que a Polícia Militar agiu no cumprimento de seu dever.

Ementa pelo voto vencido, pela redação: É tradicional e notória a negligência do Estado com relação ao sistema carcerário.

a pagar indenização por *danos morais* no valor de 500 salários mínimos e ressarcimento das despesas de funeral.

A sentença de primeiro grau julgou procedente em parte a ação e condenou a Fazenda a pagar 100 salários mínimos à autora.

A Fazenda ofereceu recurso. Alegou que houve cerceamento de defesa, o que implica nulidade da sentença. Quanto ao mérito afirmou que o ingresso da polícia militar no presídio foi necessário em razão da rebelião existente. Houve injusta agressão por parte dos presos e reação dos policiais. Por isso, não há dever de indenizar. Mais ainda, alegou que a indenização foi fixada em quantia excessiva. Por tudo isso, pediu provimento ao recurso para que a ação seja julgada improcedente.

A autora também recorreu de parte da sentença. Pretendeu que a indenização fixada na sentença não garante a efetiva reparação do *dano moral*. Devia ser aumentada para quantia equivalente a 500 salários mínimos. Por outro lado, deveriam ser incluídas na condenação despesas com funeral, demonstradas documentalmente nos autos. Para tais finalidades, pediu a reforma da sentença.

O desembargador Raphael Salvador foi o relator designado para o *voto da maioria*. O pretendido cerceamento de defesa da Fazenda não é acolhido diante do provimento total que se dá ao seu recurso, o que toma prejudicado o pedido de provas.

Quanto ao mérito, o voto reafirma que a responsabilidade da Administração é por risco administrativo, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Hely Lopes Meirelles é citado para apoiar a tese.¹⁶⁹

Argumenta o relator des. Raphael Salvador:

“Aqui todos sabem que o motim dos presos foi por eles iniciado, dentro do presídio do Carandiru, tomando funcionários como reféns, botando fogo nos colchões e celas, derrubando portas, acabando com salas administrativas e ameaçando a segurança geral, tanto dos que estavam dominados, como dos demais presos, em número superior a 6.000, que não participaram da rebelião. Havia ainda perigo para a coletividade, na hipótese de fuga dos amotinados, elementos perigosos, que ocupavam o pavilhão destinado aos presos de maior periculosidade.

A Polícia Militar foi chamada e precisava intervir, pois esta é sua função. Eu não queria e acredito que nenhum habitante de São Paulo poderia desejar que a polícia ficasse quieta e deixasse que os amotinados vencessem e fugissem.

Quando ocorreu a rebelião do Carandiru, o dever do Estado de assegurar a integridade física e moral dos presos, previsto no art. 5.º, XLIX, da CF, era letra morta ao menos quanto àquele estabelecimento.

Não deve ser elidida a responsabilidade do Estado, não havendo que se falar em etapa exclusiva ou concorrente da vítima.

Existe, outrossim, o dano moral, pois a dor pela perda de filho é presunção de caráter absoluto. (RT/730, agosto 1996. p. 94)

⁽¹⁶⁹⁾ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT. p. 551.

A intervenção da Polícia Militar não foi o ato inicial de toda a briga, mas foi a consequência da rebelião que se espalhava perigosamente. A polícia precisava entrar e sabia que iria enfrentar os piores condenados, aqueles que nada mais tinham na vida a perder. Os chefes da Polícia Militar tentaram dialogar e forçar os presos a se entregar, mas nada conseguiram.

Receberam os policiais ordens de invadir a Penitenciária, o Pavilhão 9, e sabiam que enfrentariam presos armados com estiletes e algumas armas de fogo, dispostos a tudo.

O que desejaria a autora que os militares fizessem? Que se submetessem aos presos, que se deixassem matar ou que aceitassem que sobre eles fossem jogados frascos e panos com sangue que os presos tiravam de si e diziam que portavam o vírus da Aids?

A atuação da Polícia Militar não pode ser medida aqui em processo que foi feito tranquilamente, em escritórios e nos fóruns, mas sim naquela cena dantesca de incêndio, destruição e violência. Havia ação violenta dos presos e havia reação da polícia, que precisa ser entendida como de homens que se defendiam dentro do inferno que se transformou o referido pavilhão.

Dizem que o Estado não cumpriu bem sua função de guarda dos presos sob sua custódia. Mas, o que dizer-se de um País onde o trabalhador ganha cem reais por mês para sustentar sua família e o Estado não pode ajudá-lo! No entanto, esse mesmo Estado é obrigado a gastar quase cem reais *diários* para a remuneração de cada preso, além de manter grandes presídios e penitenciárias, com guardas, funcionários administrativos, médicos, enfermeiros, numa tentativa de ajudá-los a suportar anos de prisão.

O que poderia fazer o Estado para evitar tão grande rebelião, que ainda trazemos em nossas retinas como uma das mais graves da história penitenciária brasileira? Será que tem culpa o Estado de os presos se amotinarem, de desejarem fugir, de desejarem matar todos que se coloquem entre eles e a rua? A culpa foi das vítimas, que iniciaram a rebelião, que destruíram todo um pavilhão do Carandiru e que forçaram a sociedade, por meio de sua Polícia Militar, a se defender. Não poderiam ter direito algum a qualquer indenização, como não podem seus parentes buscar uma indenização por uma ato doloso de autoria das vítimas”.

Quanto à compensação por *dano moral*, o relator também é contundente:

“Além disso, não tem a autora qualquer direito à indenização por dano moral pela morte do filho, pois dele totalmente separada, distante, sem ligação. Nunca foi visitá-lo, nunca foi anteriormente por ele visitada e o fato de ser dele mãe não lhe garante o direito a que se reconheça uma dor moral que, na situação em que a família vivia separada, exigia prova que não foi feita”.

Na parte dispositiva final, o relator conclui:

“Por todo exposto, pelo meu voto dou provimento ao recurso voluntário da Fazenda e ao oficial, para julgar improcedente a ação de indenização, *reconhecendo que a Polícia Militar agiu no cumprimento do seu dever, que ali não poderia ser outro senão o domínio da rebelião*” (grifos nosso).

A declaração do *voto vencido* do Des. Antonio Villen estabelece um notável contraditório com a argumentação desenvolvida no *voto vencedor* acima apresentado.

Primeiro, o Des. Villen repudia a argumentação da Fazenda de que houve “cerceamento de defesa e que se lhe tivesse sido concedida oportunidade de produzir provas, demonstraria que a ação do Estado consistiu em reação à agressão injusta praticada pelos presos, entre os quais se encontrava o filho da autora”.

O Des. Villen argumenta que, ao contrário, na Casa de Detenção a causa primeira dos distúrbios ocorridos se encontra no “sistemático descumprimento” pelo Estado da garantia constitucional da integridade física e moral dos presos.

“Com efeito, o próprio número de pessoas envolvidas na rebelião impede que seja ela atribuída a um ou outro elemento. Mais, ainda que o fato pudesse ser atribuído ao filho da autora, a responsabilidade do Estado não seria elidida. É tradicional e notória – e fatos notórios não dependem de prova – a negligência do Estado com relação ao sistema carcerário. Quando ocorreram os fatos em discussão, havia tempo que era de conhecimento público que as condições da Casa de Detenção a tornaram um verdadeiro barril de pólvora. O dever do Estado de assegurar a integridade física e moral dos presos, previsto no art. 5.º, XLIX, da CF, era letra morta na época dos fatos, pelo menos quanto àquele acontecimento.

Foi o sistemático descumprimento dessa norma constitucional a causa primeira dos tristes acontecimentos de 1992. Evidente, por isso, que não faz sentido a alegação da ré de que poderia provar o envolvimento do filho da autora e, desse modo, excluir a responsabilidade do Estado. A prova seria inútil, pois o dever de indenizar decorre dos fatos notórios veiculados por todos os órgãos de comunicação, antes e depois do evento. E tais fatos, repita-se, consistem no descumprimento da norma já mencionada. É inegável que a tragédia não teria ocorrido, se o estabelecimento carcerário apresentasse o mínimo de decência para preservar a integridade dos detentos.”

O Des. Villen questiona, em suma, quem é a parte que comete *injusta agressão* e aponta a irrelevância da alegação de “culpa exclusiva ou concorrente da vítima” no caso Carandiru.

“Saliente-se, outrossim, que é de manifesta improcedência a alegação da ré de que o Estado, por seus agentes, reagiu a uma injusta agressão. Como já consignado, a rebelião não foi ato individual de um ou outro preso. Foi um verdadeiro motim, que, evidentemente, não pode ser atribuído ao filho da autora. *Deve ser atribuído ao já referido descaso do Estado – aqui, sim, a injusta agressão com o sistema prisional*. Por isso, ainda que se pudesse afirmar que a ação da polícia naquele momento, restringiu-se ao necessário para encerrar a rebelião, ainda assim o pedido teria de ser acolhido. Isso porque, sob qualquer aspecto que se considere a questão, não há que falar em culpa exclusiva ou concorrente da vítima para excluir ou atenuar a responsabilidade do Estado” (grifos nosso).

