

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELO ERRO JUDICIÁRIO

Marcelo Amaral Colpaert Marcochi e Juliana Fogaça Pantaleão¹

Noções Preliminares

“A lei não esgota o Direito, como a partitura não exaure a música”².

A Constituição Federal estabelece, no art. 5º, LXXV, que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença, garantindo a tal dever, caráter de direito fundamental do cidadão.

Atualmente, inúmeros são os erros judiciários que, a nosso ver, não podem ser restritos à seara do direito penal, uma vez que a norma constitucional estabelece o dever do Estado de indenizar tanto o condenado por erro judiciário, quanto a pessoa que permanecer presa além do tempo fixado na sentença.

Ademais, conforme estabelece o art. 37, §6º da Carta Constitucional, o Estado é responsável pelos atos praticados pelos seus agentes que causem dano a terceiro, garantindo, assim, que qualquer prejuízo decorrente da atividade estatal, independentemente de caracterizar erro judiciário, será reparado pelo Estado.

Yussef Said Cahali afirma:

¹ **Marcelo Amaral Colpaert Marcochi** - Advogado; Pós-Graduado em Direito Penal e Pós-Graduando em Direito Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura – EPM/SP; Membro da Comissão de Direitos e Prerrogativas da Câmara Criminal da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo – Subseção de Santos; Membro do Grupo de Estudos e Projetos Legislativos do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM; Professor de Direito Penal e Processual Penal; contatos: www.marcochi.com.br / **Juliana Fogaça Pantaleão** – Advogada; Pós-Graduada em Direito Processual penal pela Escola paulista da Magistratura – EPM/SP; Pós-Graduada em Direito Penal Econômico Internacional pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE) da Universidade de Coimbra/ Portugal; contato: julianafpanta@hotmail.com

² Mário Moacyr Porto *apud* Rui Stoco, *Tratado de Responsabilidade Civil*, 6ª ed. rev. atual. amp. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 1008.

“A responsabilidade civil do Estado pelo erro judiciário representa o reforço da garantia dos direitos individuais.(...) impõe-se no Estado de Direito o reforço da garantia dos direitos individuais dos cidadãos, devendo ser coibida a prática de qualquer restrição injusta à liberdade individual, decorrente de ato abusivo da autoridade judiciária, e se fazendo resultar dela a responsabilidade do Estado pelos danos causados”³.

II

Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais

Do latim *respondere*, tomado na significação de responsabilizar-se, “responsabilidade” denota garantir, assegurar, assumir o pagamento do que se obrigou ou do ato que praticou; subsumi-se assim em uma obrigação, ou seja, na satisfação de um prejuízo causado pendente de ressarcimento – do latim *resarcire* – consistente no pagamento de um dano ou a satisfação de uma obrigação, resultante ou fundada na responsabilidade.

Nesse passo, a forma de responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público sofreu diversas transformações no decorrer do tempo, passando por fases distintas. No entanto, apesar dos motivos que levaram à queda da teoria da irresponsabilidade do Estado, que prevaleceu na época dos déspotas e absolutistas, ainda hoje existem aqueles que a sustentam, porém, com argumentos calejados⁴.

³ Yussef Said Cahali, *Responsabilidade civil do Estado*, 2ª ed. amp. rev. atual. São Paulo, Malheiros, 1995, p. 599-602.

⁴ “Responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional. Impossibilidade. A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos jurisdicionais, a não ser nos casos expressamente declarados em lei” (TJRO. Apelação Cível 00.001957-7. Relator: Des. Eurico Montenegro). “No acórdão objeto do recurso extraordinário ficou acentuado que o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos expressamente declarados em lei, porquanto a administração da Justiça é um dos privilégios da soberania. Assim, pela demora da decisão de uma causa responde civilmente o juiz, quando incorrer em dolo ou fraude, ou ainda sem justo motivo, recusar, omitir ou retardar medidas que deve ordenar de ofício ou a requerimento da

A primeira fase, conhecida como a da irresponsabilidade do Estado, baseada na premissa *the king can do no wrong* (O Rei nunca erra; o Príncipe sempre tem razão), é caracterizada pela total irresponsabilidade do Estado frente aos danos causados aos particulares no exercício das funções estatais, prevalecendo sua soberania e seu poder incontrastável.

A premissa era de que o Estado era a expressão da Lei e do Direito conquanto não havia como considerá-lo violador da norma jurídica; não se concebia, por conseguinte, a constituição de direitos contra um Estado soberano.

O princípio desta teoria era o de que os agentes do Estado, quando faltavam ao dever ou violavam a lei seriam pessoalmente responsáveis pelo dano, mas jamais o Estado. O particular, desta feita, não ficava totalmente desprotegido porquanto provada a culpa ou o dolo do agente estes responderiam individualmente pelo “dano” causado.

Com o reconhecimento dos direitos dos indivíduos perante o Estado e, com a difusão da idéia de submissão do Estado ao Direito, a teoria da irresponsabilidade foi perdendo eficácia, embora os Estados Unidos da América e a Inglaterra ainda a adotassem, respectivamente, até 1946 e 1947⁵.

A segunda fase, civilista, adota a teoria da responsabilidade subjetiva, baseada no art. 15 do Código Civil de 1916, que dispunha que “as pessoas

parte (art. 121 do C. Pr. Civ.). Além disso, na espécie não se trata de responsabilidade civil decorrente de revisão criminal (art. 630 e seus parágrafos do C. Pr. Penal). Impõe-se a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público quando funcionário seu, no exercício das suas atribuições ou a pretexto de exercê-las, cause dano a outrem. A pessoa jurídica responsável pela reparação é assegurada a ação regressiva contra o funcionário, se houve culpa de sua parte. *In casu*, não se caracteriza negativa de vigência da regra do art. 15 do C. Civ., nem tampouco ofensa ao princípio do artigo 105 da Lei Magna. Aferição de matéria de prova (Súmula 279). Recurso extraordinário não conhecido” (RTJ64/689 – Rextr. n. 70.121/ MG (Tribunal Pleno) - Rel. Min. Djaci Falcão).

⁵ Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 398. “Ainda prevalece no sistema inglês a irresponsabilidade de certos funcionários, como juizes, autoridades policiais, sanitárias e alfandegárias, exceto se incorrerem em culpa grave” (José de Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro, 1995, vol. 2, *in* Rômulo José Ferreira Nunes, *responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicionais*. Pág.21.

jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

A teoria civilista ou mista era norteada pelas premissas de que os atos de império praticados pelo Estado escapariam ao domínio do direito privado, não sendo, portanto, responsabilizado o Estado por prejuízos causados por seus agentes ao atuarem invocando essa qualidade; os atos de gestão, desde que para praticados pelo Estado, se regeriam pelo direito comum, pelo que haveria a responsabilidade do Poder Estatal todas as vezes que, por culpa do funcionário, fosse ferir direito de alguém; e somente haveria responsabilidade civil do Estado quando, na prática de algum ato lesivo a outrem, ficasse comprovada a culpa do agente que o executou⁶.

Ex vi o estabelecido pelo antigo Código Civil, à vítima incumbia o ônus de provar a culpa ou o dolo do funcionário, havendo o Estado, direito de ação regressiva contra este.

‘É exatamente porque, exercendo a função o funcionário age mal, quer faltando ao dever prescrito em lei, quer procedendo de modo contrário ao Direito, que seu ato se torna ilegítimo e induz à responsabilidade do Estado. Se o funcionário agisse, sempre, dentro dos rigorosos limites da representação, jamais vincularia o Estado ao ressarcimento, de acordo com o art. 15 do CC’⁷.

A Constituição Federal de 1946 iniciou a denominada fase publicista, baseada na teoria da culpa administrativa, conhecida pelos franceses como *faute du service* (falta de serviço), fundamentada na culpa individual do causador do

⁶ José Augusto Delgado, A demora na entrega da prestação jurisdicional: responsabilidade do Estado – indenização, *Revista Trimestral de Direito Público*, 14:256/257, São Paulo, Malheiros, 1996.

⁷ Seabra Fagundes *apud* Jacira Nunes Mourão, Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, *Revista de Direito Civil – imobiliário, agrário e empresarial*, 3:71, ano 2, jan./março 1978.

prejuízo, ou na culpa do próprio serviço, denominada culpa anônima (casos de enchentes, por exemplo).

Nesta fase, restava à vítima comprovar a não prestação do serviço ou a sua insuficiência, configurando a culpa do serviço e a conseqüente responsabilidade do Estado, sobrevivendo três teorias à imprimir diretrizes ao nexo de causa e resultado: a) *teoria do risco administrativo*; b) *teoria da culpa administrativa* e c) *teoria do risco integral*.

A Constituição Federal hodierna de 1988 adotou a teoria do risco administrativo, fazendo surgir a responsabilidade objetiva do Estado, a partir da qual não importa se o serviço público realizado foi bom ou mal, mas sim, que o dano sofrido pela vítima foi conseqüência do funcionamento do serviço público, importando a relação de causalidade entre o dano causado e o agente.

Tal teoria difere-se da chamada teoria do risco integral, através da qual o Estado seria responsável por qualquer dano causado ao indivíduo, independentemente de ser a culpa exclusiva da vítima, hipótese de caso fortuito ou força maior.

