



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO EM
DECORRÊNCIA DA EXPEDIÇÃO DE MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO
GENÉRICOS EM FAVELAS CARIOCAS

Tatiane Guimarães Tomé Pereira

Rio de Janeiro
2018

TATIANE GUIMARÃES TOMÉ PEREIRA

O CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO EM
DECORRÊNCIA DA EXPEDIÇÃO DE MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO
GENÉRICOS EM FAVELAS CARIOCAS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

O CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO EM DECORRÊNCIA DA EXPEDIÇÃO DE MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICOS EM FAVELAS CARIOCAS

Tatiane Guimarães Tomé Pereira

Graduação em Direito pela Universidade Gama Filho. Técnico Médio da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – A legalidade dos mandados coletivos de busca e apreensão é tema que ganhou relevância no cenário jurídico atual, em especial no Estado do Rio de Janeiro, após a decretação de Intervenção Federal na Segurança Pública do Estado, por meio do Decreto nº9.288, de 16/02/2018. Criando grande controvérsia entre juristas e operadores do direito, a matéria ganha destaque ao se observar as inúmeras violações a direitos e garantias individuais realizadas pelas forças de segurança do Estado, sob um aparente manto de legalidade, vez que apoiadas em ordem judicial. Nesse contexto, o presente trabalho visa abordar os inúmeros aspectos que envolvem a legalidade das ordens genéricas de busca e apreensão, sem precisão quanto ao objeto que se visa buscar e limites geográficos determinados em sua expedição, assim como analisar a forma como tais decisões interferem na esfera privada dos moradores atingidos por essas medidas e a possibilidade, ou não, de se pleitear indenização por dano moral coletivo em razão da decisão judicial que autoriza a medida altamente gravosa.

Palavras-chave – Responsabilidade civil do Estado. Dano moral coletivo. Mandado de busca e apreensão.

Sumário – Introdução. 1. As ordens genéricas de busca e apreensão em favelas cariocas e a legalidade estrita. 2. A caracterização do dano moral coletivo 3. Da responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca tratar da temática que envolve a criminalização da pobreza e a responsabilidade civil do Estado, analisando o cabimento de indenização por dano moral coletivo em decorrência da expedição de mandados de busca e apreensão genéricos em favelas cariocas

De fato, num contexto social de crescente violência urbana, em especial na cidade do Rio de Janeiro, há de se reconhecer que a insegurança pública conflui para uma realidade de segregação social, se constituindo em verdadeiro obstáculo ao exercício de direitos fundamentais e de cidadania pela parcela menos abastada da população, notadamente aos moradores de favelas e periferias cariocas.

A cultura implantada no meio social enxerga as comunidades mais carentes e periféricas da cidade como locais marginalizados, que já alijados de seus direitos sociais mais básicos, ainda são associados à proliferação da violência e ao tráfico de drogas.

Essa realidade pode ser claramente observada por meio do episódio das incursões policiais ocorridas em agosto de 2017 nas comunidades do Jacarezinho e adjacências, que respaldadas por decisões judiciais concessivas de mandados de busca e apreensão genéricos, sem a indicação clara de seu objeto e com limites geográficos imprecisos e abrangentes, afrontaram flagrantemente a Ordem Constitucional vigente, bem como incorreram em grave violação a direitos e garantias fundamentais constitucionalmente consagrados, tais como a inviolabilidade de domicílio, a dignidade, a honra e a imagem dos moradores.

Tal visão de criminalização da pobreza e estigmatizada dos moradores desses grandes conglomerados urbanos como responsáveis pela criminalidade, não pode jamais ser compartilhada pelo Estado de direito, e menos ainda pelo Poder Judiciário, enquanto garantidor da eficácia dos direitos fundamentais individuais.

Assim, importa chamar à discussão a atuação jurisdicional no episódio mencionado, abordando a desproporcionalidade de tais decisões em relação a casos análogos e a disparidade de tratamento dispensado em relação a castas sociais de maior poder aquisitivo e a parcela mais carente da população carioca.

Busca-se, portanto, abordar um olhar discriminador do Estado quanto às periferias cariocas, sob o pretexto de “guerra às drogas” e até que ponto tal enfoque viola a dignidade das comunidades carentes destacadas no projeto.

Do ponto de vista jurídico, a discussão ganha importância ao se considerar a gama de violações a direitos fundamentais perpetrada nos episódios elencados e a discrepância entre a atuação jurisdicional em questão e o direcionamento adotado pelo Ordenamento Jurídico Constitucional, que determina a resguardo e a promoção da dignidade da pessoa humana como base do Estado Democrático de Direito.

Sob este prisma, objetiva-se discutir, então, até que ponto tais medidas vão de encontro a um anseio social por uma persecução penal efetiva ou refletem uma visão social que rotula os moradores das favelas como responsáveis pela criminalidade e, assim, analisar a interferência dessa visão nos valores coletivos das comunidades atingidas, estudando ainda a possibilidade de responsabilização do Estado por dano moral coletivo.

O primeiro capítulo se inicia buscando demonstrar quais os critérios objetivos que respaldam a expedição de ordens genéricas de busca e apreensão em favelas cariocas e se tais medidas são influenciadas por uma cultura social de criminalização da pobreza.