O voto do Des. Villen afirma que o julgador de primeiro grau acertadamente concluiu pelo reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, e leciona que não cabe *na via cível* se questionar se houve, ou não, conduta culposa dos policiais militares: essa indagação é relevante para a *responsabilidade penal*. Ou, com as palavras do texto do acórdão:

“Deve ficar consignado que tal conclusão não depende de afirmação da existência de eventual conduta culposa dos agentes da Administração no dia dos fatos. *Isto está sendo apurado na esfera penal, e as conclusões respectivas não seriam relevantes para o julgamento da presente demanda.* Cuida-se aqui de dever de indenizar, decorrente da responsabilidade objetiva, prevista no art. 37, § 6.º, da Constituição sob a modalidade do risco administrativo.”

Segundo, o voto do Des. Antonio Villen reconhece o pedido de compensação por dano moral e fixa o montante do pagamento em 100 salários mínimos, seguindo o critério do Código Brasileiro de Telecomunicações. Há a se destacar a posição firmada pelo Des. Villen de que a “dor pela perda de filho é presunção de caráter absoluto”. Em seu apoio cita o acórdão seguinte:

“A reparação do dano imaterial, que sendo dor, não há como nem se precisa provar, donde se lhe presume de modo absoluto (*iuris et de iure*) a existência, quando se trata da morte de um filho (art. 335 do CPC), essa é objeto doutra norma jurídica, que manda arbitrá-la (art. 1533 do CC)”.¹⁷⁰

Por último, o Des. Villen também concede o pagamento das despesas de funeral.

“Estes devem ser incluídos na condenação, irrelevante o fato de as notas terem sido emitidas em nome de um cunhado do falecido. O próprio fato de tais documentos se encontrarem em poder da autora é indicativo de que houve reembolso a quem efetuou o pagamento e de que está ela autorizada a pleitear o ressarcimento”.

5.2.2.11 *Apelação Cível 240.630-1/0*¹⁷¹ – Relatório: Trata-se de ação de indenização movida por mãe de preso morto, na qual pleiteia indenização por danos *morais e patrimoniais*, estes consistentes em recebimento de pensão mensal correspondente a 1.6 salários mínimos.

A sentença de primeiro grau acolheu parcialmente o pedido, com a condenação do Estado ao pagamento de verba a título de danos *morais*, fixada em 100 salários mínimos. O pedido de ressarcimento de dano *material* foi rejeitado, porque não foi comprovada a situação de dependência da mãe do preso falecido.

(170) El 202.702-1. Rel. Des. César Peluzo, publicado em *Jurisprudência do Tribunal de Justiça*, LEX, v. 169/252.

(171) ApCiv 240.630-1/0. 8.ª Câ. de Direito Público. Rel. Des. Toledo Silva (designado). Declaração de voto vencedor: Des. Raphael Salvador. Declaração do voto vencido: Des. Felipe Ferreira. Decisão: por maioria de votos. Julg. 22.05.1996. Apelante e reciprocamente apelada: Maria de Lourdes Batista. Apelada e reciprocamente apelante: Fazenda do Estado de São Paulo.

Ementa: Responsabilidade civil do Estado. Ação de reparação de danos. Detento morto no Pavilhão 9 da Casa de Detenção “Prof. Flaminio Fávero”. Teoria do risco administrativo. Culpa dos detentos pela reação da Polícia Militar. Cumprimento do dever legal. Artigo 37 § 6.º da Constituição Federal. Falta de prova de dano moral. Ação julgada procedente, em parte. Recursos providos para julgar a ação improcedente.

Ambas as partes apelaram. A Fazenda postulou pela total improcedência do pedido. A autora pediu a elevação da indenização por dano *moral* para 500 salários mínimos, além da indenização por dano *patrimonial* (pensão mensal).

Por maioria de votos foi acolhido o pedido da Fazenda para reformar a sentença de primeiro grau e julgar improcedente o pedido da autora.

Acórdão: O voto do relator designado, des. Toledo Silva, se fundamenta na tese de que a Polícia Militar “agiu no estrito cumprimento do dever legal” ao invadir o presídio onde ocorria uma ‘autêntica guerra de facções’ de presidiários. Argumenta que:

“A prova é convincente de que a Polícia, quando ingressou no Pavilhão 9, encontrou vários detentos mortos, em razão das brigas entre facções de detentos.

Assim, se a Polícia agiu no cumprimento do dever legal, nenhuma responsabilidade civil deve ser atribuída ao estado, pois foram os próprios detentos do Pavilhão 9 os causadores da rebelião. *Indenizar as famílias pelo falecimento dos presos é premiá-las pelo comportamento dos detentos e, em última análise, incentivar novas rebeliões*” (grifos nossos).

O voto vencedor do des. Raphael Salvador fundamenta-se da maneira seguinte:

“A Polícia não entrou para matar os amotinados, mas foi obrigada a se defender contra esses últimos. *Sua atuação foi necessária, justa e no estrito cumprimento do dever legal*. Louve-se o Estado por ter Polícia Militar corajosa que fez o que poucos teriam coragem de fazer: entrar no Pavilhão, tomado pelo fogo e pela água espalhada no chão, para enfrentar os perigosos amotinados, que pouco tinham a perder, diante das altas penas que estavam cumprindo” (grifos nossos).

Na parte dispositiva do acórdão, o relator designado, des. Toledo Silva ao fundamentar o não acolhimento do pedido de compensação por dano *moral*, argumenta que:

“O filho da autora cumpria longa pena corporal e, o que se extrai dos autos, nunca foi visitado pela mãe, que não demonstrou ter sofrido com a morte do filho. *O simples fato da autora ser mãe do detento não significa que tenha direito à reparação do dano moral. A ação não passa de uma tentativa de enriquecimento sem causa*” (grifos nossos).

A declaração do voto vencedor do des. Raphael Salvador dispõe, com um argumento que vai do tom sarcástico ao moralizante, o seguinte:

“Se não se reconheceu a autora o direito de dano patrimonial, também nada deve receber a título de dano moral, como se fosse mãe sofredora, sofrendo pela morte do filho querido.

O filho da autora estava condenado a cumprir pena longa, até 1997, com prisão em 1981. Sua morte em 1992, sem que nesses onze anos de prisão tenha recebido sequer a visita da mãe que o abandonou completamente. Nem buscou confortá-lo através de cartas, mensagens ou coisas iguais. Nunca lhe enviou um bolo, uma torta de frango, um copo de refrigerante. Que estranha dor moral essa que surgiu de repente!

Não existe dor moral para quem se torna pessoa indiferente à sorte do filho."

O voto vencido do des. Felipe Ferreira¹⁷² qualifica o episódio da invasão do Carandiru como uma "chacina" ou um "massacre" praticado pela Polícia Militar, e conseqüentemente *repele qualquer incidência de excludente de responsabilidade do Estado*.

O voto do des. Felipe Ferreira espelha sua indignação com a tentativa do voto vencedor de caracterizar a ação dos policiais militares na invasão do Carandiru como uma ação no "estrito cumprimento do dever legal", na qual se agiu com rigor mas, sobretudo em "legítima defesa".

Primeiro, o des. Felipe Ferreira situa a "chacina" na seqüência de episódios que assinalam a persistência de graves violações coletivas de direitos humanos no período posterior à Constituição Democrática de 1988.

"Cuida-se do vergonhoso episódio, que horrorizou o mundo civilizado, conhecido da opinião pública internacional como 'A Chacina na Casa de Detenção de São Paulo', onde cento e onze detentos, até onde se pôde contar, foram brutalmente assassinados pela Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Tal fato ocorreu em 02 de outubro de 1992, quando todos nós já nos gabávamos da conquista do estado de direito e do império da democracia. Mas já há outras datas a comemorar, no calendário brasileiro, a mais recente de 17 de abril de 1996, em Eldorado dos Carajás, no Pará, onde dezenove (19) agricultores ou mais, sem terra para plantar e sustentar a si e suas famílias, também foram brutalmente executados, por ousarem cobrar uma promessa governamental.