O art. 37, §6º da Constituição Federal⁸ regula a matéria determinando que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos (concessionárias e permissionárias), 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.

“Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do

⁸ Art. 37, §6º- “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício das atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual – responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições - a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido” (2ª T - REextr. nº 228977 – Rel. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, 12.04.2002).

Observa-se que a responsabilidade de que cuida a Constituição Federal não se confunde com a responsabilidade civil contratual, que deverá ser analisada sob o ângulo dos contratos administrativos.

Ensina José Alfredo de Oliveira Baracho:

‘A responsabilidade patrimonial e extracontratual do Estado, por comportamentos administrativos, origina-se da teoria da responsabilidade pública, com destaque para a conduta ensejadora da obrigação de reparabilidade, por danos causados por ação do Estado, por via de ação ou omissão. O dever público de indenizar depende de certas condições: a correspondência da lesão a um direito da vítima, devendo o evento implicar prejuízo econômico e jurídico, material ou moral’⁹.

Nota-se, portanto, que a teoria do risco administrativo, configurando a responsabilidade objetiva do Estado, exige a ocorrência do dano, uma ação ou

⁹ *Apud* Alexandre de Moraes, *Constituição*, cit. p. 896.

omissão administrativa, o nexo causal entre o dano e a ação ou omissão, e a inexistência de causa excludente da responsabilidade estatal.

“O fundamento de qualquer responsabilidade civil não pode, todavia, ser outro que a exigência de que seja reparado um dano, uma vez demonstrado o nexo causal entre a atividade do agente e esse dano; a qualidade do agente, ou a natureza da atividade lesiva, nada têm a ver, doutrinariamente, com o princípio da responsabilidade civil, e muito menos poderão influir no hodierno Estado de direito”¹⁰.

Interessante observar que o artigo constitucional estabeleceu duas relações de responsabilidade, quais sejam: a do poder público e seus delegados na prestação de serviços públicos perante a vítima do dano, baseada no nexo causal; e a do agente causador do dano, perante a Administração ou empregador, baseada no dolo ou culpa, possibilitando que o Estado exerça seu direito de regresso nos casos de culpa exclusiva de seus funcionários, o que não lhe exime da obrigação indenizatória perante o particular.

Em relação às pessoas jurídicas de direito público interno, conforme disposto no art. 43 do Código Civil¹¹, na mesma ordem constitucional, estabelece que estas são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte deles, culpa ou dolo.

Embora a Constituição Federal declare a responsabilidade objetiva, Celso Antônio Bandeira de Mello, dentre outros, posiciona-se no sentido de que a responsabilidade será objetiva quando os danos decorrerem de atos comissivos,

¹⁰ Juarez C. Silva, Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, *Revista de Direito Público*, 20:166, São Paulo, Revista dos Tribunais.

¹¹ Art. 43. “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado o direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

ou seja, praticados mediante uma ação. No entanto, a responsabilidade é subjetiva quando os danos forem causados por omissão do agente, uma vez que:

“omissão, rigorosamente falando, não é causa de dano, conquanto seja certo que condiciona e irresistivelmente sua ocorrência nos casos em que, se houvesse a ação, o dano seria evitado”.¹²

Observa-se que tal argumento pode ser sustentado se a palavra “ato” constante do art. 43 do Código Civil for interpretada restritivamente tomando o sentido do verbo “agir” e, portanto, resultando de uma ação e não de uma omissão.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello ponderava:

“A responsabilidade do Estado por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona ou funciona mal ou com atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados”.¹³

Luís Wanderley Gazoto também critica a teoria objetiva da responsabilidade estatal:

“(…) a doutrina pretende, sem analisar corretamente os fundamentos da responsabilidade civil do Estado, ampliar demasiadamente o conceito de erro judiciário, para aplicar as bases da teoria do risco objetivo a todos os atos jurisdicionais (…) devemos abandonar a tese de que a responsabilidade estatal é sempre objetiva, mas sim, excepcionalmente objetiva, bem como que o fundamento da responsabilidade estatal está a)no risco da atividade e b)no interesse estatal em sua prática”¹⁴.

¹² *Apud* Paulo Nader, *Novo*, cit. p. 288.

¹³ *Apud* Maria Helena Diniz, *Curso*, cit. p. 244.

¹⁴ Luís Wanderley Gazoto, Responsabilidade estatal por atos jurisdicionais, *Revista de Doutrina e Jurisprudência* [Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios], 60:45, Brasília, 1999.

Em que pese às discussões doutrinárias a respeito da responsabilidade estatal, a Constituição Federal assegura, como direito fundamental, a indenização pelo Estado nas hipóteses de erro na condenação e prisão indevida.

Consoante estabelece o art. 630, do Código de Processo Penal, o Tribunal, se o interessado requerer, poderá reconhecer o direito a justa indenização por prejuízos sofridos, que será liquidada no juízo cível, respondendo a União, no caso da condenação ter sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

No entanto, dispõe mencionado artigo que a indenização não será devida se o erro ou injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder, bem como se acusação houver sido meramente privada.

A irresponsabilidade do Estado por indenização a danos causados em ação penal de iniciativa privada se justificaria pelo fato de que quem promove a persecução penal não é o Estado, mas sim o ofendido, não havendo interesse público na persecução penal. Remanesceria a responsabilidade estatal somente pela prática de atos ilícitos, que não seria objetiva, mas dependente de comprovação de que o dano tenha sido causado por violação de direito ou de omissão de cumprimento de dever, aplicando-se as regras da teoria da *faute de service*¹⁵.

Entendemos, contudo, que tais argumentos não prevalecem, conforme será demonstrado no decorrer do estudo.

2.1 Jurisdição:

¹⁵ Luís Wanderley Gazoto, Responsabilidade estatal por atos jurisdicionais, *Revista de Doutrina e Jurisprudência* [Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios], 60:59/60, maio/ago. 1999.

Para analisar a responsabilidade dos atos jurisdicionais, nos moldes do art. 37, §6º da Constituição Federal, é necessário, em primeiro lugar, partir do conceito de jurisdição e verificar se esta pode ser considerada um serviço público.

A palavra jurisdição tem origem no latim *juris dictio*, significa dizer o direito, e integra uma parte do Poder Estatal, representando o poder de aplicar a lei ao caso concreto, bem como aplicar sanções.

Ensina Chiovenda:

‘A jurisdição é exclusivamente uma função do Estado, isto é, uma função da soberania do Estado’¹⁶.

Observa-se que a jurisdição tem caráter essencialmente substitutivo, visto que o Estado substitui a ação das partes através de seus órgãos jurisdicionais, os quais somente poderão ser ocupados por aquele que estiver investido no cargo por ato legítimo, sob pena de responder pelo crime de responsabilidade criminal, além de causar a nulidade de todos os atos por ele praticados.

A jurisdição é norteadada por diversos princípios, quais sejam: investidura, aderência ao território, indeclinabilidade, indelegabilidade, improrrogabilidade, inevitabilidade, *nulla poena sine iudicio*, *ne eat iudex ultra petitem*, *ne procedat iudex ex officio*, motivação das decisões, juiz natural imparcialidade e unidade e identidade da função jurisdicional.

Nenhum magistrado pode delegar ou subtrair-se da função jurisdicional que lhe é inerente, a não ser nos casos expressamente permitidos por lei, como

¹⁶ *Apud* Rui Stoco, *Tratado*, cit. p. 1020.

no caso de carta precatória. Ademais, a própria jurisdição já tem caráter de delegabilidade, não sendo permitido, portanto, uma subdelegação.

Assim, jurisdição é a função, delegada pelo Estado ao Poder Judiciário, de aplicar as normas de direito objetivo da ordem jurídica em relação a uma pretensão, bem como de tutelar os mandamentos da ordem jurídica. Daí dizer-se que é a causa final específica da atividade do Poder Judiciário¹⁷.

A partir de tais considerações, embora a questão seja deveras divergente entre os doutrinadores, conclui-se que a jurisdição é um serviço público, assim considerado, um dos serviços que o Estado presta à comunidade, nos mais variados setores, para a consecução de seu fim.

Servimo-nos do raciocínio de Aliomar Baleeiro:

“Acho que o Estado tem o dever de manter uma Justiça que funcione tão bem como o serviço de luz, de polícia, de limpeza ou qualquer outro. O serviço da Justiça é, para mim, um serviço público como qualquer outro” (RTJ 64/714; RDA 114/325).

Complementa, no mesmo sentido, Juary Silva:

‘Efetivamente, aceito que o Estado, no desempenho da função jurisdicional, desenvolve um serviço público – o que temos por irrecusável e óbvio – depreende-se que o Estado-jurisdição é tão responsável pelos seus atos lesivos, quanto o é, no respeitante aos seus, o Estado-administração. Realmente, todo serviço público implica a idéia de responsabilidade de quem o executa, em qualquer modalidade, em face da jurisdicização da atividade estatal e da

¹⁷ Jaime Guasp e João Mendes Júnior *apud* José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, v. I, Campinas, Bookseller, 1997, p.171.

submissão do Estado ao Direito, nos moldes do constitucionalismo subseqüente à Revolução Francesa¹⁸.