Segue-se no segundo capítulo observando que a expedição de mandados genéricos de busca e apreensão, além de permitir verdadeira invasão às residências e à vida privada dos moradores de tais localidades, sem que esses tenham praticado qualquer ilícito motivador da

ação estatal, ainda importa em grave violação à dignidade humana e repercute de forma negativa na maneira como esses indivíduos são considerados pela sociedade.

O terceiro capítulo analisa a responsabilidade do Estado em decorrência da atuação jurisdicional em questão, avaliando as posições adotadas tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina para o estudo da questão.

A pesquisa é elaborada pelo método hipotético-dedutivo, ao passo que, diante de uma problematização clara e precisa do objeto de pesquisa, visa-se construir uma solução por meio de hipóteses consistentes com a observação efetuada.

Para tanto, a pesquisadora se valerá de abordagem qualitativa, utilizando bibliografia, doutrina e jurisprudência pertinentes ao tema para sustentar a sua tese.

1. AS ORDENS GENÉRICAS DE BUSCA E APREENSÃO EM FAVELAS CARIOCAS E A LEGALIDADE ESTRITA

O debate acerca da legalidade das ordens genéricas de busca e apreensão nas periferias cariocas ganhou destaque a partir da repercussão dos abusos perpetrados pelas autoridades de segurança nos episódios de incursões nas favelas do jacarezinho e adjacências em agosto de 2017.

Tais episódios foram marcados por inúmeras violações a direitos fundamentais de moradores, os quais tiveram seu cotidiano abalado pela atuação arbitrária das forças de segurança do Estado que, calcadas em mandados de buscas genéricos e imprecisos, realizaram verdadeira devassa em residências e revistas pessoais avultantes, inclusive em mulheres e crianças a caminho da escola.

Diante de tantos excessos e principalmente no contexto atual, com a decretação de Intervenção Federal na Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, por meio do Decreto nº9.288/18, e recentes declarações do então Ministro da Defesa, Raul Jungmann¹, e da Procuradoria Geral da República², defendendo a utilização dos chamados “mandados coletivos” de busca e apreensão, importa se chamar à discussão a legitimidade da atuação jurisdicional nestes casos e a sua repercussão na esfera privada dos moradores atingidos.

¹JUNGMANN, Raul. *Mandado coletivo, uma falsa polêmica*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniao/mandado-coletivo-uma-falsa-polemica-22420145>>. Acesso em: 09 abr.2018.

² RODAS, Sérgio. *Em nome da segurança, PGR defende mandado coletivo de busca e apreensão*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-22/seguranca-pgr-favoravel-ordem-busca-apreensao-coletiva>>. Acesso em: 09 abr.2018.

O que se costumou denominar de mandados coletivos de busca e apreensão se consubstancia, efetivamente, na concessão de ordens genéricas de busca que, sem determinação clara quanto ao seu objeto ou precisão quanto aos seus limites geográficos são frequentemente direcionadas à parcela mais periférica e marginalizada da população, sob o pretexto de guerra às drogas e combate a criminalidade.

É, porém, figura que, segundo o próprio Ministério Público Estadual³, na pessoa da Dra. Andrea Rodrigues Amin, Coordenadora do GAESP - Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública, não existe no Direito Penal Brasileiro, mas que vem sendo requerida frequentemente na atuação policial e concedida por inúmeros magistrados como meio de relativização dos instrumentos processuais, sob o pretexto de se atender uma demanda social por maior efetividade na persecução penal e conseqüente reflexo direto no sentimento coletivo de segurança.

Malgrado o esforço da retórica, a verdade é que a atuação jurisdicional pautada em tais parâmetros é ilegal e contraria tudo aquilo em que se funda o Estado de Direito, qual seja, o controle da intervenção Estatal nas liberdades individuais e na vida privada e garantia de direitos fundamentais, calcados na dignidade da pessoa humana.

Isso porque, diante da lógica estabelecida pela legislação penal, impensável seria se conceber a existência de mandados vazios, verdadeiras cartas brancas para a atuação policial, que sequer mencionem o que e onde se pretende buscar. Inverte-se, assim, a ótica da própria investigação, segundo Aury Lopes Jr.⁴, não se podendo admitir a busca e apreensão como primeiro ato da investigação. Segundo ele “não se busca para investigar, senão que se investiga primeiro e, só quando necessário, postula-se a busca e apreensão. Logo, inexistente justificativa para que uma busca seja genérica nesse requisito (endereço correto). Que primeiro a autoridade policial investigue e defina o que precisa buscar e onde.”

É preciso, portanto, ter um foco, um norte claramente determinado para a expedição de medida tão drástica, não podendo se esquecer que aquilo que for alcançado com a efetivação da medida deve servir como instrumento de prova em um inquérito preexistente e cujo objetivo deve ser necessariamente relacionado com o que se pretendeu buscar.

Outro ponto importante a ser mencionado é que a medida deve ser imprescindível, vez que altamente gravosa para o indivíduo. Trata-se uma violência legitimada, mas que somente tem lugar nas situações especificamente determinadas pela Constituição Federal e

³ AUDIÊNCIA PÚBLICA, 26 mar.2018, DPU-RIO. *A intervenção federal e seus reflexos no cotidiano nas favelas*. Rio de Janeiro, 2018.

⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.644.

pela legislação penal, não cabendo interpretação extensiva das normas que a regulam, nem se admitindo a busca quando a prova pode ser produzida por outros meios menos gravosos.