Outros países, que oficialmente, não querem nem ouvir falar em estado de direito e de regime democrático, na violação de direitos fundamentais da pessoa humana, vem perdendo feio para o Brasil, como no massacre da 'Praça da Paz Celestial', que a todos revoltou, mas pelos fatos citados, o placar é animador: Brasil 2, China 1. No entanto a vitória se dará por goleada, pois nos esquecemos do massacre de 'Vigário Geral', das crianças da 'Candelária', da chacina, também

(172) A ementa oficial do voto vencido do Des. Felipe Ferreira é a seguinte: "Responsabilidade civil do Estado. Chacina na Casa de Detenção de São Paulo. Dano patrimonial e moral. Tendo havido no mínimo culpa, embora não se descarte o dolo, dos policiais militares e dos seus comandantes, na repressão à rebelião dos detentos do Pavilhão 9 da Casa de Detenção, com a execução sumária de 111 presos, resta caracterizada a responsabilidade do Estado em indenizar. Abuso do direito-dever de repressão ao tumulto caracterizada. Legítima defesa não caracterizada, por ausente o requisito da moderação dos meios suficientes e necessários, sendo que o saldo dos mortos que caracteriza massacre, afasta a incidência da concludente. De qualquer forma cabe ao Estado assegurar a integridade física do preso. Responsabilidade civil caracterizada. O dano patrimonial não restou comprovado, por não ser a autora dependente econômica do filho morto. Dano moral caracterizado na perda do filho assassinado, por absoluto, independe de prova. Fixação da indenização pelo dano moral em cem (100) salários mínimos mantida, por criteriosa. Sentença de provimento parcial mantida. Recursos não providos."

dos sem-terra, de Corumbiara e de tantos outros que, talvez por isso, não registre a História o menor desejo de João-Sem-Terra visitar o Brasil”.

Segundo, o des. Felipe Ferreira repele o argumento do voto da maioria que acolheu a alegação de “estrito cumprimento do dever legal” na invasão policial.

“Dever legal? Qual a lei que autoriza a execução sumária, o hediondo massacre de cento e onze (111) detentos, muitos dos quais, nus e atingidos, por inúmeros disparos, até mesmo pelas costas?”

O voto a seguir expõe, em detalhe, os preceitos da Constituição de 1988¹⁷³ da Lei de Execução Penal¹⁷⁴ que asseguram direitos e garantias fundamentais aos detentos. Não são esquecidos os deveres dos detentos¹⁷⁵ na enumeração dos preceitos relevantes ao caso. Depois da enumeração dos dispositivos normativos, o voto conclui, invocando à memória do leitor as práticas policiais autoritárias do passado ditatorial recente, que:

“É evidente que a rebelião em presídios há de ser repelida. Mas somente uma tropa despreparada ou mal-intencionada, com ânimo homicida e hedionda intenção de massacrar, atirando para todos os lados, invadiria um presídio revoltoso, para aplacar a revolta há outros métodos tão conhecidos daqueles estudantes que, durante a ditadura militar, legitimamente se rebelavam contra o sistema, em defesa da redemocratização, e eram dispersados, embora pela truculência e arrogância, por métodos menos danosos à integridade física, até que um comandante maluco os atingiu com uma bomba, na PUC e, embora não se chegasse a saldo tão trágico, felizmente, a ditadura começou a implodir.

Portanto, não houve o alegado estrito cumprimento do dever legal, houve, sim, e o mundo todo sabe, a vontade livre e consciente de eliminar-se o maior número possível dos detentos revoltosos ou não, nus ou vestidos, pela frente ou pelas costas, vale dizer, dolo direto.

E, posto que o cumprimento do dever legal, é um direito-dever, se tivesse ocorrido, teria havido abuso de direito, que também é causa determinante do ressarcimento” (grifos nossos).

O voto do des. Felipe Ferreira contesta a apreciação dos fatos do caso, tal como apresentados pelo voto da maioria, questionando seguidamente a existência de posse de armas pelos detentos e a “confissão de culpa” da Administração implícita na própria alegação de que armas entraram no presídio.

“Se diz também que os detentos revoltosos estavam fortemente armados, o que sabem todos, não condiz com a realidade, pelo que se constatou no local ou até mesmo pelo saldo final dos mortos, cento e onze, ou mais, de um lado, e nenhum do outro.

⁽¹⁷³⁾ Constituição de 1988, art. 5.º, III; art. 5.º, XLVII, *a*. e; art. 5.º, XLIX.

⁽¹⁷⁴⁾ Lei de Execução Penal (Lei 7.210) de 11.07.1984, art. 3.º; art. 40; art. 47.

⁽¹⁷⁵⁾ Lei de Execução Penal (Lei 7.210) de 11.07.1984, art. 38. Enumera-se também no voto os dispositivos que se referem à disciplina nos presídios e sanções disciplinares, respectivamente, arts. 44 *et seq.* e art. 53.

Mas mesmo que os revoltosos estivessem armados. Pergunta-se: À quem compete a administração e segurança do presídio, senão ao próprio Estado? Afinal, como é que tão grave número de armas teria chegado ao poder dos detentos? Bem se vê, portanto, que o argumento é uma confissão de culpa, de *culpa in vigilando*, de *culpa in eligendo*, de *culpa in omittendo*."

Resumindo suas considerações sobre a questão da *culpa* e dolo dos agentes estatais, no caso Carandiru, o Des. Felipe Ferreira afirma que:

"Na esfera da culpa, houve negligência, pois, na fiscalização da segurança do presídio se permitindo que os presos se armassem. Mas houve também imprudência da tropa e de seu comandante ao determinar a invasão do presídio atirando-se para todos os lados, sendo claramente previsível que muitos, culpados ou inocentes pela rebelião, seriam mortos. E houve também imperícia no manuseio das armas, por parte dos profissionais soldados, que hão de estar preparados para o seu manejo e, se não houve culpa, houve dolo, dolo direto, a vontade livre consciente e determinada de massacrar os revoltosos e foi o que ocorreu."

Quanto à alegação de que os policiais militares agiram em *legítima defesa*, o voto do Des. Felipe Ferreira a afasta da maneira seguinte:

"E o saldo de mortos, de cento e onze (111) detentos, está a demonstrar que não houve o uso moderado dos meios necessários para repelir a injusta agressão, e, houve, por outro lado, abuso do direito de defesa, que, então deixa de ser legítima, e o abuso do direito, releia-se a lição supra-transcrita,¹⁷⁶ obriga à reparação".

Na parte dispositiva, o voto do Des. Felipe Ferreira confirma a sentença de primeiro grau que concede a compensação por dano *moral*, fixando o seu montante em cem vezes o valor do salário mínimo, da época da execução. Por outro lado, não acolhe o pedido de indenização por dano *patrimonial*, consistente em pagamento de pensão, pois a alegada dependência econômica da autora ao sustento do filho restou indemonstrada.

5.2.2.12 Embargos infringentes referentes à Apelação Cível 240.551-1/9¹⁷⁷ – A embargante, mãe de detento morto, interpôs embargos infringentes em face do

(176) O voto transcreve um longo trecho doutrinário sobre abuso de direito. Cf. RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil. Responsabilidade civil*. 4. ed., v. 4. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 49.

(177) Embargos infringentes referentes à ApCiv 240.551-1/9. 8.ª Câm. de Direito Público. Rel. Des. Celso Bonilha (revisor). Voto vencido: Des. Toledo Silva. Decisão: por maioria. Julg. 16.10.1996. Embargante: Judite Beltrame de Oliveira. Embargada: Fazenda do Estado de São Paulo.

Ementa: Responsabilidade civil do Estado. Morte de detento quando de invasão de presídio pela Polícia Militar do Estado para repressão a rebelião de detentos, com elevado número de mortos. Abuso do direito-dever de repressão caracterizado, em face do excesso cometido pelos agentes do Estado. Teoria do risco administrativo e preceito constitucional que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado. Indenização devida mas, limitada ao dano moral requerido pela mãe do detento morto, por não comprovado o dano patrimonial. Embargos infringentes recebidos e acolhidos, para que prevaleça o voto minoritário.

acórdão da ApCiv 240.551-1/9, com base no voto vencido do Des. Antônio Villen. A autora pleiteou que fosse mantida a sentença de primeiro grau que havia condenado a Fazenda a pagar à autora cem salários mínimos vigentes à época da liquidação. A autora sustentou que a intervenção policial militar foi excessiva ultrapassando os limites da lei e da Constituição.

O acórdão relatado pelo Des. Revisor Celso Bonilla, acolheu a argumentação do voto vencido.

“Não se pode negar que, em face do resultado, que a repressão ao movimento dos presos não foi apenas rigorosa, mas excessiva, com emprego de meios desnecessários, na medida que as forças que se digladiaram não eram iguais: de um lado, policiais fortemente armados e do outro, detentos precariamente armados, ainda assim, muito provável que não todos eles. Afirmada essa premissa tática, ou seja a excessividade da ação policial, resulta indubitosa a obrigação do estado de reparar, em face do disposto no art. 37, § 6.º da Constituição Federal: *As pessoas jurídicas de direito público [...] responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros...* Também porque o excesso configura ato abusivo e, conseqüentemente, ato ilícito, a teor da Lei Federal 4.898, de 09.12.1965 (artigo 3.º, letra i) não vingam, portanto, as teses do exercício regular de direito (CF, art. 144, § 5.º) ou a excludente da legítima defesa (CC, artigo 1.540), pois como ficou dito, a reação perpetrada pelos agentes públicos não foi justa e proporcional ao ato que em tese, teria ensejado a convocação da Polícia Militar. Também não socorre o Estado a teoria do risco administrativo, segundo a qual isenta-se ele de responsabilidade se o lesado deu causa ao dano. Seguramente não é o caso dos autos, pois a ação dos detentos não era de modo a exigir que fossem mortos, mas, quando muito, ainda que empregando força, fossem dominados com o menor dano físico possível. A morte de qualquer deles, nas circunstâncias, foi manifestamente excessiva, como resultante da repressão policial”.