Desta forma, em sendo a jurisdição um serviço público que visa proteger juridicamente o cidadão, é passível de ser responsabilizada nos moldes constitucionais, pois, a tutela jurídica não é só pelo juiz, mas também, contra o juiz, dado que este tem poderes públicos e é vinculado aos direitos fundamentais, cabendo ao Estado direito de regresso contra o agente responsável que tiver agido com dolo ou culpa¹⁹.

Observa Laspro:

“(...) para o juiz responder pelos danos causados à parte é indispensável a presença de específicos elementos, objetivo e subjetivo. No tocante ao elemento objetivo, deve haver a configuração da ilicitude em razão da ação ou da omissão voluntária do juiz, que constituem o erro judiciário ou o anormal funcionamento da Justiça. Com relação ao aspecto elemento subjetivo, é necessário verificar se tinha o juiz a consciência da ilicitude ou se assumiu o risco”²⁰.

Notório que, em se tratando de atos jurisdicionais, o agente que pratica tal ato é o magistrado (Estado-Juiz), devidamente investido na carreira através de concurso público de provas e títulos, que mantém, guardadas as proporções, um vínculo de emprego, de cunho profissional em relação a Administração Pública. A responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais vai além da sentença, abrangendo todos os atos praticados no curso do processo como despachos e decisões interlocutórias.

¹⁸ Juary Silva *apud* Rômulo José Ferreira Nunes, *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*, São Paulo, LTr, 1999, p. 46.

¹⁹ Canotilho *apud* Fabiano André de Souza Mendonça, *Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia: a igualdade perante o judiciário e a constitucionalidade da coisa julgada face à responsabilidade objetiva*, 1ª ed. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2000, p. 78/79.

²⁰ Oreste Nestor de Souza Laspro, *A responsabilidade civil do juiz*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 234.

Interessante expor o raciocínio de Cretella Júnior:

‘Pessoalmente, o juiz, num primeiro momento, não é responsável. Nem pode ser. Responsável é o Estado. Estado e juiz formam um todo indissociável. Se o magistrado causa dano ao particular, o Estado indeniza, exercendo depois o direito de regresso contra o causador do dano, sem prejuízo das sanções penais cabíveis no caso. Em caso de dolo e culpa’²¹.

Cabe ainda salientar que existem divergências na doutrina em relação à jurisdição voluntária e a contenciosa, no que tange à responsabilização. Porém, não é objeto deste trabalho aprofundar difícil discussão, restando-nos, apenas, breve conclusão.

Respeitados todos os entendimentos, ainda aqueles que se posicionam no sentido de que a denominada jurisdição voluntária se equipara a ato administrativo e não de jurisdição, não há dúvidas que a responsabilidade do Estado permanece, independentemente do tipo de jurisdição, uma vez que em ambas as modalidades, ainda é um servidor público que pratica o ato que pode lesar o particular. A espécie de jurisdição é irrelevante para o dever ressarcitório do Estado. Ademais, o Estado não deixa de ser responsável pela prática de atos administrativos.

Na lição de Souza Mendonça:

“Para o lesado, interessa ser inteiramente reparado pelo dano sofrido. Máxime quando o agente é justamente aquele que promete evitar os danos, tanto mais quando provocado pelo órgão responsável pela equalização das relações”²².

²¹ J. Cretella Júnior *apud* Mário Moacyr Porto, *Temas de responsabilidade civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 151.

²² Fabiano André de Souza Mendonça, *Responsabilidade*, cit. p. 105.

O Estado somente não será responsabilizado pela reparação do prejuízo na hipótese do dano ter ocorrido por culpa exclusiva do lesado ou de terceiro (desde que comprovado que o Estado não concorreu, de nenhum modo, para a existência do ato lesivo), ou na ocorrência de caso fortuito e força maior.

Escreve Juary Silva:

“A responsabilidade jurisdicional do Estado, no nosso sistema jurídico, abrange não só as hipóteses de dolo ou fraude (exercício anormal da jurisdição), como também a de erro judiciário, entendendo-se por tal violação da lei, desde que não se trate da aplicação de um conceito indeterminado ou elástico, de decisão de equidade, ou de avaliação da prova; o erro pode referir-se à aplicação da lei material ou da processual. (...) Não há qualquer óbice a que a responsabilidade jurisdicional do Estado abranja todo e qualquer exercício de jurisdição”²³.

Os atos jurisdicionais atingem não somente os integrantes da relação processual a que se destinam, podendo refletir em terceiros estranhos ao processo. Sob o aspecto da responsabilidade do Estado por ato jurisdicional que atinja terceiro e lhe cause prejuízo, a doutrina é divergente.

Sustenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“No caso da função jurisdicional, tem-se que excluir, desde logo, os danos decorrentes de atos lícitos praticados pelo Poder Judiciário. Embora a função jurisdicional, no âmbito civil, objetiva, em última instância, a consecução da paz social, quando se exerce no caso concreto, ela não beneficia a toda a coletividade (salvo em algumas ações que protegem o interesse coletivo) mas apenas as partes envolvidas. Não há como aplicar a regra da repartição dos

²³ Juary C. Silva, *Responsabilidade*, cit. p. 187.

encargos sociais; o benefício e o prejuízo alcançam apenas as partes no processo”²⁴.

Com a devida *venia*, ousamos discordar do entendimento citado, uma vez que parece um tanto quanto injusto excluir de terceiro estranho à relação processual que sofreu um prejuízo causado por ato jurisdicional, seu direito de ressarcimento, ainda que em âmbito civil.

Parece-nos que, nesta hipótese, o dano é ainda maior, uma vez que o terceiro sequer fazia parte da relação processual e sofre conseqüências danosas de um ato jurisdicional que, talvez, nem tivesse conhecimento de que poderia ser afetado.

Ademais, a Constituição Federal garante a todos o direito de reparação aos danos patrimoniais ou morais sofridos e a tutela de seus direitos e garantias fundamentais sem distinção, em relação à responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais ou de qualquer de seus agentes, se de aspecto civil, penal, trabalhista etc, bem como o direito de todos a peticionar aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder e, ainda, por ordem constitucional, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Porquanto incontroverso que o dano decorrente da atividade judiciária pode atingir não apenas as partes integrantes da relação envolvida, mas também, terceiros, através de algum ato praticado, não se pode negar a estes o direito de reparação apenas por não terem participado da relação processual.

No entanto, parece-nos que no caso de terceiro sofrer conseqüências do ato jurisdicional, a responsabilidade não mais seria objetiva, vale dizer, cumpre

²⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, *Revista de Direito Administrativo*, 198:94, Rio de Janeiro, out./dez. 1994.

ao terceiro lesado comprovar o nexo de causalidade entre o ato jurisdicional praticado e o dano lhe atingiu.

O Estado ao assegurar o pronunciamento judicial como único meio de estabilizar definitivamente qualquer direito conflitado deve responder pelos prejuízos resultantes da sua má atuação em fazer aplicar tal dogma constitucional. A finalidade da tutela jurisdicional é garantir que o direito objetivo material seja obedecido. Para tanto, estabelece a obrigatoriedade de o juiz cumprir determinados prazos, tomar providências preliminares, proferir sentença etc, constituindo garantia constitucional implícita a prestação apoiada no princípio da legalidade, através do qual o Estado deve suportar a lei que ele próprio fez, sendo inconciliável com o sistema, o fato de não gerar responsabilidade o descumprimento do direito positivado²⁵.

Daí a ponderação de Mário M. Porto:

“A Magistratura – como toda atividade artística – não é uma profissão que se escolhe, mas uma predestinação que se aceita. Vivemos uma quadra histórica em que a formulação e as aplicações dos ideais de justiça dilargam o cômodo e estreito território das verdades formais, dos juízos apriorísticos, das parêntias afonsinas. O juiz de hoje – patícipe atuante e não testemunho indiferente da evolução sócio-política do seu meio – não é mais um exilado da vida ou álgido locatário de torres de marfim. Apeado do pedestal a que se alçara não para a preservação de virtudes essenciais, mas por exigência de convenções secundárias, passou, hoje, a viver e participar dos conflitos e sofrimentos de seus iguais, para que os sentindo e vivendo pudesse resolvê-los, não como um orago a quem um carisma iluminara, mas como um artista a quem a experiência esclareceu”²⁶.

²⁵ José Augusto Delgado, Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional, *Revista de Direito Administrativo*, 153:264/265, Rio de Janeiro, Vozes, jul./set. 1983.

²⁶ Mário Moacyr Porto *apud* José Augusto Delgado, *A demora*, cit. p. 266.

Não há, portanto, como negar a responsabilidade civil do Estado perante àquele que sofrer uma agressão ou dano decorrente de atividade jurisdicional, e, conforme assevera Carmem Lúcia Antunes Rocha:

‘o direito à jurisdição é o direito público subjetivo constitucionalmente assegurado ao cidadão de exigir do Estado a prestação daquela atividade. A jurisdição é, então, de uma parte, direito fundamental do cidadão, e, de outra, dever do Estado’²⁷.