Aury Lopes Jr.⁵ trata bem da matéria ao dispor que:

A estrita observância dos limites legais é fato legitimante da medida, até porque, ontologicamente, o que diferencia a busca de um crime patrimonial qualquer, como o furto ou até o roubo praticado em uma residência? Nada. Em ambos existe a invasão do domicílio e a subtração de coisa alheia móvel. A diferença se dá noutra dimensão, na legitimidade ou ilegitimidade da violência praticada. A busca é uma violência estatal legitimada, mas que exige, para isso, a estrita observância das regras legais estabelecidas. Então, nessa matéria, não há espaço para informalidades, interpretações extensivas ou analogias.

Quando se leva essa discussão, então, para a realidade das operações policiais em favelas e periferias, a violência fica ainda mais evidente e a percepção que se tem é a de que barracos e casebres não são dignos de proteção. Inúmeros abusos são cometidos por uma polícia arbitrária e seletiva, empoderada de uma perigosa autonomia. Casas são invadidas, pertences destruídos, documentos danificados ou “extraviados”, e até crianças são revistadas a caminho da escola.

São excessos escondidos sob o manto de uma aparente legalidade, reduzindo-se a figura do morador, pobre e favelado, à condição de menor relevância, sempre atrelada à criminalidade ou à convivência com ela. Preconceitos sociais arraigados na atuação Estatal, como se “a violação a direitos humanos contra moradores das favelas fizesse parte de uma regra não escrita e vigente.”⁶

O uso recorrente de tais medidas, entretanto, especialmente no cenário de conflito existente no Rio de Janeiro, reflete, todavia, questões bem maiores do que a simples análise da legalidade das buscas ou não, questões atinentes à essência da prestação jurisdicional, ao atendimento de sua função social e aos preceitos de neutralidade, independência e imparcialidade que devem reger as decisões judiciais em um Estado Democrático de Direito.

Percebe-se nesses casos uma atuação além da medida, com feições de abuso de direito, que no afã de atender a necessidades reais no campo da segurança pública, traveste o juiz na figura de inquisidor, e rotula uma população já marginalizada com o estigma da criminalidade, reforçando a construção de um discurso de medo e exclusão da população pobre e periférica.

⁵ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 644- 645.

⁶ VALIM, Morgana Paiva; OLIVEN, Leonora Roizen Albek. Entre policiais e policiados: A intervenção violenta nas abordagens policiais em nome do Estado. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25, 2016, Brasília. *Sociedade, Conflito e Movimentos Sociais*. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Ocorre que a prestação jurisdicional não deve se prestar a colaborar com o Estado na implantação de políticas de segurança, nem deve o juiz se imbuir do ônus do combate à criminalidade, como se fosse *longa manus* do Governo na execução de tais políticas. Longe disso, a atuação jurisdicional deve se valer da garantia de direitos individuais, como forma de controle Estatal e manutenção de direitos, especialmente de minorias.

Eis aí o cerne da questão! A atuação jurisdicional deve ser pautada pela estrita legalidade, pela manutenção de garantias constitucionais e liberdades individuais frente ao Estado repressor. A expedição de ordem judicial, especialmente restritiva de direitos, deve passar pela análise de sua constitucionalidade, sob pena de estarmos legitimando atuações arbitrárias e abusivas, potencialmente danosas a um sem número de indivíduos.

Sobre o tema, vale citar trecho do voto do Ministro Eros Grau⁷, no julgamento do Habeas Corpus nº95.009-4/SP, ao discorrer acerca do dever de imparcialidade do magistrado:

Perdoem-se por falar em “interesses das partes” e em conflito no processo penal, mas desejo vigorosamente afirmar que a independência do juiz criminal impõe sua cabal desvinculação da atividade investigatória e do combate ativo ao crime, na teoria e na prática.

O resultado dessa perversa vinculação não tarda a mostrar-se, a partir dela, a pretexto de implantar-se a ordem, instalando-se pura anarquia. Dada a suposta violação da lei, nenhuma outra lei poderia ser invocada para reger o comportamento do Estado na repressão dessa violação. Contra “bandidos” o Estado e seus agentes atuam como se bandidos fossem, à margem da lei, fazendo moessa da Constituição. E tudo com a participação do juiz, ante a crença generalizada de que qualquer violência é legítima se praticada em decorrência de uma ordem judicial.

Percebe-se, portanto, que os abusos perpetrados em decorrência dos mandados coletivos de busca e apreensão, por tão gravosos e violadores de direitos fundamentais, não se travestem de legitimidade unicamente por estarem fundados em ordem judicial. Mais ainda, vê-se que a simples expedição desses atos se mostra inconstitucional e discriminadora, quando desprovida de justa causa e determinação quanto ao que se deve buscar, especificação do local exato das buscas ou demonstração de que tal medida é meio menos gravoso para se chegar ao resultado pretendido.

2. DA CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO

Partindo-se, então, da premissa de que a simples expedição das ordens de busca e apreensão, por si só, importa em ato ilícito, visto que extrapola os limites impostos pelo seu

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 95.009-4*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc95009eg.pdf>>. Acesso em: 15 mar.2018.

fim social e deixa de observar os requisitos formais expressos tanto na legislação penal quanto na Constituição Federal para a concessão da medida, vale destacar, agora, os seus reflexos no cotidiano das comunidades atingidas e a caracterização, nesses casos, de dano moral coletivo.