Na parte dispositiva, o voto concede a compensação por dano *moral*, “que, decorrente de morte do filho independentemente da indagação sobre as relações afetivas entre mãe e filho se presume, como bem acentuado no r. voto vencido...” Concede-se, por fim, “o acréscimo das despesas comprovadas para o funeral, reembolso de custas e despesas e mais honorários advocatícios, moderadamente fixados.”

5.2.2.13 *Apelação Cível 265.036-1/1*¹⁷⁸ – Relatório: Trata-se de ação de indenização movida pela mãe de detento morto, na qual se pleiteia indenização por

(178) ApCiv 265.036-1/1. 7.ª Câm. de Direito Público. Rel. Des. Walter Moraes. Declaração de voto vencido: Des. Barreto Fonseca. Decisão: por maioria. Julg. 28.04.1997. Apelante e reciprocamente apelado: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelada e reciprocamente apelante: Delcy Rodrigues de Oliveira.

Ementa: Indenização. Reparação de danos morais e materiais. Morte de detento na Casa de Detenção. Art. 1537, I e II do Código Civil. Falta de comprovação documental das despesas do funeral pela Autora. Ausência de prova de ser o *de cuius* devedor de alimentos à sua mãe. Ação improcedente. Recursos providos.

danos *morais*, no valor de 500 salários mínimos, e por danos *materiais*, compreendendo ressarcimento de despesas com funeral e taxa de sepultamento e pensão.

A sentença de primeiro grau concedeu a indenização por dano *moral* no valor de 150 salários mínimos e pensão a partir da data que o preso obteria liberdade.

Ambas as partes apelaram. A Fazenda sustenta a total improcedência da ação. A autora pleiteia que a indenização seja paga a partir da data do óbito e elevação do *quantum* fixado por danos *morais* de 150 para 500 salários mínimos.

O voto majoritário, relatado pelo Des. Walter Moraes, primeiro, julga improcedente o pedido de ressarcimento de despesas com o funeral pois o comprovante de pagamento não está no nome da autora. Em segundo lugar, considera que a autora não provou que o filho falecido, preso e sem qualificação profissional e de poucos e brevíssimos empregos, lhe era devedor de alimentos. Conclui, portanto, pela negação de provimento ao pedido da autora. Por último, o voto não se pronuncia sobre a compensação por dano *moral*, limitando-se a dar provimento à apelação da Fazenda e a considerar improcedente a ação, reformando *in totum* a decisão do juízo *a quo*.

O voto vencido, do Des. Barreto Fonseca, reconhece inicialmente a responsabilidade objetiva do Estado, com base nos artigos 37, § 6.º e 5.º, XLIX da Constituição de 1988. A seguir, o voto concede a indenização por dano *material* à genitora do preso falecido, com a argumentação seguinte:

“Mesmo preso, ele deveria estar trabalhando e podendo ajudar a autora (*caput* e parágrafo 1.º do art. 29 e *caput* do artigo 31, ambos da Lei 7.210/84). *Se o Estado não lhe ofereceu trabalho, não pode beneficiar-se de sua própria torpeza*. A pensão é devida, como fixado na respeitável sentença, sem que disso resulte violação à parte final do inciso IV do *caput* do artigo 7.º da Constituição da República, por se tratar de verba alimentar, mas desde a morte do alimentante.” (grifo nosso)

Quanto à compensação pelo dano *moral*, o voto vencido também acolhe o pedido e argumenta:

“Nada de imoral no reconhecimento do dano moral. Se um chefe de família for morto por agente do estado, ou por ato ilícito, também seus familiares terão direito a reparação por dano moral...”

Famíliares de presos, mesmo que não os possam visitar frequentemente, também sentem a dor de sua morte. *Por outro lado, a indenização pelo dano moral deve ser tal que desestimele o seu causador a voltar a atos que o causem. No caso concreto, deve ser tal que leve o Estado a lembrar que cumprir a Lei de Execução Penal lhe é mais vantajoso do que deixar presos amontoados para que sobre dinheiro para gastos em coisas menos necessárias*. Para não se viciar o já referido inciso IV do *caput* do artigo 7.º da Constituição da República, *elevo a indenização por dano moral para cinquenta e seis mil reais, hoje o equivalente a quinhentos salários mínimos*, que será corrigida por ocasião do pagamento, mas não podendo ultrapassar o valor de quinhentos salários mínimos na época do pagamento, para que não haja julgamento além do pedido”.

Por último, o voto vencido concede também o ressarcimento das despesas com funeral. "Embora terceira pessoa conste dos documentos, esses por ela foram entregues à autora, de sorte que a autora passou a ser credora dessa quantia. E o dever dessa indenização tem por base o inciso I do artigo 1.537 do Código Civil".

Esse voto vencido, do des. Barreto Fonseca, destaca-se dos demais votos em dois pontos: por um lado, concede a indenização por dano *material*, argumentando que é de responsabilidade do Estado prover as condições carcerárias propícias para a atividade laboral do detento. Por outro lado, é o único voto que tenta firmar, de fato, o caráter punitivo da indenização por dano *moral* ao elevar o montante a 500 salários mínimos.

5.2.2.14 *Apelação Cível 010.658-5/9-00*¹⁷⁹ – Relatório: A ação de indenização teve como demandante originário o pai do preso falecido durante a invasão policial militar do Carandiru. O demandante originário foi sucedido na ação por suas filhas, todas maiores. Pleiteava-se na ação indenização por danos *morais* e materiais, tendo em vista que a vítima ajudava no sustento do lar.

A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido, condenando a Fazenda ao pagamento de cem salários mínimos a título de indenização por danos *morais*, e em quinhentos salários mínimos a verba por danos *morais*. Por sua vez, a Fazenda postulou a anulação da sentença.

Os desembargadores decidiram, por unanimidade, pelo provimento do recurso da Fazenda. O acórdão afirma que o direito a pedido indenizatório em caso de morte, cabe aos parentes mais próximos da vítima, ou seja, aos herdeiros, ascendentes e descendentes, o cônjuge e as pessoas diretamente atingidas pelo desaparecimento.

⁽¹⁷⁹⁾ ApCiv 010.658-5/9-00. 7.^a Câ. de Direito Público. Rel. Des. Prado Pereira. Decisão: unânime. Julg. 13.04.1998. Apelante e reciprocamente apelado: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelada e reciprocamente apelante: Ivanir da Silveira Rosa e outros.

Ementa: Ação ordinária de indenização. Danos materiais e morais improvidos, bem como dependência econômica dos atuais sucessores do finado detento, esses são apenas colaterais maiores de idade, no chamado "massacre do Carandiru". Decreto de cabal reforma da r. sentença de primeiro grau (fls. 241/245) que julgou procedente em parte a ação, dada a situação de evidente integral improcedência da demanda. Imposição de condenação dos vencidos nas custas processuais e honorários advocatícios, com a ressalva de que, ficará suspensa eventual execução dessas verbas, enquanto permanecer real o estado de pobreza dos atuais sucessores demandantes, consoante o que dispõe o artigo 12, *caput*, da Lei 1.060/50, que reza: "A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita".

Improvemento aos recursos: de agravo retido da ré Fazenda do Estado de São Paulo, bem como ao voluntário dos autores vencedores: e, provimento ao recurso de apelação da ré, bem como ao *ex officio*.

“Quanto aos irmãos devem estes provar condição toda pessoal, de que eram dependentes do falecido, não terem atingido a maioridade ou a idade de vinte e cinco anos.

No caso em tela, os sucessores atuais do autor são todos colaterais do detento falecido no denominado “massacre do Carandiru”, sendo todos eles maiores de idade, pois os genitores daquele, também, já faleceram (fls. 35, e 158), respectivamente, mãe em 1993 e pai em 1994.”

Na parte dispositiva, o acórdão conclui que:

“Assim sendo, os autores deixaram de cumprir a insuperável regra do ônus da prova consistente consagrado no artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil, dada a inexistência de qualquer prova de dependência econômica dos atuais demandantes em face do finado detento. Da mesma forma indemonstrada se encontra a efetiva ocorrência de dano moral que tivesse sido assumido pelos componentes do polo ativo da lide”.

Este último acórdão, referente ao conjunto de decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo tomadas até o final de 1998, tem como peculiaridade o fato de não dar provimento à demanda de indenização por fundamentos em questões processuais.