2.2 Responsabilidade pessoal do juiz

Conforme os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira, o juiz, na processualística moderna, não é mero espectador de uma contenda entre litigantes. Nem ao menos pode permanecer adstrito a conter os contendores na observância das regras do jogo. O juiz dirige o processo, assegurando a igualdade de tratamento, às partes, procurando rápida solução para o litígio e assegurando a dignidade da justiça. Ao aplicar a lei ao caso concreto deve acertar, mas nem sempre pode, pois humano, está sujeito a errar²⁸. (p. 139 e seguintes)

Em relação à responsabilidade pessoal do magistrado por ato jurisdicional, importante analisar o art. 133 do Código de Processo Civil²⁹ que, deve ser analisado à luz da Constituição Federal de 1988, tendo em vista datar de 1973. Aplicado o mandamento constitucional, observa-se que, na hipótese do juiz proceder com dolo ou fraude no exercício de suas ações, a responsabilidade civil recai sobre o Estado que haverá direito de regresso em face de seu agente e,

²⁷ *Apud* José Augusto Delgado, Responsabilidade do Estado – responsabilidade civil do Estado ou responsabilidade da administração – a demora na entrega da prestação jurisdicional, *Revista Jurídica*, ano XLIV, 226:9, ago/1996.

²⁸ Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*, 9ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 139.

²⁹ Art. 133. “Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte”.

no caso de haver recusa, omissão ou retardamento, sem justo motivo, em providência que deva ser ordenada de ofício, ou a requerimento da parte, a responsabilidade civil será pessoal do juiz, com natureza correicional, *ex vi* os mandamentos da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (art. 49, Lei Complementar nº 35/79).

De acordo com esta previsão *numerus clausus*, a obrigação de indenizar é pessoal do magistrado quando tenha agido com dolo (posto que a fraude é uma conduta dolosa) e culpa, sob a modalidade de negligência, ou seja, recusar, omitir ou retardar.

Ensina Rui Stoco que a atitude culposa do juiz ocorre tão logo a parte cumpra o disposto no parágrafo único do art. 133 do Código de Processo Civil, independentemente de ação judicial na qual se verificou a ocorrência ter ou não sido julgada. No entanto, para caracterizar o procedimento doloso ou fraudulento, há necessidade de expresse reconhecimento em ação rescisória³⁰.

A esse respeito, observa-se que a ação de indenização pode ser impetrada contra o magistrado diretamente, permanecendo a cargo do lesado optar por ingressar com ação contra a Fazenda Pública. Armando Gomes Leandro complementa:

‘Nestes casos, o magistrado poderá responder sempre diretamente perante o lesado. Quando, porém, não derive de prática de crime, a responsabilidade civil, além de só ser admitida nos casos especialmente previstos na lei, só poderá ser efetivada mediante ação de regresso exercida por parte do Estado contra o magistrado’³¹.

³⁰ Rui Stoco, *Tratado*, cit. p. 1025.

³¹ *Apud* Rui Stoco, *Tratado*, cit. p. 1025/1026.

Divergindo do posicionamento de Rui Stoco, que sustenta o dever de indenizar do magistrado quando agir com negligência, Nelson Nery Jr. escreve:

‘a responsabilidade pessoal do juiz somente ocorrerá se tiver procedido com dolo ou fraude. A culpa no exercício da atividade jurisdicional não acarreta, para o magistrado, o dever de indenizar. O ato jurisdicional danoso, praticado com culpa, embora não enseje ao juízo dever de indenizar, pode acarretar, em tese, esse dever para o poder público (CF, 37, §6º)’³².

A responsabilidade pessoal do juiz, no entanto, não exclui a responsabilidade do Estado, sendo possível que o lesado ingresse com a competente ação contra ambos, solidariamente.

Optando o lesado por demandar contra o Estado, este não estará obrigado a denunciar a lide ao funcionário público no caso deste ter agido com dolo ou culpa, pois, nos dizeres de Yussef Said Cahali:

‘a denúncia do funcionário público implica necessariamente na ‘confissão’ da responsabilidade civil do Estado pela denunciante, na medida em que se resolve no reconhecimento expresso do dolo ou culpa de seu servidor, como fundamento da denúncia; exaurida nesses termos da lide principal, cumpre ao Estado simplesmente adimplir a obrigação ressarcitória, mostrando-se imoral e despropositado pretender servir-se do mesmo processo instaurado pelo ofendido para, inovando a fundamentação da ação, recuperar de terceiro aquilo que já deveria ter pago, na composição do dano sofrido pela vítima; e desde que só este pagamento efetivamente realizado legitima a pretensão fazendária regressiva contra o funcionário culpado, resta-lhe apenas a ação direta de regresso para o reembolso’³³.

Importante ressaltar os ensinamentos de Rômulo José Ferreira Nunes:

³² *Apud* Rui Stoco, *Tratado*, cit. p. 1014.

³³ Yussef Said Cahali *apud* Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, 6ª ed. atual. amp. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 153.

“Caracteriza a responsabilidade estatal quando, devendo sustar o ato impugnado através de liminar, comprovados os requisitos legais, o juiz deixa de fazê-lo, apesar do impetrante obter provimento final favorável que se evidencia inócuo. Maria Emília Mendes Alcântara (1989, pág. 47) aduz que ‘ao negar a liminar o juiz não se omitiu, tendo ao contrário agido positivamente. E este seu agir pode ser um comportamento lícito ou ilícito’. (...) De igual modo, se, ausentes os requisitos, o juiz conceder a medida indevidamente e resultar em danos para o requerido, realiza-se uma clara demonstração de que o serviço judiciário funcionou defeituosamente”³⁴.

Na hipótese da responsabilidade voltar-se contra um órgão colegiado e não a um juiz singular, entendemos ser a responsabilidade solidária, em ação de regresso ou não, de todos os membros que votaram no sentido que causou o dano.

III

Do erro judiciário

3.1 Conceito:

Quando se fala em erro judiciário, logo se pensa no erro penal, que abrange, dentre outros, o erro na condenação e o erro na prisão preventiva. No entanto, o erro judiciário pode ocorrer quer no âmbito não penal como, quer no processo civil, trabalhista, eleitoral ou em qualquer outra área de atuação jurisdicional, podendo ser erro *in procedendo* ou *in judicando*; pode decorrer de erro, dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia).

Assim, o erro judiciário pode ocorrer em outras áreas do direito haja vista os casos de anulação de sentença em ação rescisória, carecendo, a nosso pensar,

³⁴ Rômulo José Ferreira Nunes, *Responsabilidade*, cit. p. 125/126.

de inegável direito à indenização por erro judiciário, sobremaneira nos casos em que se verifica que a sentença foi dada por prevaricação, concussão, corrupção do juiz, ou proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente, conforme art. 485, I e II do CPC.

Salienta Duez, a respeito da caracterização do erro judiciário:

‘o erro judiciário pode, com efeito, se produzir fora de qualquer falta de serviço público. É um risco inerente ao funcionamento do serviço de justiça como o acidente de trabalho é um risco da empresa industrial’³⁵.

O erro penal pode abranger outras hipóteses além do erro na condenação, como o erro no recebimento da denúncia, na decretação da prisão cautelar, no arresto e na busca e apreensão.

Entende Gazoto que ao falar-se em erro judiciário, quer se dizer erro do sistema de persecução penal, o qual foi produzido não porque o juiz errou, mas por um conjunto de fatores: porque a polícia apurou mal o delito, o Ministério Público e o juiz descuraram de suas obrigações de descobrir a verdade real etc³⁶.

Tal posicionamento é complementado pelos dizeres de Juary C. Silva:

“a aplicação judicial ou judiciária da lei abarca por igual a que exercem os serventuários da Justiça, no desempenho das atribuições que lhes são cometidas. Judicial aí está como decorrência de esses serventuários se inserirem na estrutura do Poder Judiciário, não por serem juízes, que não o são, nem por exercerem atribuições peculiares aos juízes. Por uma questão de coerência, não limitamos o Poder Judiciário, visto como um todo, com a natureza de um serviço público, aos juízes, pois, os serventuários, posto não exercendo funções judicantes, atuam por força de lei, e, como não se inserem

³⁵ *Apud* Maria Emília Mendes Alcântara, *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 34.

³⁶ Luís Wanderley Gazoto, *Responsabilidade*, cit. p. 56/57.

nem no Executivo nem no Legislativo, só podem pertencer ao Judiciário, ou do contrário teríamos que admitir que eles se situariam à margem de toda a estrutura orgânica do Estado”³⁷.

José de Aguiar Dias, por sua vez, considera o erro judiciário a sentença criminal de condenação injusta, alcançando, também, a prisão preventiva injustificada, excluindo, no entanto, os casos de má-fé, abuso ou desvio de poder do magistrado³⁸.

Luiz Antonio Soares Hentz entende que o juiz opera com erro sempre que declara o direito a um caso concreto sob falsa percepção dos fatos, quando a decisão ou sentença diverge da realidade ou conflita com os pressupostos da justiça, entre os quais se insere o conhecimento concreto dos fatos sobre os quais incidirá a norma jurídica. Assim, as principais causas do erro judiciário são: o erro ou a ignorância; o erro judiciário decorrente de culpa; a decisão contrária à prova dos autos; o erro provocado não imputável ao julgador; a errada interpretação da lei; o erro judiciário decorrente da aplicação da lei³⁹.