Por certo, não é nenhuma novidade que as ordens de busca expedidas em desfavor de comunidades inteiras da periferia carioca, configuram, na prática, verdadeiras cartas brancas para a atuação policial. A ordem judicial se reveste, em sua execução, de feições de salvo-conduto às autoridades policiais a legitimar os inúmeros excessos e abusos de direitos praticados contra a população.

Nessas ações, casas são vasculhadas e moradores constrangidos, sendo, por vezes, até agredidos fisicamente. Os excessos resultam em revistas abusivas, creches e escolas fechadas por dias, e mortos, inúmeros mortos diante de forte repressão policial. Tudo isso para se atender ao interesse social de “guerra às drogas”, que na realidade significa uma guerra à população pobre, negra e favelada, atrelada aos “perfis de risco” traçados pela sociedade e pelas políticas repressivas de segurança que vem sendo implementadas há anos, em especial no Rio de Janeiro.

O pobre é encarado como indivíduo perigoso e as favelas como redutos de marginais. Isso é fruto de uma construção social que há décadas discrimina a população pobre, ora atrelando-a à questões de saúde pública, onde o pobre era visto como eminente perigo social e os lugares que habitavam como “cortiços”, nocivos à saúde; ora condicionando-os a situação de subemprego, onde desempregados são vistos como “vadios” ou “bandidos”⁸.

Trata-se de uma visão criminalizadora da pobreza, enraizada, inclusive, nas instituições do Estado, em nome da qual são legitimadas graves violações a direitos fundamentais insculpidos constitucionalmente, fazendo da favela local de exclusão onde o preconceito dita e amplia os limites na atuação Estatal.

Nesse contexto, vale citar a posição do historiador carioca Atila Roque⁹:

Não há uma onda de violência. O que nós temos, não apenas no Rio, mas no país, é uma normatização de uma violência muito seletiva. Devemos evitar nos deixar levar pelos surtos de indignação que um ou outro fato destacado pela mídia provocam. O risco disso é buscar correndo um culpado. E historicamente no Brasil os culpados são sempre os pobres, os negros, os jovens. Há um certo tipo de perfil social que acolhe os preconceitos que a sociedade produz. (...) A violência letal da polícia tem destino certo. Tem cara, tem cor e tem endereço. Não podemos ignorar isso. (...) As instituições não funcionam da mesma forma para todos, elas se comportam de forma

⁸ KOSAK, Miriam; PEREIRA, Deivdy Borges; INÁCIO, Adreiele Andréia. *O sistema do Capital: reflexões sobre a criminalização da pobreza*. Disponível em: <<https://www.congressoservicosocialuel.com.br/anais/2017/assets/131611.pdf>>. Acesso em 07 mai.2018.

⁹ ROQUE apud VALIM, op. cit., nota 6.

diferente dependendo de quem é o interlocutor. E em um país estruturalmente marcado pelo racismo, ser um jovem negro determina o risco que você corre de ser executado pela polícia. [...]

Diante disso, não há como se fugir da pergunta: tais ordens de busca, de conteúdo genérico e impreciso, seriam admitidas nos bairros da elite, na Zona Sul carioca? O sentimento que se tem é que não.

Isso porque as desigualdades sociais são estendidas também à atividade jurisdicional e a garantia e o acesso a direitos fundamentais da população pobre, negra e favelada são mitigados em razão de um ideal de segurança, meramente hipotético.

Sobre o tema, Miriam Maria Kosak¹⁰ discorreu bem:

A palavra criminalizar significa configurar uma ação individual ou coletiva como crime. O fato de criminalizar a pobreza ou a população pobre traz um olhar carregado de estigma para estas populações, o que configura dificuldades para alcançar seus direitos básicos. A criminalização da pobreza, realizada por meio de diferentes mecanismos e muitas vezes sustentada pelos próprios aparatos institucionais que são responsáveis pelo emprego da justiça, causa interferências na constituição do que se entende por cidadania.

Ora, os moradores submetidos a essas ordens de busca genéricas são atingidos em sua cidadania e privados do gozo de direitos básicos! Humilhados e aviltados por uma atuação estatal seletiva e injusta! Atingidos naquilo que é mais caro ao ser humano, a sua dignidade!

É nesse contexto que se propõe discutir a caracterização da figura do dano moral coletivo na hipótese em exame.

Segundo Carlos Alberto Bittar Filho¹¹, dano moral coletivo é:

A injusta lesão à esfera moral de uma comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico.

Vê-se, portanto, que o conceito de dano moral coletivo está intimamente ligado à violação de valores coletivos, valores enquadrados em uma cultura coletiva e compartilhados por um conglomerado de pessoas, unidas por fatores comuns. Sobre tais valores, Bittar Filho¹² assevera que “em última análise, o significado do próprio homem, célula mãe da coletividade, é o alicerce do estudo dos valores coletivos, dos quais é ele a fonte”.

¹⁰ KOSAK, op. cit., nota 8.

¹¹ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>>. Acesso em: 02 mai.2018.

¹² *Ibidem*.