*Quadro sobre aspectos dos acórdãos julgados
pelo TJSP até dezembro de 1998*

Acórdão/ Ap. Cível	Julg.	A favor da pretensão indeniza- tória?	Fundamento da decisão	Indenização por dano <i>material</i> ?	Indenização por dano <i>moral</i> ?	Montante e do dano <i>moral</i>	Ressarci- mento pelo fu- neral do preso morto?
224.506- 1/7	02.05.1995	Sim, mas parcial- mente	CF Art. 37, § 6.º art. 5.º XLIX	Não	Sim	1 s.m.	Não
243.364- 1/7	09.04.1996	Sim, mas parcial- mente	CF Art. 37, § 6.º / art. 5.º XLIX	Não	Sim	100 s.m.	Não
246.297- 1/2	23.04.1996	Sim, mas parcial- mente	CF Art. 37, § 6.º / art. 5.º, XLIX	Não	Sim	Não mencio- nado	Não
250.092- 1/1	20.05.1996	Sim	CF Art. 37, § 6.º / art. 5.º XLIV	Sim. Dois terços de um s.m.	Sim	100 s.m.	Sim. Terceiro pagou o enterro
262.804- 1/5	11.03.1997	Sim, mas parcial- mente	CF Art. 37, § 6.º / art. 5.º, XLIX	Não	Sim, mas parcialmente	100 s.m.	Sim. Há docu- mentos- compro- batórios.

274.952-1/2	13.03.1997	Sim, mas parcialmente	CF Art. 37, § 6.º / art. 5.º, XLIX	Sim, 2/3 do s.m.	Sim, mas parcialmente	100 s.m.	Não
267.440-1/10	20.05.1997	Sim	CF Art. 37, § 6.º / art. 5.º, XLIX	Não	Sim	40 s.m.	Não
9.659-5	18.03.1998	Sim	CF Art. 37, § 6.º / art. 5.º, XLIX	Não	Sim	250 s.m. para cada autor	Não
Embargos Infringente 250.092-1 na Ap. Cível 250.692-1/1, da 6.ª Câm. de Direito Público	17.11.1997	Sim	CF Art. 37, § 6.º / art. 5.º, XLIX	Sim. Dois-terços de um s.m.	Sim	Sim, 100 s.m.	Sim
240.511-1/7	03.04.1996	Não	Estrito cumprimento do dever legal / Culpa da vítima	Não	Não	Não	Não
240.630-1/10	22.05.1996	Não	Estrito cumprimento do dever legal / Culpa da vítima	Não	Não	Não	Não
Embargos Infringentes à AP 240.551-1/9	16.10.1996	Sim, mas parcialmente	CF Art. 37, § 6.º / art. 5.º, XLIX. Lei de Execuções Penais	Não	Sim	100 s.m.	Sim
265.036 1/1	28.04.1997	Não	CC Art. 1537, I e II	Não	Não menciona.	Não	Não
010658-5/9-00	13.04.1998	Não	Artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil	Não	Não	Não	Não

5.2.3 Conclusões sobre a responsabilidade civil do Estado nos acórdãos do TJSP

Foram analisados 14 acórdãos em seu inteiro teor, sendo 12 apelações e 2 embargos infringentes.

As ações tiveram como autores, em regra, a mãe (9 ações), os pais (2 ações), filha menor do detento (1 ação). Em um caso o Ministério Público atuou como substituto processual. Apenas uma ação foi movida pelo pai (Apelação Cível 010658-5/9-00).

As sentenças de primeiro grau acolheram mais freqüentemente os pedidos de indenização que o Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme se pode observar no quadro abaixo. *A rigor, todas as sentenças de primeiro grau responsabilizaram civilmente o Estado pelos danos causados na invasão do Pavilhão 9 do Carandiru. O que variou foi a extensão do reconhecimento do pedido de indenização.*

Três sentenças de primeiro grau concederam indenização *por dano material*. No Tribunal de Justiça, três decisões reconheceram também o pedido de indenização *por dano material*, mas *duas reduziram o quantum da pensão mensal concedida pela sentença de primeiro grau.*

Quanto aos pedidos de indenização *por dano moral*, *todas as sentenças de primeiro grau reconheceram a responsabilidade civil do Estado e o condenaram ao pagamento de compensação por dano moral. Mais importante ainda: em apenas um acórdão do Tribunal de Justiça (Apelação Cível 243.364-1/7) houve aumento do montante concedido pelo julgador de primeira instância.* Em todos os outros casos que o Tribunal de Justiça acolheu o pedido de dano moral, *o montante fixado pelo julgador de primeiro grau foi mantido ou foi reduzido. Em oito casos, o quantum da indenização foi maior na decisão de primeiro grau.*

Quanto aos pedidos de ressarcimento por despesas funerárias realizadas pelos autores, *o reconhecimento da procedência dos pedidos feitos ocorreu nos mesmos casos tanto na primeira instância quanto no Tribunal de Justiça.*

Alguns aspectos das sentenças de 1.º grau

Acórdão/ Ap. Cível	Julg.	A favor da preten- são inde- nizatória no 1.º grau	Autor da ação	Indenização por dano material no 1.º grau?	Indenização por dano moral no 1.º grau?	Montante e do dano moral no 1.º grau?	Ressar- cimen- to pelo fu- neral do preso morto no 1.º grau?
224.506- 1/7	02.05.1995	Sim, mas parcial- mente	Ministério Público como substituto processual	Não	Sim	100 s.m.	Não
243.364 1/7	09.04.1996	Sim, mas parcial- mente	Mãe da vítima	Não	Sim	70 s.m. (indeniza- ção menor que o TJ!)	Não

246.297-1/2	23.04.1996	Sim, mas parcialmente	Mãe da vítima	Não	Sim	Não mencionado	Não
250.092-1/1	20.05.1996	Sim	Mãe da vítima	<i>Sim. Um s.m. (diminuiu no TJ para 2/3)</i>	Sim	100 s.m.	1/1 Sim
262.804-1/5	11.03.1997	Sim, mas parcialmente	Os pais da vítima	<i>Sim. Pensão de 2/3 do s.m.</i>	Sim, mas parcialmente	200 s.m.	Sim
274.952-1/2	13.03.1997	Sim, mas parcialmente	Filha menor, rep. p/ avô	Sim, 2/3 do s.m.	Sim, mas parcialmente	500 s.m.	Não
267.440-1/10	20.05.1997	Sim	Mãe da vítima	Não	Sim	40 s.m.	Não
9.659-5	18.03.1998	Sim	Os pais da vítima	Não	Sim	500 s.m. para cada autor	Não
Embargos Infringentes 250.092-1 na Ap. Cível 250.692-1/1, da 6.ª Câmara de Direito Público	17.11.1997	Sim	Mãe da vítima	<i>Sim. Um s.m. (diminuiu no TJ para 2/3)</i>	Sim	Sim	Sim
240.511-1/7	03.04.1996	<i>Sim, mas parcialmente</i>	Mãe da vítima	Não	<i>Sim</i>	100 s.m.	Não
240.630-1/0	22.05.1996	<i>Sim, mas parcialmente</i>	Mãe da vítima	Não	<i>Sim</i>	100 s.m.	Não
Embargos Infringentes à AP 240.551-1/9	16.10.1996	Sim, parcialmente	Mãe da vítima	Sim, parcialmente	Sim	100 s.m.	Sim
265.036-1/1	28.04.1997	<i>Sim, mas parcialmente</i>	Mãe da vítima	Não	<i>Sim</i>	500 s.m.	Não
010658-5/9-00	13.04.1998	Sim	Pai, sucedido, pelas filhas	Sim, 80% de um s.m.	Sim	100 s.m.	Não

Quando a análise volta-se para as decisões do Tribunal de Justiça, duas considerações devem ser feitas.

Primeira, após julgarem procedentes os pedidos de indenização por *dano moral*, seis decisões do Tribunal fixaram o montante em 100 salários mínimos, seguindo o critério previsto no Código Brasileiro de Telecomunicações, art. 84, § 1.º, da Lei 4.117/62. Como se justificou este critério nas seis decisões que o adotaram?

1.ª) Apelação Cível 243.364-1/7 – “Atenta-se a peculiaridades do caso, e tendo como paradigma a Ap. 447.060/4-SP, fixa-se o dano moral em 100 (cem) salários mínimos vigentes à época da execução, que deverá ser pago de uma só vez”.

2.ª) Apelação Cível 250.092-1/1 – “A indenização pelos danos morais, fixada em 100 (cem) salários mínimos – conquanto não pretendam remunerar a dor, porque o *pretium doloris*, por falecimento, não se quantifica, objetivam dar uma satisfação do Estado à autora, no caso, mãe do falecido – permanece. O Magistrado pautou-se por manifestações jurisprudenciais e doutrinárias (fls. 153/157), se é certo inexistirem normas de caráter objetivo que autorizem a determinação do *quantum*, o que propicia mensuração subjetiva, não menos certo é o fato de que não se presta, a indenização, ao enriquecimento por automatismo” Voto do relator des. Afonso Faro.