No entender de Joel Dias Figueira Júnior:

‘dentro da distinção exposta tradicionalmente, o erro judiciário *stricto sensu* enquadrar-se-ia naquelas figuras descritas no art. 133 do Código Buzaid (procedimento culposo – culpa grave – ou doloso; recusa, omissão ou retardamento sem justo motivo de providências que deveria tomar de ofício ou a requerimento da parte) e naquelas outras do art. 630 do Código de Processo Penal, em sintonia com o estatuído no inc. LXXV da Constituição Federal (direito Pa indenização pelos prejuízos sofridos decorrentes de sentença condenatória, após a obtenção de decisão judicial determinando a sua cassação – revisão criminal); condenação errada e prisão por tempo superior ao fixado no *decisum*. De outra parte, o erro judiciário *lato sensu* estaria enquadrado nas

³⁷ Juary C. Silva, *A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos: teoria da responsabilidade unitária do Poder Público*, São Paulo, Saraiva, 1985, p. 151.

³⁸ *Apud* Luís Wanderley Gazoto, *Responsabilidade*, cit. p. 52.

³⁹ *Apud* Rui Stoco, *Tratado*, cit. p. 1009.

hipóteses de mau funcionamento da máquina administrativa. Seguindo este entendimento, sinteticamente, poderíamos classificar a responsabilidade do Estado por dolo, fraude ou culpa grave do magistrado, ou por culpa (objetiva) do serviço judiciário verificada não por causa do juiz, mas sim, por inércia, negligência ou desordem na manutenção e funcionamento dos serviços judiciais⁴⁰.

Não há que se confundir, no entanto, erro judiciário com o erro judicial, vale dizer, erro do juiz.

Temos como erro judiciário a deficiente apreciação das causas por parte do órgão jurisdicional, ou ainda a sua má aplicação, que escoam para uma decisão contrária ao alegado, ou seja, divorciada da verdade material ou contrária à lei.

Derivada do latim *error*, do verbo *errare*, tem-se como a falsa concepção acerca de uma pessoa, de uma coisa ou de um fato. É a idéia contrária à verdade, podendo ser o falso tomado como verdadeiro e o verdadeiro como falso. O erro “é o predicado, segundo os escolásticos, do juízo. Como a verdade é a adequação da mete à coisa, ou seja, a conformidade do juízo com a coisa, infere-se que o erro é contrário á verdade”.

É, pois, a falsa representação da realidade porquanto se decide acerca daquilo que tem aparência de verdade; do contrário, por estar o entendimento orientado pela verdade demonstrada, jamais seria um erro, senão a precipitação daquilo que falsamente se mostrou verdadeiro.

Stoco sustenta que o erro judiciário é aquele que ocorre nos processos criminais, somente gerando dever de indenizar após seu reconhecimento em

⁴⁰ *Apud* Rui Stoco, *Tratado*, cit. p. 1014.

ação rescisória, necessitando de prova do dano em ação de conhecimento de via ordinária⁴¹.

Não concordamos, *data venia*, com os ensinamentos do citado autor, uma vez que tanto o erro judiciário ou o erro judicial podem ocorrer em qualquer ramo do direito quando se utiliza do maquinário do Poder Judiciário, seja em primeira instância ou naquelas superiores, sempre há possibilidade de erro. Desta forma, não se restringe ao campo penal o erro judiciário e, havendo sua ocorrência, principalmente na seara criminal, o dever do autor se resume a comprovar o nexo de causalidade entre o fato e o dano, cumprindo ao Estado a prova de que o dano não existe ou que não concorreu para sua existência.

O Código Penal de 1890 já estabelecia no art. 86, §2º, o dever do Estado de indenizar o erro judiciário: “A sentença de reabilitação reconhecerá o direito do reabilitado a uma justa indemnização, que será liquidada em execução, por todos os prejuízos sofridos com a condenação. A Nação, ou o Estado, são responsáveis pela indemnização”⁴². Todavia, a indenização não seria devida Estado ou pela União se: 1) “se o erro ou a injustiça da condenação do réo reabilitado proceder de acto ou falta imputável ao mesmo réo, como a confissão ou a ocultação da prova em seu poder; 2) se o réo não houver exgotado todos os recursos legais; 3) se a acusação houver sido meramente particular”⁴³, cabendo, em quaisquer casos, a ação regressiva contra as autoridades e as partes interessadas na condenação (Lei nº. 221, de 20 de novembro de 1894, art. 84 § único).

⁴¹ Rui Stoco, *Tratado*, cit. p. 1026.

⁴² Luís Wanderley Gazoto, *Responsabilidade*, cit. p. 55.

⁴³ Affonso Dionysio Gama. Código penal Brasileiro. *Dec. nº 847, de 11 de outubro de 1.890*. pág. 122. (redação original). Vigeu anteriormente ao Código de 1890, o *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, que asseverava no Livro III, Título XLI, “a restituição, que se dá aos menores de vinte e cinco annos contra sentenças injustas, e como devem ser citados”, prescrevendo, *in verbis*: - Se contra algum menor de vinte e cinco annos for dada injustamente alguma sentença, assim como se os autos do processo fossem justamente ordenados, e por elles o menor não recebesse agravo, e segundo os merecimentos do processo houvera de sahir a sentença por elle, e sahio contra elle, poderá pedir restituição contra a sentença, a qual lhe será concedida, e por elle tornado ao stado, em que era, antes da sentença ser contra elle dada”. Contudo, havia previsão de importante ressalva, qual seja, a de que “he mister mostrar lesão”, ou seja, havia a necessidade de provar o efetivo prejuízo sofrido em decorrência de uma sentença injusta. *Pág. 623*.

3.2 Ação e omissão:

Conforme analisado, a responsabilidade do Estado poderá ser proveniente de duas situações: a) conduta positiva (o agente público é o causador imediato do dano); b) conduta omissiva (o Estado não atua diretamente na produção do evento danoso, porém, tinha o dever de evitá-lo).

Em que pese a Constituição Federal estabelecer a responsabilidade objetiva do Estado, a grande discussão se encontra, como visto, em relação aos atos omissivos, pois, doutrinadores há que entendem que na hipótese de omissão do Estado, a responsabilidade será subjetiva.

Na hipótese do Estado se omitir diante do dever legal de obstar a ocorrência de um dano, a responsabilidade, parece-nos, originar sempre de um ato ilícito, uma vez que havia o dever de agir imposto pela norma ao Estado que, em decorrência da omissão, foi violado. Assim, o Estado não responderá pelo evento que diretamente causou o dano, mas sim, por não ter praticado conduta suficientemente adequada para evitar o prejuízo ou mitigar seu resultado, quando o fato for notório ou perfeitamente previsível⁴⁴.

A esse respeito, pondera Celso Antônio Bandeira de Melo, acompanhado de Maria Helena Diniz, Odília Ferreira da Luz, Caio Tácito e Themístocles Brandão Cavalcanti:

‘De fato, na hipótese cogitada, o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa. Causa é o fato que positivamente gera um resultado.

⁴⁴ João Agnaldo Donizete Gandini; Diana Paola da Silva Salomão, A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva, *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, ano 4, nº 16, julho/agosto 2003, 113.

Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado'⁴⁵.

Adeptos a aplicação da responsabilidade objetiva nas hipóteses de condutas estatais omissivas, encontram-se Toshio Mukai e José de Aguiar Dias, sustentando, este último que:

‘Só é causa aquele fato a que o dano se liga com força de necessidade. Se, numa sucessão de fatos, mesmo culposos, apenas um, podendo evitar a conseqüência danosa, interveio e correspondeu ao resultado, só ele é causa, construção que exclui a polêmica sobre a mais apropriada adjetivação. Se, ao contrário, todos ou alguns contribuíram para o evento, que não ocorreria, se não houvesse a conjugação deles, esses devem ser considerados causas concorrentes ou concausas'⁴⁶.

De acordo com o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência, apoiado em Odete Medauar, Celso Ribeiro Bastos, Hely Lopes Meirelles, Weida Zancaner Brunini e Yussef Said Cahali, a responsabilidade estatal será sempre, ainda que por conduta omissiva, objetiva, pois, como nem sempre é possível identificar o agente causador do dano, nem demonstrar o dolo ou a culpa, melhor se asseguram os direitos da vítima através da aplicação da responsabilidade objetiva do Estado. A prevalência da teoria subjetiva existe, tão somente, na relação entre o Estado e seu funcionário⁴⁷.

Há que se levar em conta, inclusive, o disposto no art. 13 combinado com o art. 3º, ambos do Código de Defesa do Consumidor, que estabelecem que o Estado é fornecedor de serviço público e, portanto, sua responsabilidade é objetiva por danos decorrentes da falta do serviço, o que inclui, por óbvio, as condutas omissivas.

⁴⁵ *Apud* João Agnaldo Donizete Gandini, *A responsabilidade*, p. 114.

⁴⁶ *Apud* João Agnaldo Donizete Gandini, *A responsabilidade*, p. 115.

⁴⁷ *Apud* João Agnaldo Donizete Gandini, *A responsabilidade*, p. 116.

3.2.1. Atos lícitos e atos ilícitos:

Conforme os ensinamentos de Gazoto, são atos lícitos indenizáveis: em jurisdição penal, os atos lícitos indenizáveis podem ser decorrentes de erro judiciário, no caso de sentença criminal de condenação injusta, bem como no de provimentos cautelares cujo *fumus boni iuris* não é confirmado ao final do processo, quando então, o réu é absolvido ou obtém decisão favorável em revisão da sentença condenatória⁴⁸.