Não se pode olvidar ao sentimento de desvalia gerado no seio dessas comunidades atingidas não apenas em sua honra objetiva, ou reputação de que desfrutam no meio social, mas também no valor mais relevante do ponto de vista jurídico: a dignidade humana, considerada por inúmeros doutrinadores como um “valor constitucional supremo, núcleo essencial, do qual gravitam ao seu redor, todos os direitos fundamentais do homem.”¹³

O princípio da dignidade da pessoa humana é destacado pelo constituinte originário como fundamento do Estado, derivando dele e a ele se agregando todos os direitos fundamentais.

Nesse sentido, Luis Roberto Barroso¹⁴, Ministro do STF, assevera:

No plano filosófico, trata-se do elemento ontológico da dignidade, ligado à natureza do ser, ao que é comum e inerente a todos os seres humanos. O valor intrínseco ou inerente da pessoa humana é reconhecido por inúmeros autores e em diferentes instrumentos internacionais. Trata-se da afirmação de sua posição especial no mundo, que a distingue dos outros seres vivos e das coisas. (...)

Todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independente da raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição. Aqui se inclui o tratamento não-discriminatório na lei e perante a lei (igualdade formal).

Gustavo Tepedino¹⁵ vai além e considera que a primazia conferida pelo Texto Constitucional à cidadania e à dignidade da pessoa humana, configuraria a existência de uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento e capaz de salvaguardar múltiplos direitos da personalidade, bem como de inibir a tutela jurídica de qualquer ato que não atenda à sua realização.

No caso das incursões nas favelas do Jacarezinho, as violações a esses valores são evidentes, tendo sido os moradores atingidos em sua honra objetiva, no direito de ir e vir, na inviolabilidade de seus domicílios, no uso extremado da força nessas operações, mas principalmente em sua dignidade.

Na prática, os moradores são tratados não só pelos policiais, mas pelo Estado, aqui na figura do juiz natural, como cidadãos de segunda classe, como se merecessem menor valor

¹³ LIMA, Bem-Hur Pilotti Pereira; CAMILO, Andryelle Vanessa. *Da responsabilidade civil do Estado por sua omissão quanto a efetivação do direito à segurança pública*. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/35899931/da-responsabilidade-civil-do-estado-por-sua-omissao-quanto-a-efetivacao-do-direito/7>. Acesso em: 08 mai.2018.

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Disponível em: https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 08 mai.2018.

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. Disponível em: https://www.academia.edu/31740015/A_tutela_da_personalidade_no_ordenamento_civil-constitucional_brasileiro. Acesso em: 08 mai.2018.

do que os demais. Seus direitos não são considerados, suas vidas não têm importância, quando se protege unicamente a elite e seu patrimônio.

Vê-se, portanto, que o dano é manifesto e, no caso, se apresenta *in re ipsa*, decorrendo da própria ofensa e da gravidade do ilícito em si.

O dano coletivo extrapatrimonial fica, então, caracterizado e a sua reparação merece ser imposta, principalmente em face da função social dissuasória da indenização, visando ao desestímulo de práticas socialmente reprovadas.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO JURISDICIONAL

A fim de se estudar melhor a responsabilidade do Estado em razão das medidas genéricas de busca e apreensão, importante se faz observar que a ilicitude do ato se manifesta tanto na sua origem – prolação da decisão – quanto na sua execução.

De fato, a ilicitude da medida, quando de sua execução por parte das autoridades policiais não é difícil de se enxergar. São os excessos praticados no caso concreto, os abusos sofridos pelos moradores, coagidos por uma polícia repressora e invasiva e que, no caso das incursões nas Favelas do Jacarezinho e arredores, em 2017, foram amplamente noticiados por inúmeras matérias jornalísticas da época.

Tais excessos, porém, não se presumem e dependem da prova no caso concreto, para ensejar a responsabilidade do Estado. A ilicitude aqui não está na execução da medida em si – que a princípio se mostra legítima, fundada em decisão judicial e, portanto, um exercício regular do direito de persecução penal por parte do Estado –, mas na forma como essa é levada a efeito. É a forma de agir das forças de segurança do Estado que acarreta o dano e, então, ao vitimado resta comprovar, em ação própria, que o Estado agiu mal, agiu em excesso.

Contudo, é importante observar que, aquilo que muito embora tenha sido sobejamente noticiado no caso do Jacarezinho, pode não ser de tão fácil prova em outros casos que venham a surgir, especialmente ao se analisar a situação atual do Estado do Rio de Janeiro, sob intervenção federal desde fevereiro de 2018 e com uma política já declarada de repressão nos morros e favelas da cidade, inclusive com menção expressa do atual Ministro da Segurança Pública¹⁶ quanto ao intuito de se utilizar dos mandados genéricos de busca e apreensão, como meio de prova em investigações criminais.

¹⁶ JUNGSMANN, op. cit., nota 1.

É nessa linha de raciocínio que o presente trabalho busca estudar a ilicitude do ato estatal em sua origem, quando da concessão da ordem judicial. Busca-se, portanto, caracterizar a responsabilidade do Estado em razão do ato do juiz que profere a decisão abusiva e que não atende aos requisitos formais estabelecidos pelo ordenamento jurídico, excedendo os limites impostos pelo seu fim social e importando, assim, em abuso de direito e, por conseguinte, em ato ilícito, nos termos do art. 187, do Código Civil¹⁷.