3.ª) Apelação Cível 262.804-1/5 – “Isto não só afasta a indenização simbólica, como a de um salário mínimo, como ainda, não autoriza montante despropositado, montante este não constante da sentença, de modo a impor um aumento patrimonial ou a elevação social. A fixação de 100 salários mínimos não transborda o razoável e nem ultrapassa a condição pessoal dos beneficiados, mas enseja conforto sem alteração radical na situação estabelecida.”

4.ª) Apelação Cível 274.952-1/2 – “Frisa-se, ademais, em caso de fixação do *quantum* como reparação de dano moral, a determinação do valor há que se fazer através de verba dotada de carga impositiva, em função das possibilidades do lesante e das condições do lesado, e sempre à luz das circunstâncias táticas, como se vem observando na jurisprudência, afim de que ganhe efetividade, na prática, o caráter inibidor do sancionamento.”¹⁸⁰

A respeitável sentença fixou o valor dos danos morais em quinhentos salários mínimos vigentes à época do pagamento.

Entende-se acertada a base de cálculo (salário mínimo).

O montante, contudo, fica reduzido para 100 (cem) salários mínimos atentando-se para as condições pessoais da vítima e da autora, sendo esse o montante que se adotou nos Embargos Infringentes 240.511-1-9-01 em indenização relativa aos fatos acontecidos na mesma rebelião.”

5.ª) Embargos Infringentes 250.092-1 na Apelação Cível 250.692-1/1 da 6.ª Câmara de Direito Público. Afirma-se que “o acórdão ora hostilizado manteve o

⁽¹⁸⁰⁾ Este critério doutrinário citado no acórdão foi formulado por BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994. p. 63.

pleito indenizatório em proporções razoáveis"... no que tange aos danos *morais*. Ver: 2.^a decisão citada acima.

6.^a) Embargos Infringentes referentes à Apelação Cível 240.551-1/9. Esse acórdão simplesmente acolhe o critério da sentença de primeiro grau, sem desenvolver qualquer outra justificativa.

Esse conjunto de decisões, que adotaram o critério do Código Brasileiro de Telecomunicações e que predominaram como critério no caso Carandiru, na verdade, apoia-se num critério de *limite legal* e acolhe a direção dada por precedentes judiciais. O critério para o qual é estabelecido este limite legal específico é a *honra* do detento falecido. E na apreciação dos desembargadores a "honra" de um presidiário – não importa aí que ele tenha sido *executado sumariamente por agentes estatais* – não parece merecer ser dignificada por um montante maior. Aliás, na Apelação Cível 240.511-1/7, o des. Raphael Salvador afirma que o "Estado é obrigado a gastar quase cem reais *diários* para a remuneração de cada preso". Pergunta-se: Quantos meses de gastos diários com o preso custa ao Estado a condenação ao pagamento de compensação por *dano moral* (cem salários mínimos) fixada pelo Judiciário? Cerca de quatro meses de despesas com um detento, o que não seria muito por esse cálculo macabro, nem configuraria uma punição capaz de inibir futuras lesões fatais.

As ações de indenização tenderam também a recorrer a critérios amparados na *Lei – art. 49 do Código Penal* – ao solicitar a procedência do pedido de compensação por *dano moral*. A adoção do critério para a apuração da multa penal como elemento de fixação do dano moral não é ainda inteiramente adequada, mas, pelo menos mais pertinente à situação fática do que o critério de indenização baseado no Código Brasileiro de Telecomunicações, que, diga-se de passagem, encontra-se revogado na parte invocada (art. 84).

Um dos problemas que se evidencia na adoção de critérios de limites legais – seja o baseado no critério oferecido pelo Código de Telecomunicações Brasileiro, o Código Penal, ou ainda a Lei de Previdência Social – está em seu papel na discricionariedade judicial. O princípio da *reparação integral*¹⁸¹ – a noção de que a satisfação do dano deve ser plena – parece capaz de ser melhor concretizado nas decisões judiciais, se o juiz avaliar o caso concreto, em seus vários aspectos, sem limites *legais* quanto *ao montante da indenização cabível*. O trabalho do juiz consiste em reconhecer o princípio da *reparação integral* e fazê-lo prevalecer, por meio do disposto na decisão judicial, no caso concreto. Este procedimento exige que o magistrado constantemente atenda a uma exigência de justiça ou equidade (*fairness*) ou alguma outra dimensão da moralidade. O princípio da responsabilidade civil do Estado, enquanto *garantia dos cidadãos*, vincula o magistrado à examinar a textura normativa *aberta* com a perspectiva de realizar os objetivos previstos na Constituição de 1988. A *reserva de justiça*¹⁸² expressa

(181) Ver: LAURO, Antonino Procida Mirabelli di. *La riparazione dei danni alla persona*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, p. 105-285.

(182) A idéia de que o intérprete constitucional deve sempre buscar a resposta moralmente mais correta para preencher o conteúdo aberto das normas constitucionais ou para

nos princípios e regras constitucionais afirma a dignidade plena da pessoa humana. Na esfera da responsabilidade civil, a *reparação integral expressa, em termos principiológicos*, está na centralidade da pessoa humana.

O problema da fixação do montante do *dano moral* revela suas dimensões efetivas quando se constata que, *entre as decisões do Tribunal de Justiça que reconheceram a procedência do pedido no caso Carandiru, duas atribuíram valor inferior a 100 salários mínimos* (Apelação Cível 224.506-1/7 - 1 salário mínimo, e Apelação Cível 267.440-1/10 - 40 salários mínimos) e *apenas uma decisão um montante superior a 100 salários mínimos* (Apelação Cível 9.659-5 - 250 salários mínimos para cada autor). Há *evidente divergência no Tribunal de Justiça de São Paulo sobre a fixação do montante do dano moral, quando julgado procedente*. É importante sublinhar que a Assistência Judiciária da PGE/SP que moveu 59 ações indenizatórias até junho de 1999, demandou *500 salários mínimos por autor*. Esse *quantum* foi decidido pelos procuradores que, após pesquisa da jurisprudência do Tribunal de Justiça em 1992, constataram que o *ressarcimento pela perda de familiar era concedida na faixa de 50 a 100 salários mínimos*. Pelo que se verifica nessa pesquisa dos acórdãos até dezembro de 1998, o TJSP mudou pouco no que tange, pelo menos, aos presos mortos pela Polícia Militar no massacre do Carandiru.

Há uma decisão, por votação unânime, da *Décima Câmara de Direito Privado* do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁸³ que pode ser trazida como um ponto de referência para ampliar a reflexão sobre a adequação dos critérios de fixação do *dano moral*. Trata-se de uma ação de reparação de danos *por ofensa contra a honra* cujo autor foi o coronel Ubiratan Guimarães. A ré, Difusão de Educação e Cultura S/A, editou um boletim informativo destinado às escolas e alunos do

solucionar um conflito entre percepção de que as Constituições não podem ter sua legitimidade limitada à sua positividade legal, a uma questão de fato. As Constituições, se pretendem ser válidas, devem ser intrinsecamente boas, funcionando como "reserva de justiça" para os sistemas políticos e jurídicos que organizam. "O critério de legitimidade do poder constituinte não é a mera posse do poder, mas a concordância ou conformidade do acto constituinte com as 'idéias de justiça' radicadas na comunidade. Poderia talvez dizer-se que o fundamento de validade da Constituição (= legitimidade) é a dignidade de seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da coletividade, da sua 'bondade intrínseca'." VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 203.

⁽¹⁸³⁾ ApCiv 3.631-4/6. 10.^a Câm. de Direito Privado. Rel. Des. G. Pinheiro Franco. Decisão: por unanimidade. Julg. 04.11.1997. Apelante: Difusão de Educação e Cultura S/A. Apelado: Ubiratan Guimarães.

Ementa: Indenização. Ofensa à honra. Boletim informativo. Publicação de matéria ofensiva, julgando e condenando o apelado como autor do massacre da Casa de Detenção. Existência de texto e montagem fotográfica, essa retratando-o atrás das grades, como se condenado. Preliminar de nulidade de sentença, por falta de fundamentação rejeitada. Apelo improvido.

curso de línguas Yázigi. Naquele boletim foi inserida matéria sob o título “Cidadão Imundo”, em que aparecia o coronel Ubiratan Guimarães, com a inscrição III no peito, atrás de grades, acompanhado de texto em que há referência ao fato de que ele comandou o massacre do Carandiru, sem arrepender-se do ato, incluindo-se ainda referência à imunidade parlamentar, no caso de sua investidura no parlamento paulista. O pleito indenizatório decorreria das ofensas contidas na matéria. A sentença de primeiro grau julgou a ação *procedente e condenou a ré ao pagamento de R\$ 10.500,00. Esse montante corresponde a 87,5 salários mínimos concedidos a título de compensação por danos morais*.¹⁸⁴ O recurso da apelante, Difusão de Educação e Cultura S/A, foi julgado e seu provimento foi negado. Na fundamentação do acórdão, destaca-se um trecho que – tendo em vista o presente estudo de cunho contextual – revela-se paradoxal: um suposto autor mediato de graves violações de direitos humanos se socorre do devido processo legal para ser ressarcido de crime contra honra por alegados fatos que notoriamente praticou, e com base nos quais fez campanha eleitoral pública e foi eleito para deputado estadual.