Ainda são indenizáveis, atos lícitos diversos do erro judiciário: quando uma pessoa inocente, ou presumivelmente inocente, sofre danos por ter sido privada de sua liberdade, em caso de prisão cautelar, por ter perdido a posse, gozo ou livre disposição de um bem apreendido, seqüestrado ou arrestado, por ter deixado de trabalhar para comparecer aos atos do processo, porque teve que contratar advogado para se defender etc... deve ser indenizada por isso. 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. Praticando atos de risco em prol da sociedade, a responsabilidade é objetiva.

Gazoto entende que se consideram atos ilícitos praticados em persecução penal as prisões ilegais, o emprego de 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 etc⁴⁹.

⁴⁸ Luís Wanderley Gazoto, *Responsabilidade*, cit. p. 58.

⁴⁹ Luís Wanderley Gazoto, *Responsabilidade*, cit. p. 57/58.

IV

Da prisão indevida

“As pessoas crêem que o processo penal termina com a condenação, o que não é verdade. As pessoas pensam que a pena termina com a saída do cárcere, o que tampouco é verdade. As pessoas pensam que prisão perpétua é a única pena que se estende por toda a vida: eis uma outra ilusão. Senão sempre, nove em cada dez vezes a pena jamais termina. Quem pecou está perdido. Cristo perdoa, os homens não”. Carnelutti.

A denominada prisão indevida não pode ser entendida aquela que decorre de uma condenação injusta, mas sim, toda privação injustificada da liberdade, seja antes ou depois do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, como a prisão cautelar, o excesso no tempo de cumprimento da prisão e a não observância do devido regime de cumprimento da pena, por exemplo.

Sustenta Di Pietro, considerando a indenização uma garantia fundamental do homem, prevista no rol do art. 5º da Constituição Federal:

“no caso de prisão cautelar, pode ocorrer que o réu venha a ser condenado e, nesse caso, o tempo em que esteve preso é descontado do período da condenação, o que já constitui uma forma de reparação pela punição antecipada. No entanto, na hipótese de uma absolvição, ou quando a condenação não comportar pena privativa de liberdade, ou quando a pena cominada for inferior ao tempo de prisão cautelar, surge a questão da indenização por erro judiciário”⁵⁰.

Luiz Antonio Soares Hents observa:

⁵⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, *Revista de Direito Administrativo*, 198: 91, out./dez. 1994.

‘o princípio da indenização da prisão além do tempo fixado na sentença foi explicitado no direito constitucional juntamente com a reparação do erro judiciário e, embora haja pontos de contato entre os dois institutos de direito material, afirma-se que o erro judiciário não depende da verificação de prisão, assim como a indevida privação da liberdade física não decorre necessariamente de erro de julgamento’⁵¹

Estabelece o art. 954, do Código Civil, a reparação por ofensa à liberdade pessoal nas hipóteses de cárcere privado, prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé e prisão ilegal.

Teria referido artigo revogado a parte a que se refere o art. 630, do Código de Processo Penal, na ação de iniciativa privada? Ademais, buscando um rol taxativo, o legislador civil não elencou as hipóteses de prisão além do tempo fixado na sentença, prevista pela Constituição Federal, dentre outras hipóteses como prisões decretadas com abuso de autoridade por parte de autoridade policial, sem que a vítima venha a ser objeto de investigação ou de ação penal, a prisão temporária da Lei nº 7.172/83, a prisão em flagrante efetivada por agente público e a prisão preventiva sem que ocorra a instauração de ação penal, fatos que ensejam a prisão indevida por erro judicial (e não judiciário).

Sustenta Yussef Said Cahali que o §2º, do art. 630, do Código de Processo Penal, deixou de vigorar desde a Constituição Federal de 1988, pois, esta não estabelece nenhuma diferença entre os processos criminais em que terá falhado a máquina judiciária na prestação jurisdicional. A iniciativa da ação penal de que resultou a sentença condenatória desconstituída representa a causa remota do dano sofrido pelo ofendido; a causa imediata, eficiente e adequada, e que sobrepõe àquela, é representada pelo erro judiciário na prolação da sentença

⁵¹ *Apud* Rui Stoco, *Tratado*, cit. p. 1030.

condenatória. Poder-se-ia admitir, apenas, é que, tendo a Justiça sido induzida em erro por fato imputável ao querelante, contra este caberia ação de regresso⁵².

No mesmo sentido é o posicionamento de Mário Moacyr Porto, que assevera que quem julga é o juiz, é o Estado, pouco importando que a ação tenha se instaurado por iniciativa do Ministério Público ou queixa privada. A restrição, ao que parece, é de toda descabida⁵³.³³

A prisão indevida por erro judicial se traduz na ofensa à liberdade pessoal que empenha responsabilidade do Estado, por força das garantias asseguradas no art. 5º da Constituição Federal e no art. 954, do Código Civil⁵⁴, pois, conforme estabelece o §2º do art. 5º da Constituição Federal, os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Di Pietro adota o pensamento de George Vedel e Pierre Delvové no sentido de que somente deve ser reconhecido o direito à indenização por prisão cautelar nos casos em que a vítima tenha sofrido um prejuízo manifestamente anormal e de uma particular gravidade, pois, não haveria sentido sobrecarregar o erário com o ônus de uma indenização que acaba por ser injusta. Conclui que a indenização só poderá ser reconhecida nos casos de erros graves, manifestos, dolosos ou culposos por parte do magistrado⁵⁵.

A prisão poderá ser indevida, portanto, havendo erro judiciário ou judicial, uma vez que nem sempre é o magistrado por ela o único responsável. É

⁵² Yussef Said Cahali, *Responsabilidade*, cit. p. 609.

⁵³ *Apud* Yussef Said Cahali, *Responsabilidade*, cit. p. 609.

⁵⁴ Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o dispositivo no parágrafo único do artigo antecedente (para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo da aferição, contanto que este não se avanteje àquele). § único: consideram-se ofensivos da liberdade pessoal: I – o cárcere privado; II – a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé; III - a prisão ilegal.

⁵⁵ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Responsabilidade*, cit. p. 92.

o que pode ocorrer nos casos de prisão cautelar ou em flagrante, por exemplo, que somente são admitidas nas hipóteses previstas por lei, sob pena de se responsabilizar, não só o Estado, mas também, por via regressiva, a autoridade policial, o magistrado, o membro do Ministério Público, ou quem quer que tenha participado do ato.

Não há como estabelecer, nos parece, uma regra taxativa para as hipóteses de indenização para os casos de indenização por prisão cautelar, cabendo a análise dos elementos apresentados pelo caso concreto, que indicarão se a prisão foi ou não abusiva.

Rui Stoco esclarece o tema da seguinte forma:

“Prisão indevida não significa nem se confunde com a prisão que se mostrou necessária em um certo momento da *persecutio criminis*. Prisão indevida é aquela que ocorreu de forma ilegítima e abusiva em desobediência à realidade fática e aos requisitos formais”⁵⁶.

V

Revisão Criminal

Dispõe a legislação processual penal, no art. 621, a hipótese de revisão da sentença para análise de fatos que demonstrem algum equívoco nela contido, responsabilizando-se o Estado (art. 630, CPP) pelos prejuízos causados em razão do erro, independentemente do término da pena imposta (art. 622, CPP).

Sustenta Canotilho:

‘Entende-se hoje que o cidadão inocente, após sua reabilitação em processo de revisão, tem verdadeiro direito subjetivo à reparação dos danos. A reparação

⁵⁶ Rui Stoco, *Tratado*, cit. p. 1038.

dos erros judiciários configura-se como responsabilidade por atos lícitos. A inocência, posteriormente demonstrada, virá revelar, sim, um sacrifício individual e grave, absolutamente inexigível sem compensação. A culpa do condenado torna legítimo o exercício do *jus puniendi* e isentará o Estado do dever de qualquer prestação ressarcitória, a sua inocência não perturba a legitimidade do ato jurisdicional, mas torna obrigatória a atribuição ao lesado ou herdeiros de uma justa indenização⁵⁷.

Argumenta Mário Guimarães que os juízes não são responsáveis pelos danos que suas decisões erradas possam causar, ponderando Pedro Lessa que a resposta a questão de quais atos podem gerar responsabilidade baseia-se na coisa julgada, pois, se o lesado pela sentença definitiva pudesse levantar a questão da responsabilidade do Estado, abriria um “novo litígio sobre a questão já ultimada”. Conclui o último autor que somente nos casos de revisão e de rescisão de sentença haveria possibilidade de ressarcimento do prejuízo infligido por uma sentença ilegal⁵⁸.

Philippe Ardant corrobora com o argumento da *res judicata*, nas seguintes palavras:

‘mais vale uma injustiça, do que a subversão da própria justiça’⁵⁹.

Rui Stoco defende a corrente doutrinária que se manifesta no sentido de que há necessidade de desconstituição e cessação dos efeitos do julgado de que não cabe mais recurso, através da revisão criminal, como condição fundamental para o reconhecimento do erro judiciário e a declaração do dever de indenizar do Estado. Conclui que só a procedência da ação de revisão criminal (de caráter constitutivo-negativo e natureza dúplice: penal e civil, pois tem o poder de

⁵⁷ *Apud* Maria Emília Mendes Alcântara, *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 32/33.

⁵⁸ *Apud* Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade*, cit. p. 140.