A demonstração da ilicitude do ato já na prolação da decisão, tem consequências práticas muito interessantes. Primeiro porque ao se caracterizar o abuso de direito no simples deferimento dos mandados de busca, o dano se daria *in re ipsa*. Estaria, assim, presumido e decorreria da própria ilicitude do ato, não exigindo comprovação da lesividade da conduta concreta do agente policial, por parte dos vitimados.

Outra consequência interessante seria o caráter inibitório da reparação que teria maior alcance e talvez pudesse produzir maior proteção aos moradores das comunidades atingidas por essas medidas quando se repreende a prática do ato judicial ilícito que legitima as ações das forças de segurança, do que simplesmente se indenizar esses moradores, depois que os danos já foram produzidos.

O que se visa, portanto, é dar a mais ampla efetividade às garantias constitucionais já conferidas a essas minorias, assegurando-lhes tratamento digno e igualitário por todos os Poderes de Estado, inclusive o Judiciário que deveria ser, vale dizer, a última instância de proteção de direitos individuais frente ao Estado.

Quando se fala em responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, porém, a matéria ganha grande controvérsia, sendo esta, até a presente data, uma das poucas hipóteses em nosso Judiciário em que ainda prevalece a teoria da irresponsabilidade do Estado.

Os fundamentos dos que defendem a irresponsabilidade estatal por atos jurisdicionais, passam pela soberania do Poder Judiciário, pela independência do juiz no exercício de suas funções e pela imutabilidade da coisa julgada, mas esses argumentos são refutados por grande parte da doutrina.

Quanto ao argumento da soberania do Poder Judiciário, a ressalva que se faz é a de que esta seria um atributo do Estado que tem como notas características a unidade e a

¹⁷ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 07 mai.2018.

totalidade¹⁸, sendo designada a cada um de seus Poderes no exercício de suas funções, os quais a exercem nos limites estabelecidos pela Constituição Federal.

Vitor Luís de Almeida¹⁹ acrescenta que:

Soberania significa poder supremo, o que não denota dizer absoluto ou não sujeito à ordem jurídica. Assim, a ideia do exercício da jurisdição como manifestação da soberania não desobriga o Estado do dever de indenizar terceiros pelos prejuízos oriundos de seus atos.

A independência do magistrado no exercício de suas funções é outro argumento rechaçado pela doutrina majoritária, que entende que, quando muito, justificaria a irresponsabilidade pessoal do juiz, não havendo qualquer incompatibilidade, porém, em se atribuir ao Estado a responsabilidade pelos danos provenientes da atividade jurisdicional²⁰.

A imutabilidade da coisa julgada, por outro lado, é, sem dúvida, o argumento mais forte sustentado por esta tese, mas nem assim tem o condão de afastar a responsabilidade do Estado pela prática de atos judiciais lesivos, isto porque além de tal instituto sofrer mitigações no direito brasileiro, provenientes da ação revisional e da rescisória, também há que se entender que nem todos os atos de jurisdição são dotados de coisa julgada material.

Cretella Júnior²¹ é bem claro nesse sentido, aduzindo que:

Mas, se a coisa julgada é que fixa um limite à regra geral de responsabilidade, escreveu Alcino de Paula Salazar, a consequência imediata e irrecusável do argumento é que essa regra geral ficará prevalecendo com relação a todos os atos que não tenham esse caráter. Estarão, assim, fora da proteção de princípio especial derogatório daquela regra todos os atos que não constituam uma *res judicata*, a dizer: as decisões proferidas em processos de jurisdição voluntária e graciosa, preventivos e preparatórios, as interlocutórias, os atos de execução. Ai teremos, pois, uma larga parte de esfera de atribuições dos magistrados e dos auxiliares da justiça, envolvendo funções da maior importância, colocada fora da influência das normas reguladoras da coisa julgada.

Ora, o ato judicial não precisa do atributo da definitividade para produzir dano e não há como se negar que a atuação jurisdicional é dotada de uma força coercitiva potencialmente danosa. Assim, o fundamento da indenização, nestes casos, está justamente na teoria de

¹⁸ FONSECA apud CRETELLA JÚNIOR, José. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66586/69196>>. Acesso em: 24 mai.2018.

¹⁹ ALMEIDA, Vitor Luís. *A responsabilidade civil do estado por erro judiciário sob a ótica do sistema lusófono: Análise nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496627/000967069.pdf>>. Acesso em: 23 mai.2018.

²⁰ FARIA, Edimur Ferreira de; MARIANO, Raphael David Duarte. *A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de atos judiciais*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24, 2015, Belo Horizonte. *Política judiciários, gestão e administração da justiça*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

²¹ SALAZAR apud CRETELLA JÚNIOR, op. cit., nota18.

repartição dos ônus e encargos sociais, que decorre da própria noção de Estado Democrático de Direito, segundo a qual, o fato da atividade estatal ser realizada em benefício de toda a sociedade implica na necessidade de divisão desses ônus e encargos sociais, surgindo para o Estado a obrigação de reparar o dano, como forma de se restabelecer tal equilíbrio.²²

Mas, especificamente nas hipóteses de danos provenientes da atuação jurisdicional fundada na persecução penal, essa necessidade de equalização dos encargos fica ainda mais evidente, acrescentando Luís Wanderley Gazoto²³ que não seria razoável que a vítima suportasse sozinha os efeitos de um ato danoso praticado em benefício da sociedade como um todo, “ao contrário, fica claro que o Estado correu o risco de, em prol do interesse público de persecução penal, incomodar alguém que não deveria ser incomodado e que, por isso, deve ser indenizado.”