“O que precisa ficar bem esclarecido é que, justamente por vivermos em um Estado de Direito, não de força, não se pode admitir que o particular, extrapolando do direito de informar, acabe por praticar ofensa à honra de terceiro, condenando-o por ato ainda submetido ao Judiciário. Com isso, não se está pretendendo diminuir a responsabilidade do apelado pelo trágico evento. O que se pretende é que ele seja julgado por quem de direito. Apenas isso”.

Levando-se em consideração que a tutela jurisdicional só deve ser considerada efetiva quando for *tempestiva* (ou seja, há *garantia judicial*)¹⁸⁵ quando um julgamento se realiza *em prazo razoável* – seja em matéria penal ou civil), e que, sabidamente, o Judiciário não tem sido capaz de decidir *tempestivamente* sobre a responsabilidade criminal do coronel Ubiratan Guimarães no caso Carandiru é irônico que os desembargadores resolvam responsabilizar a ré por violação do direito à *honra*, e conseqüentemente, limitar o direito de informação da sociedade e a liberdade de opinião por meio da imprensa, além de condená-la a um montante próximo (87,5 salários mínimos) àquele destinado majoritariamente pelo Tribunal de Justiça para compensar o dano *moral pela morte dos detentos ocorrida sob o comando do coronel*. Quanto ao critério para fixação do dano

⁽¹⁸⁴⁾ O salário mínimo em novembro e dezembro de 1997 era o mesmo 120 reais, e cada dólar – que ainda era fixado pelo câmbio político do governo Fernando Henrique Cardoso – valia 1,150 reais no dia do julgamento (04.11.1997). Cf. CDRom Folha de S. Paulo 98, seção câmbio.

⁽¹⁸⁵⁾ José de Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) subscrito em 22.11.1969, e que integra a ordem jurídica brasileira desde a edição do Decreto 678, de 06.11.1992, inclui entre as *garantias judiciais* a de um julgamento *em prazo razoável*. Ler: DINAMARCO, Cândido Rangel. “Aceleração dos procedimentos” *Anais da XVI Conferência Nacional dos Advogados: Direito, Advocacia e Mudança*. Brasília, OAB – Conselho Federal, 1996. p. 795-803.

moral, conclui-se, por comparação, que a honra de um comandante de chacina vale proporcionalmente muito em relação à dor dos familiares de suas vítimas fatais.

A segunda consideração diz respeito *ao critério adotado nas decisões sobre o ressarcimento das despesas com funerais*. Quatro decisões do Tribunal de Justiça acolheram como procedente esse pedido. Em todas as quatro situações dos casos, *terceiros efetuaram totalmente os pagamentos ou participaram como contribuintes*. Na Apelação Cível 250.092-1 e nos Embargos Infringentes relativos a essa apelação afirmou-se o entendimento que: “Embora suportadas por terceira pessoa que não a autora, é comum que, nessas ocasiões de profunda dor, os amigos tomem a dianteira e assumam, momentaneamente, tais despesas. Estas, foram comprovadas (fl. 47), portanto, devidas”. No caso dos Embargos Infringentes relativos à Apelação Cível 240.511-1/7, as despesas do funeral estão no nome do cunhado do falecido, e é a mãe do detento a autora da ação. Mas como argumenta-se no voto do Des. Antônio Villen nesse caso: “O próprio fato de tais documentos se encontrarem em poder da autora é indicativo de que houve reembolso a quem efetuou o pagamento e de que está ela autorizada a pleitear o ressarcimento”. Por outro lado, na Apelação Cível 262.804-1/5 concedeu-se o ressarcimento justificando-se que “estando os documentos com os autores, há convicção de que houve transferência ou reembolso para se credenciarem ao recebimento na disputa. Reforça este pensamento o fato das testemunhas Paulo e Sérgio serem contratantes daquelas despesas, sem nada ressaltarem (fls. 214 e 215) esclarecendo auxílio ou *vaquinha* das pessoas conhecidas e do bairro”.

Quando se examina o conjunto de dez decisões do Tribunal de Justiça que não concederam, verifica-se que: 1.º) em *quatro casos* não se pleiteou o ressarcimento das despesas de funerais (respectivamente, as Apelações Cíveis 267.440-1/10; 010658-5/9-00; 240.630-1/0, e; 246.297-1/2). 2.º) em *cinco casos o pedido não foi acolhido porque as despesas do funeral não foram efetuadas pelo autor(a) da ação, e sim por terceiros*. São os casos das Apelações Cíveis 274.952-1/2; 224.506-1/7; 9.659-5; 243.364-1/7; 265.036-1/1. 3.º) em um caso, apesar das despesas com o funeral do detento falecido estarem no nome da autora, a ação foi julgada totalmente improcedente. É o caso da Apelação Cível 240.511-1/7.

Constata-se, portanto, que há uma notável divergência jurisprudencial no Tribunal de Justiça de São Paulo no tocante ao critério para o acolhimento do pedido de ressarcimento das despesas de funeral. Uma das correntes filia-se à tese de que as despesas devem ser comprovadamente efetuadas pelos autores da reparação de danos. A outra corrente adere à tese de que basta que os autores da ação indenizatória comprovem que as despesas foram efetuadas, *mesmo que tenham sido pagas por terceiros*. A segunda corrente contempla o fato notório de que quando a morte alcança famílias pobres são freqüentemente os irmãos, parentes, vizinhos ou amigos que pagam o funeral da vítima. Essa percepção do contexto sociocultural brasileiro não está presente no formalismo legal que informa a primeira corrente, que idealiza *pater familias* burgueses e afluentes entre as massas de trabalhadores e de excluídos da sociedade brasileira.

6. Considerações finais: do episódio do Carandiru às mudanças institucionais

“Ao referir-me ao tipo de mudança social envolvida num episódio, pretendo indicar em que medida ele é intensivo ou extensivo – quer dizer, com que profundidade uma série de mudanças desintegra ou remodela um alinhamento existente de instituições e qual a amplitude atingida por tais mudanças”. Anthony Giddens¹⁸⁶

Nestas considerações finais do estudo sociojurídico feito a partir do conflito no presídio do Carandiru, em 2 de outubro de 1992 (“episódio”),¹⁸⁷ pretende-se destacar a rapidez das mudanças ocorridas (*momentum*) e a direção das mudanças que ainda estão se verificando (“trajetória”).

A primeira observação a ser feita diz respeito à “luta pelo poder”¹⁸⁸ que está no centro da dinâmica do episódio do Carandiru. As Polícias Militares que usavam e abusavam, de um poder de fato de administrar a violência seletivamente em São Paulo – o que resultava em elevadas taxas de letalidade de civis – tiveram questionado, no caso Carandiru, essa prerrogativa a partir da ordem jurídica e constitucional em processo de efetivação democrática. A competência da Justiça Militar tinha servido, no regime militar, para proteger indevidamente os abusos cometidos pela corporação policial-militar, e em particular assegurar a impunidade dos oficiais. Apesar da promulgação da Constituição democrática de 1988, essa competência da Justiça Militar para processar e julgar policiais militares não foi repelida. O episódio da chacina do Pavilhão 9 reapresentou essa questão importante das reformas democratizantes do Judiciário. A *lei federal 9.299/96 – apesar de carente de aperfeiçoamento* – consistiu numa mudança rápida que afrouxou uma das amarras que prendiam o Judiciário à tutela herdada do regime militar. No entanto, as tentativas de mudanças continuam no plano legislativo federal. Há uma iniciativa do governo federal de emenda constitucional que transfere para a Justiça Federal a competência para julgar crimes contra direitos humanos.¹⁸⁹ Existe ainda um pri-

(186) GIDDENS, Anthony. *A Constituição da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1989. p. 200.

(187) “Toda vida social é episódica, e eu reservo a noção de episódio, como a maioria dos conceitos da teoria da estruturação, para aplicá-la a toda gama de atividade social. Caracterizar um aspecto da vida social como um episódio é vê-lo como um certo número de atos ou eventos com um começo e um fim especificáveis, envolvendo assim uma determinada sequência”. GIDDENS, Anthony. *A Constituição da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1989. p. 198.

(188) “Essas lutas podem ser vistas como relacionadas com os esforços para subdividir recursos que geram modalidades de controle em sistemas sociais. Entendo por “controle” a capacidade que alguns atores, grupos ou tipos de atores têm de influenciar as circunstâncias da ação de outros.” GIDDENS, Anthony. *A Constituição da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1989. p. 231.