⁵⁹ *Apud* Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade*, cit. p. 140.

desconstituir a condenação anterior, de declarar a ocorrência de erro e de reconhecer o direito à reparação do dano material) não significa, por si só, o reconhecimento do erro judiciário, nem faz surgir o dever de reparar. O Tribunal ao apreciar a ação revisional não pode, *ex officio*, condenar o Poder Público a reparar o erro judiciário⁶⁰.

Manifesta-se Nucci, observando:

‘A natureza jurídica da decisão impositiva de indenização é condenatória, não se tratando de mero efeito da procedência da ação revisional. Justamente por isso, precisa haver requerimento do autor para que seja reconhecido esse direito’⁶¹.

O estudo da ação de revisão criminal nos leva a conclusão de que o juízo cível não tem competência para reconhecer erro judiciário decorrente de sentença criminal, pois, conforme estabelece o art. 630, §1º, do Código de Processo Penal, somente incumbe a este juízo a liquidação e a apuração do *quantum* da indenização.

No entanto, não sendo hipótese de revisão criminal, acreditamos que nada impede que o juízo cível reconheça eventual erro judiciário ou judicial, determinando o dever de indenizar. Ademais, ainda que não reconhecida a obrigação em revisão criminal, o ingresso da ação indenizatória nos parece permitido se baseada em outros fundamentos que não a sentença objeto de revisão.

Outrossim, cremos que a matéria referente à indenização não deve ser discutida na revisão criminal, pois, poderia influenciar no julgamento do mérito fazendo com que o tribunal deixe de declarar a absolvição em razão da

⁶⁰ Rui Stoco, *Tratado*, cit. p. 1040.

⁶¹ *Apud* Rui Stoco, *Tratado*, cit. p. 1042.

indenização. Além disso, haveria necessidade de citação da Fazenda Pública, pois, não há como condenar o Estado ao pagamento de uma indenização sem que este participe do processo de revisão criminal.

VI

Causas excludentes de responsabilidade

Já salientado que o Estado responde pelos atos jurisdicionais de forma objetiva, vale dizer, à ele incumbe a tarefa de comprovar que não contribuiu para o prejuízo que atingiu o lesado.

Assim, temos que excluído restará o dever de indenizar, nos casos em que o Estado comprovar que o dano ocorreu por força maior, culpa exclusiva do lesado, culpa exclusiva de terceiro, estado de necessidade, ou culpa concorrente da vítima, hipótese esta em que responderá o Estado proporcionalmente pela sua quota no dano.

Importante a observação de Rui Stoco a respeito do estado de necessidade como causa excludente da responsabilidade estatal:

“em se tratando de responsabilidade objetiva do Poder Público, não se pode considerar as situações personalíssimas da legítima defesa, do estado de necessidade ou de estrito cumprimento do dever legal, na atuação do agente público (que se classificam como excludentes de ilicitude), como causas excludentes de responsabilidade da pessoa jurídica de direito público, se não se provar culpa exclusiva da vítima, pois, se não se caracterizam como ilícito penal ou civil para o agente, não têm o condão de romper o liame causal para o Estado”⁶².

⁶² Rui Stoco, *Tratado*, cit. p. 975/976.

Complementa Laspro, a respeito do estado de necessidade, que este somente excluiria o dever de reparação estatal nos casos de estado de sítio ou estado de defesa⁶³.

Poder-se-ia, inclusive, discutir, nos casos em que permanecer comprovada a culpa de terceiro, se o Estado deveria ressarcir o lesado e exercer seu direito regressivo contra o causador do dano.

A princípio, parece-nos que não, pois a Constituição Federal é explícita ao fixar a responsabilidade do Estado pelos atos praticados por seu funcionário. Assim, entendemos que se o terceiro causador do dano não exercer função pública, cumpre ao lesado buscar a devida reparação contra este e não contra o Estado.

Seria o caso, por exemplo, de culpa ou dolo exclusivos do advogado do lesado, o que caracterizaria, a princípio, culpa exclusiva da vítima, considerando que este o representa e, nada tem a ver o Estado se o lesado escolheu mal seu procurador. Assim, o lesado deve ingressar com a ação competente diretamente contra seu advogado, eximindo-se o Estado de qualquer responsabilidade.

VII

Da indenização

Conforme estabelece o art. 206, §3º, V, do Código Civil, prescreve em três anos o direito a pretensão pela responsabilidade civil.

Dispunha o Código Civil de 1916, no seu art. 178, §10, VI, combinado com o art. 1º, do Decreto nº 20.910/32, que a prescrição do direito ou ação

⁶³ Oreste Nestor de Souza Laspro, *A responsabilidade*, cit. p. 184.

contra a Fazenda estadual, municipal ou federal, era de cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

A nova legislação civil, no entanto, optou por excluir determinado dispositivo, abrangendo as hipóteses de responsabilidade civil, de forma genérica, estipulando o prazo de três anos.

Essa alteração é criticada por Rui Stoco:

“Ora, se estabelece o prazo prescricional de cinco anos para manifestar a pretensão por danos causados por fato do produto ou do serviço (CDC, 27) e para as ações de responsabilidade civil contra as pessoas jurídicas de direito público (Fazenda Pública), nada justifica que, para as ações da mesma natureza, fincadas na lei civil codificada, o prazo seja de apenas três anos. A previsão do prazo menor, em detrimento da vítima, resvala no princípio constitucional da isonomia, posto que *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*”⁶⁴.

Parece-nos que a maior dificuldade encontra-se no início da contagem do prazo prescricional, pois, este pode variar de caso a caso.

Em relação ao *quantum* indenizatório, diante da ocorrência de danos patrimoniais causados pelo Estado (perda de dia de trabalho por prisão indevida, demissão do emprego, gasto com a contratação de advogado etc), o cálculo se torna mais simples do que aquele que se relaciona aos danos de cunho moral.

A prisão ilegal, assim como o erro judiciário atentam contra inúmeros dispositivos constitucionais e legais, dentre os quais se destacam a dignidade humana, a inviolabilidade do direito à liberdade, à honra e à imagem, todos eles

⁶⁴ Rui Stoco, *Tratado*, cit. p. 214.

passíveis de reparação, quer no aspecto moral, quer no material, conforme prescreve o texto constitucional.

Ademais, o sistema penitenciário brasileiro apresenta riscos de maior gravidade que comprometem a integridade física e mental do preso.

De acordo com os ensinamentos de Sérgio Pitombo, “a prisão traz hoje, consigo risco de mal grave, perigo de lesão intensa. Sem esquecer a quebra da dignidade da pessoa humana. As celas, nos Distritos Policiais, tornaram-se jaulas obscenas e perigosas. Impossível ignorar o que todos sabem e ninguém contesta”. E mais. “Aquém da grade, o tempo não se conta em dias, nem sequer em horas, porém, em minutos”. “Prisão é constrangimento físico, pela força ou pela lei, que priva o indivíduo de sua liberdade de locomoção. Prisão indevida, portanto, significa, antes de tudo, ilegalidade e invasão lesante do *status dignitatis* e *libertatis*. O dano moral, dela decorrente, é *in re ipsa*. Vale assentar: surge inerente à própria prisão. Dano que se mostra intrínseco, pois”⁶⁵.

No mesmo sentido orienta o Des. Rudi Loewenkron, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que ao manifestar seu voto em julgamento de apelação cível bem salientou que “no tocante ao dano moral, isto é o sentimento de constrangimento e/ou humilhações, embora algumas testemunhas que depuseram não o tenham declarado, o certo é que o ofendido não se sentiu bem com a coisa toda, mostrando-se constrangido por ter que entrar pela primeira vez em uma delegacia e pelo temporário cerceamento do seu ir e vir. Aliás a detenção feita por policiais fardados em plena rua mais o temporário cerceamento da liberdade em uma Delegacia, ainda que não dentro de uma cela é fato que humilha e constrange quem tem algum grau de sensibilidade. Não é

⁶⁵ Voto nº 6276 - Desembargador Sergio Pitombo, proferido no julgamento da Apelação Cível nº 054.432.5/0-00, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

mero contratempo. Por isso aceitável que o A. tenha se sentido humilhado e diminuído”⁶⁶.

Muitas vezes, o critério adotado para quantificação da indenização baseia-se nos artigos 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações e no art. 53 da Lei de Imprensa, que estabelecem:

Art. 84. “Na estimação de 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 a repercussão das ofensas”.

Art. 53. “No arbitramento da indenização em reparação de dano moral o juiz terá em conta notadamente: I – a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II – a intensidade do dolo ou grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou civil fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação”.

Tal proposta para quantificação da indenização não nos parece apropriada, pois apresenta enorme discriminação, uma vez que, não é a posição social do ofendido que servirá como base de cálculo justo, sendo certo que, a “dor moral” não é maior ou menor baseada nas condições políticas ou financeiras do lesado, mas sim, na sua existência como ser humano.

Outrossim, a legislação civil e penal contém critérios apropriados para o cálculo do valor da reparação, não devendo ser baseada em leis esparsas e de âmbito específico, como as acima mencionadas.

⁶⁶ Apelação Cível nº 98.0019.640 – 14ª Câmara Cível - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Des.Rel. Rudi Loewenkron.

Entendemos que seria uma sugestão basear a quantificação dos danos sofridos com base nos art. 953 e 954, ambos do Código Civil, combinado com o art. 49 do Código Penal.