É necessário esclarecer, porém, que a jurisprudência de nossos Tribunais é uníssona e só reconhece a responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional nas hipóteses previstas em lei, em especial no art.5º, inciso LXXV, da Constituição²⁴ e art. 630, do Código de Processo Penal²⁵, que preveem a indenização nos casos de condenação por erro judiciário e prisão além do tempo fixado em sentença.

A doutrina, entretanto, faz movimento contrário, resistindo à tese da irresponsabilidade estatal e empreendendo verdadeiro esforço para preencher as lacunas da lei e alcançar outras hipóteses em que a atuação do magistrado, enquanto agente público, produz efeitos lesivos na esfera do particular.

Diante disso, várias são as teses que surgem para se vislumbrar a responsabilidade do Estado por atos de jurisdição, em especial na seara da jurisdição criminal, ora se ampliando o conceito de erro judiciário, reconhecendo-se como tal não só os casos de culpa ou dolo do magistrado, mas também as situações que ensejem o ajuizamento de ação revisional – previstas na norma do art.621, do Código de Processo Penal²⁶ -, ora se estabelecendo o exercício da jurisdição como serviço público e amoldando-o às normas do art.37, §6º da Constituição Federal²⁷ e art.22, do Código de Defesa do Consumidor²⁸.

²² ALMEIDA, op. cit., nota19.

²³GAZOTO, Luís Wanderley. *Responsabilidade estatal por atos jurisdicionais*. Disponível em: <<https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/34063/Responsabilidade%20estatal%20por%20atos%20jurisdicionais.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 mai.2018.

²⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 07 mai.2018.

²⁵ Idem. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 24 mai.2018.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Idem, nota 24.

A tese, porém, que a essa pesquisa pareceu mais clara e acertada foi a defendida por Luís Wanderley Gazoto²⁹, que divide a responsabilidade estatal por atos de jurisdição entre aquelas decorrentes de atos lícitos e ilícitos, fundadas, respectivamente no risco administrativo e na *faute du service*.

Assim, entendendo-se o ato, praticado no exercício da jurisdição, como lícito, ou seja, atendendo ele a ordem jurídica e sendo proferido em consonância com a lei, mas vindo a ocasionar dano injusto ao particular, deve este ser reparado com base na teoria da repartição dos ônus e encargos sociais, sendo a responsabilidade estatal objetiva e “derivada de atividade de persecução penal evidentemente perigosa e desempenhada em proveito da sociedade”³⁰. Seriam os casos das prisões cautelares ou atos de investigação, praticados durante o inquérito policial ou no curso do processo penal, mas que culminam na absolvição do réu, procedência da revisão criminal ou no arquivamento do inquérito policial.

Por outro lado, sendo caracterizado o ato jurisdicional como ilícito em sua natureza, ou seja, aquele que “violando injustamente direito individual ou deixando de cumprir dever jurídico, provoca danos ao cidadão”³¹, a responsabilidade estatal vai se fundar na culpa administrativa ou falta do serviço, aí entendido como o defeito, vício ou irregularidade na prestação jurisdicional, o qual, por si só, enseja a responsabilidade do Estado.

Sob esses termos, e aí se inclui justamente a hipótese dos mandados de busca e apreensão, porque expedidos em flagrante abuso de direito, cabe ao lesado unicamente a prova da própria ilicitude do ato, que presente, já geraria o dever de indenizar.

Gazoto³² aborda o tema, aduzindo que a responsabilidade do Estado está fincada na própria antijuridicidade do ato, independente da vítima ser ou não condenada pela prática de um crime, podendo esta, ates mesmo do provimento final do processo, pleitear a indenização.

E conclui enfatizando expressamente que “como exemplo de atos ilícitos praticados em persecução penal teremos as prisões ilegais, o emprego da força desnecessária para efetuar a prisão, a apreensão de coisas em residência fora das hipóteses legais, os danos materiais praticados desnecessariamente no cumprimento de mandados etc.”³³

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade do Estado no caso da expedição de mandados de busca e apreensão em favelas cariocas, deve pautar-se pela teoria culpa

²⁸Idem. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 24 mai.2018.

²⁹GAZOTO, op. cit., nota 23.

³⁰Ibidem.

³¹Ibidem.

³²Ibidem.

³³Ibidem.

administrativa ou *faute du service*, podendo as comunidades lesadas em sua dignidade pleitear a indenização por dano moral coletivo, valendo-se unicamente da antijuridicidade da conduta do magistrado ao proferir decisão, em flagrante abuso de direito.

CONCLUSÃO

Foi constatado ao longo desta pesquisa que as ordens genéricas de busca e apreensão, expedidas sem justa causa e determinação quanto ao seu objeto ou limites geográficos, violam a legalidade, assim como se contrapõe à noção de Estado Democrático de Direito, que determina o controle da atuação Estatal nas liberdades individuais e na esfera privada e resguarda direitos e garantias fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana.