(189) “Gregori anuncia combate ao abuso policial: Secretário diz que é prioritária aprovação de emenda transferindo para Justiça Federal poder de julgar crimes contra direitos

vilégio "corporativo" que se encontra no centro do debate político – nacional e que aparece com um papel importante no caso Carandiru: a imunidade parlamentar que serviu, no exemplo do coronel Ubiratan Guimarães, para protegê-lo da perseguição criminal demandada pela sociedade.¹⁹⁰

A luta pela reforma da competência da Justiça Militar, pela federalização dos crimes contra direitos humanos e a pela alteração nas imunidades parlamentares encontra forte oposição de *lobbies* corporativos. Por isso mesmo, as tentativas de mudança ganham em sentido democratizante: são expressão de um experimenta-mismo institucional que visa reduzir as barreiras existentes contra a igualdade formal e material de direitos.

A segunda consideração refere-se às mudanças institucionais e nas políticas governamentais no próprio local do conflito, São Paulo. De imediato, a repercussão do conflito na Casa de Detenção resultou na exoneração do Secretário de Segurança Pública, Pedro Franco de Campos.¹⁹¹ Michel Temer, o novo Secretário, trouxe mudanças. Primeiro, houve maior controle sobre o emprego da violência policial. O resultado foi notável. Em 1992, 1.359 civis morreram em confrontos com policiais. No ano seguinte ao caso Carandiru, esse número caiu para 329; em 1994, foram 413 civis mortos em alegados confrontos com policiais. Apesar da diminuição, essa cifra é a mais elevada entre as vinte maiores economias industriais sob democracia, entre as quais se situa a brasileira.¹⁹² Segundo, até a chacina na Casa de Detenção, a polícia e o sistema penitenciário se subordinavam à mesma autoridade, o Secretário de Segurança Pública. Depois, o governador Fleury afastou essa competência sobre o sistema penitenciário. Por fim, as *negociações* conduzidas por autoridades com detentos em rebelião tornaram-se práticas regularmente adotadas em São Paulo, exceto em casos de risco à integridade física de eventuais reféns, o que pode justificar a invasão policial urgente.

Epílogo

No dia 22 de março de 1999, a 2.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu, por dois votos a um, não acolher o recurso movido pelo coronel Ubiratan Guimarães contra a sentença de pronúncia do juiz do 2.º Tribunal do Júri. A defesa do coronel pedia sua absolvição sumária. O julgamento começou no dia 8 de março, quando o relator do processo, Des. Paulo Emydio de Carvalho votou pela absolvição sumária, acolhendo a tese da defesa que sustentava que a ação policial na invasão fora legítima. O Des. Carvalho entendeu que

humanos", matéria de Jailton de Carvalho. *Jornal do Brasil On line / Internet*. 01.01.1998.

(190) Sobre as tentativas recentes de restringir essa imunidade parlamentar formal, ler: "Até que enfim: Câmara se prepara para votar a imunidade e acabar com a proteção aos criminosos". *Veja*, 24.03.1999.

(191) A saída do Secretário de Segurança Pública ocorreu na quarta-feira 7 de outubro de 1992 – cinco dias após o episódio do Carandiru.

(192) Cf. PINHEIRO, Paulo Sérgio. "Direitos humanos no ano que passou: avanços e continuidades". *Direitos humanos no Brasil*. São Paulo: NEV-USP, 1995. v. 1, p. 11.

o oficial estava acobertado por três excludentes de ilicitude: legítima defesa (atacada pelos amotinados, a tropa reagiu com os meios necessários), estrito cumprimento do dever legal (a ordem de invasão partiu de escalões superiores do governo estadual – acatara ordens do Secretário de Segurança Pública e de um juiz, após o esgotamento de medidas persuasivas) e não exigibilidade de outra conduta (bater em retirada, fugindo ao confronto).¹⁹³ No dia 15, o desembargador Sebastião da Silva Pinto votou contra a absolvição sumária. Afinal no dia 22, ocorreu o desempate: o desembargador Angello Gallucci votou pelo julgamento do coronel pelo júri popular, alegando que sua “absolvição sumária resultaria em impunidade de outros PMs (120) que, visivelmente, exageraram”.¹⁹⁴

Segundo Luiz Antônio Marrey, procurador geral da Justiça do Estado de São Paulo, o massacre dos 111 presos “é um caso emblemático da violação de direitos humanos no Brasil e suprimir o seu julgamento pelo Tribunal do Júri seria o mesmo que enviar uma mensagem que poderia ser entendida como um sinal verde para a impunidade da brutalidade policial”.¹⁹⁵

O advogado de defesa do coronel Guimarães apresentou recurso de embargos infringentes, pois não houve unanimidade no julgamento da 2.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça. No julgamento realizado no dia 28 de junho de 1999, cinco desembargadores reexaminaram a alegação, sustentada pelo advogado, de que o comandante da invasão do Pavilhão 9, do Carandiru apenas cumpriu seu dever legal.¹⁹⁶ Dessa vez, a 2.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, por 4 votos a 1, indeferiu recurso da defesa e confirmou decisão que manda a júri, por 111 homicídios qualificados e cinco tentativas de morte, o coronel Ubiratan Guimarães.¹⁹⁷

Bibliografia

ANISTIA INTERNACIONAL. *Chegau a morte: massacre na Casa de Detenção, São Paulo*. Porto Alegre: Anistia Internacional – Seção Brasileira, 1993.

(193) “Julgamento que pode inocentar coronel recomeça: o homem que comandou o massacre de 111 presos na Casa de Detenção espera os votos de 2 magistrados”, matéria de Thélío de Magalhães. *Estado de S. Paulo/Net Estado*, 15.03.1999.

(194) “Comandante da Detenção deve ir a júri: TJ decide mandar PM acusado pela morte de 111 presos em 92 a julgamento popular; defesa vai recorrer”. *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 23.03.1999. p. 3.

(195) “Carandiru: coronel vai a júri popular”. *Estado de S. Paulo / Net Estadão*, 22.03.1999.

(196) “Comandante da Detenção deve ir a júri: TJ decide mandar PM acusado pela morte de 111 presos em 92 a julgamento popular; defesa vai recorrer”. *Folha de S. Paulo*, caderno Cotidiano, 23.03.1999. p. 3.

(197) “Coronel vai a júri por massacre no Carandiru”. *O Estado de S. Paulo*, caderno Cidades, 29.06.1999, p. C7. A reportagem alerta o leitor que a defesa poderá ainda recorrer ao Superior Tribunal de Justiça.

- ARNAUD, André-Jean e FARIÑAS DULCE, Maria. *Introduction à l'analyse sociologique des systemes juridiques*. Bruxelles: Bruylant, 1998.
- ARNAUD, Jean-André. "Repensar um direito para a época pós-moderna". *O Direito traído pela filosofia*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.
- BOTTO, Vicente. *Relatório final da Comissão Parlamentar constituída com a finalidade de apurar os fatos ocorridos no Pavilhão "9", da Casa de Detenção de São Paulo, no dia 2 de outubro de 1992*.
- CAHALI, Yusef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- CALDEIRA, Teresa. "La delincuencia y los derechos individuales: redefinindo la violencia en América Latina". JELIN, Elizabeth e HERSHBERG, Eric (coordenadores). *Construir a democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*. Caracas: Nueva Sociedad, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Portugal, 1998.
- . *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1974.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. "Aceleração dos procedimentos". *Anais da XVI Conferência Nacional dos Advogados: Direito, Advocacia e Mudança*. Brasília: OAB – Conselho Federal, 1996.
- GIDDENS, Anthony. *A Constituição da sociedade*. São Paulo: Martins Fortes, 1989.
- KAHN, Túlio. "As violações de direitos fundamentais no Brasil". *Os direitos humanos no Brasil*. São Paulo: NEV/CTV, 1993.
- MACHADO, Marcello Lavenère e MARQUES, João Benedito de Azevedo. *História de um massacre: Casa de Detenção de São Paulo*. São Paulo: Cortez, 1993.
- MÜLLER, Friedrich. *Direito – Linguagem – Violência: elementos de uma teoria constitucional, I*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.
- . *Discours de la méthode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.
- PEREIRA, Anthony W. "O monstro algemado? Violência do Estado e repressão legal no Brasil, 1964-1997". *Democracia e instituições políticas brasileiras no final do século XX*.
- ZAVERUCHA, Jorge. (Organizador) Recife: Bagaço, 1998.
- PIETÁ, Elói e PEREIRA Justino. *Pavilhão 9: o massacre do Carandiru*. São Paulo: Scritta, 1993.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio et al. "Violência fatal". *Revista da USP*, n. 9, março-maio, 1991.
- . "Direitos humanos no ano que passou: avanços e continuidades". *Direitos humanos no Brasil*. São Paulo: NEV-USP, 1995. v. 2.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- ZAVERUCHA, Jorge. "O Congresso, o Presidente e a Justiça Militar". *Justiça & Democracia*, n. 3, São Paulo: Associação Juizes para a Democracia – Ateliê Editorial, 1997.