Verificou-se que tais decisões, por si só, já se travestem de feições de abuso de direito, ao passo que excedem os limites impostos por seu fim social, assim como contrariam comandos expressos na legislação penal e a proteção constitucional conferida à dignidade da pessoa humana, ao domicílio, à vida privada, à honra e à imagem dos indivíduos.

Concluiu-se, pois, que a atuação jurisdicional nesses casos é reflexo direto do fenômeno social da criminalização da pobreza, que se encontra enraizada, inclusive, no seio das instituições de Estado, tais como o Poder Judiciário, traduzindo um olhar discriminador do Estado em face das comunidades carentes e mais pobres da sociedade, e contribuindo com a criação de um lugar de exclusão social, onde se faz difícil o acesso e o respeito à direitos humanos e liberdades individuais.

Nesse enfoque, esta pesquisa visou demonstrar a caracterização de dano moral coletivo em razão da violação de valores coletivos dessas comunidades por força da atuação jurisdicional em questão, em especial por violação ao valor da dignidade da pessoa humana.

Ao analisar a responsabilidade do estado em decorrência da atuação jurisdicional, porém, a pesquisa constatou que a imensa maioria da jurisprudência caminha a sustentar a tese da irresponsabilidade Estatal. A doutrina, todavia, se posiciona de maneira oposta, buscando a caracterização da responsabilidade do Estado por atos judiciais que produzam dano ao particular.

A esta pesquisa, porém, pareceu mais acertada a tese sustentada por Luiz Wanderley Gazoto, que defende a diferenciação da responsabilidade civil do Estado em decorrência de atos jurisdicionais lícitos e ilícitos. Aos primeiros - abarcados aqui os casos de prisões cautelares que confluem com a absolvição do réu, revisão criminal ou arquivamento do inquérito, todos atos lícitos, praticados no curso da persecução penal, mas que acarretam dano

injusto ao particular -, caberia a aplicação da teoria da repartição dos ônus e encargos sociais, se responsabilizando o Estado, de forma objetiva, porque não se poderia admitir que o ônus da atuação estatal recaísse unicamente sobre o indivíduo lesado.

Os atos jurisdicionais ilícitos igualmente acarretariam a responsabilidade do Estado, com base, todavia, na teoria da *faute do serviço*, entendendo-se nesse caso que a própria antijuridicidade do ato, o defeito, vício ou irregularidade na prestação judicial, por si só, já ensejaria o dever de indenizar.

Sustentou a pesquisa, portanto, que nessa última hipótese estariam abarcadas as decisões concessivas dos mandados de busca e apreensão genéricos, ao passo que revestem-se de ilicitude em sua natureza, assumindo feições de abuso de direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vitor Luís. *A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário sob a ótica do sistema lusófono: análise nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496627/000967069.pdf>>. Acesso em: 23 mai.2018.

AUDIÊNCIA PÚBLICA, 26 mar.2018, DPU-RIO. *A intervenção federal e seus reflexos no cotidiano nas favelas*. Rio de Janeiro, 2018.

BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Disponível em: https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 08 mai.2018.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>>. Acesso em: 02 mai.2018.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 07 mai.2018.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 24 mai.2018.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 07 mai.2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 07 mai.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 95.009-4*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc95009eg.pdf>>. Acesso em: 15 mar.2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Disponível em:<<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66586/69196>>. Acesso em: 24 mai.2018.

FARIA, Edimur Ferreira de; MARIANO, Raphael David Duarte. *A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de atos judiciais*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24, 2015, Belo Horizonte. *Polícita judiciários, gestão e administração da justiça*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

GAZOTO, Luís Wanderley. *Responsabilidade estatal por atos jurisdicionais*. Disponível em:<<https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/34063/Responsabilidade%20estatal%20por%20atos%20jurisdicionais.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 mai.2018.

JUNGMANN, Raul. *Mandado coletivo, uma falsa polêmica*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniao/mandado-coletivo-uma-falsa-polemica-22420145>>. Acesso em: 09 abr.2018.

KOSAK, Miriam; PEREIRA, Deivdy Borges; INÁCIO, Adreiele Andréia. *O sistema do Capital: reflexões sobre a criminalização da pobreza*. Disponível em: <<https://www.congressoservicosocialuel.com.br/anais/2017/assets/131611.pdf>>. Acesso em 07 mai.2018.

LIMA, Bem-Hur Pilotti Pereira; CAMILO, Andryelle Vanessa. *Da responsabilidade civil do Estado por sua omissão quanto a efetivação do direito à segurança pública*. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/35899931/da-responsabilidade-civil-do-estado-por-sua-omissao-quanto-a-efetivacao-do-direi/7>. Acesso em: 08 mai.2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RODAS, Sérgio. *Em nome da segurança, PGR defende mandado coletivo de busca e apreensão*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-22/seguranca-pgr-favoravel-ordem-busca-apreensao-coletiva>>. Acesso em: 09 abr.2018.

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. Disponível em: <https://www.academia.edu/31740015/A_tutela_da_personalidade_no_ordenamento_civil-constitucional_brasileiro>. Acesso em: 08 mai.2018.

VALIM, Morgana Paiva; OLIVEN, Leonora Roizen Albek. Entre policiais e policiados: A intervenção violenta nas abordagens policiais em nome do Estado. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25, 2016, Brasília. *Sociedade, Conflito e Movimentos Sociais*. Florianópolis: CONPEDI, 2016.