No mesmo sentido é a opinião de Américo Luís Martins da Silva:

“Quanto à multa criminal correspondente, devemos acrescentar que aqui aplicam-se as mesmas ponderações que tecemos a respeito da indenização do dano moral decorrente da injúria e calúnia. Com base no grau máximo da multa prevista no art. 49 do Código Penal, a nosso ver, a fixação de tal verba deve ser da ordem de 720 (setecentos e vinte) dias-multa (dobro do teto máximo de 360 dias-multa, previsto no referido art.49), adotando-se o valor arbitrado pelo juízo criminal para o dia-multa. Não havendo condenação criminal em pena de multa, o valor do dia-multa seria arbitrado pelo juízo cível entre um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato e cinco vezes esse salário mínimo, conforme a realidade econômica do ofensor”⁶⁷.

Embora a quantificação do dano decorrente de prisão ilegal possua maiores critérios para ser fixado do que aqueles oriundos dos erros judiciários e judiciais, pensamos que a proporção deve ser a mesma utilizada, vale dizer, os critérios de indenização devem se basear nos ditames que norteiam a quantificação da reparação do prejuízo decorrente de prisão ilegal.

No mais das vezes, não podemos perder de vista que os valores e os direitos cotejados em detrimento do prejuízo a ser reparado são distintos; na seara criminal, tolheu-se a liberdade de o indivíduo, que, s.m.j., é imensurável.

Contudo, não negamos a necessidade de se criar parâmetros para uma “justa” indenização, sendo certo que extraímos do ensinamento aposto em

⁶⁷ Sylvia Maria Mendonça do Amaral, *Prisão ilegal: a responsabilidade civil do Estado e o decorrente dever de indenizar pelos danos morais: quantificação dos valores indenizatórios*. In: http://www.csalaw.com.br/pdf/art_civ1.pdf; em 17/05/2004.

epígrafe apenas o substrato “mínimo” para fixar um valor de indenização. Nesse passo, o *quantum* deve respeitar o piso de 720 dias-multa, computado sempre no valor máximo de cada dia-multa, qual seja, 5 vezes o salário mínimo, sendo convertido em face de cada dia de limitação da liberdade.

Não obstante, insta salientar que o artigo 39 do Código Penal preconiza que o trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantido, sobremaneira, os benefícios da Previdência Social. Desta arte, cremos que independente de o preso haver feito jus ao seu direito de trabalho, conquanto sabemos que por vezes estão impedidos (diga-se, por ineficiência do estado em suprir tal necessidade), deve-se somar ao critério antes exposto de indenização o valor correspondente a $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo, tomando-se como norte o tempo de privação de liberdade.

Com efeito, repita-se, o valor a ser alcançado deve ser respeitado como critério mínimo de indenização, sem obtemperar o direito ao acréscimo decorrente de eventual lucros cessantes e demais indenizações.

VIII

Jurisprudência

“Indenização. Fazenda Pública. Responsabilidade civil. Danos moral e material. Prisão cautelar indevida e excessiva. - “Submetido o indivíduo a prisão indevida, fará jus a indenização à custas do Estado, não importando eventual ilicitude do motivo (erro na apreciação das condições de sua decretação) ou o caráter de sua licitude (ação ou omissão dolosa ou culposa de agente público ou de quem impõe sua vontade de modo a obrigar o Estado)” (TJSP – 7ª C. Dir. Público – Ap. 60.443-5 – Rel. Sérgio Pitombo – j. 10/04/2000).

“Tendo o autor sido preso indevidamente em virtude do mau funcionamento dos serviços públicos judiciais e da polícia judiciária, impõe-se a responsabilidade do Estado pelo ressarcimento dos danos material e moral, decorrente das prisões e encarceramentos arbitrários” (TJSP – 3ª C. Dir. Público – Ap. 74.020-5/6 – Rel. Laerte Sampaio – j. 08/08/2000 – Voto 5.890).

“É possível responsabilizar-se o Estado por ato jurisdicional, quando a parte interessada provar a existência da ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta e a relação de causa e efeito entre o fato e o dano alegado, sem o que não há de cogitar do dever do Estado de indenizar pelo ato jurisdicional atacado, mormente praticado dentro dos limites legais, sem abuso ou excesso de poder” (TJMG – 4ª C. – Ap. 130.964/0 – Rel. Carreira Machado – j. 03/12/1998 – RT 768:337).

“Responsabilidade civil. Erro judiciário. Excesso injustificado do limite do prazo para a conclusão da ação penal. Réu preso preventivamente. Motivo autorizante de reparação de danos morais – “Diz a jurisprudência dominante importar constrangimento ilegal o excesso injustificado do prazo de 81 dias para encerramento da instrução criminal, durante o qual deve estar, ao menos, concluída a tomada da prova do acusador. Quando excedido sensivelmente esse prazo, notório que a privação injusta da liberdade acarreta seqüelas de índole moral, subjacentes ao sofrimento, à angústia e à sensação de revolta associada à virtual impossibilidade de, pelas próprias mãos, se fazer frente à injustiça vivida. É o suficiente para estabelecer o liame de causalidade autorizante da concessão da reparação pretendida” (TJSP – 6ª C. Dir. Público – Ap. 24.794-5 – Rel. Coimbra Schmidt – j. 09/11/1998 – JTJ-LEX 212:83).

“É indiscutível o direito do condenado de ser indenizado pelo período de tempo em que permaneceu preso por erro cometido pelas autoridades judiciárias e policiais, cumprindo pena de outro indivíduo, seu homônimo” (TJSP – 1ª C. Civil – Ap. 227.092 – Rel. Andrade Junqueira – j. 09/10/1973 – RT 464:101).

“Em caso de prisão indevida, fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado, deve ser focado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente o de ir e vir” (STJ – 1ª T. – REsp 228.481 – Rel. José Delgado – j. 22/02/2000 – RSTJ 134:94).

“Responsabilidade civil do Estado. Indenização. Erro Judiciário. Pessoa que permaneceu presa em cadeia pública privada de liberdade e tratamento médico, a despeito de absolvida em processo penal, e sujeita a medida de segurança em hospital ou estabelecimento adequado. Falha no funcionamento do aparelho estatal. Verba devida. – “Hipotéticos não se desvendam os danos causados a quem, por culpa exclusiva do Estado, desaparelhado à execução fiel de funções básicas, é tolhido em direitos fundamentais da pessoa humana, deixado ilegalmente em prisão, malgrado normas legais cogentes asseguradoras de tratamento especializado de saúde em estabelecimento adequado. A obrigação do Estado é criar vagas suficientes em hospitais e centros assemelhados a fim de atender às medidas de segurança determinadas na lei penal. Enfim, o retardamento das providências médicas exigíveis, por si só resultou em danos passíveis de reparação pelo Estado” (TJSP – 2ª C. – Ap. – Rel. Pereira da Silva – j. 28/01/1994 – RT 711:91).

“A não ser em casos expressamente declarados em lei, o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário” (TJSP – RDA 50:239).

“Mesmo em caso de decisão judicial morosa, não cabe a responsabilidade civil do Estado por falta de serviço, quando a demora tem causa justificada” (STF – RDA 90/140).

“*Habeas corpus*. Erro judiciário. Pretendido reconhecimento através desse remédio jurídico. Meio impróprio. Denegação da ordem. – “Não é o *habeas corpus* meio adequado para obter o reconhecimento do erro judiciário” (TJSP – Câms. Crims. Conjs. – HC 25.177 – Rel. Humberto da Nova – RT 304:454).

“Responsabilidade civil do Estado – Morte de detento. O ordenamento constitucional vigente assegura ao preso a integridade física (CF, art. 5, XLIX) sendo dever do Estado garantir a vida de seus detentos, mantendo, para isso, vigilância constante e eficiente. Assassinado o preso por colega de cela quando cumpria pena por homicídio qualificado, responde o Estado civilmente pelo evento danoso, independentemente da culpa do agente público. Recurso improvido. Por unanimidade, negar provimento ao recurso” (STJ, REsp. nº 5711, decisão 20.03.1991, Min. Garcia Vieira).

“Não há responsabilidade civil do Estado em face de danos eventualmente causados por atos de persecução penal, quando o acusado vem a ser absolvido por falta de prova de sua participação na infração penal, pois que tanto a decretação da prisão preventiva quanto a admissibilidade da denúncia repousam em juízo provisório da prática delituosa, de todo legítimo” (TJSP – 2ª C. Dir. Público – Ap. 32.334-5 – Rel. Corrêa Vianna – j. 15.12.1998 – JTJ – LEX 214/84).

“A absolvição do réu, em processo criminal, por negativa de autoria, não torna a prisão cautelar, realizada em flagrante e mantida antes da sentença absolutória, fruto de excesso ou de erro judiciário, de modo a impor ao Estado o dever de indenização, pois tratando-se de atos judiciais a responsabilidade da Administração não é objetiva, mas depende da culpa manifesta na sua expedição, de maneira ilegítima e lesiva” (TJSP- 8ª C. Dir. Público – Ap. 63.208-5 – Rel. Teresa Ramos Marques – j. 06.09.2000 – JTJ – LEX 237/55 e RT 784/220).

“Se a prisão preventiva foi decretada dentro dos limites da ordem legal, sem que tenha havido qualquer ato de natureza culposa, erro judiciário, ilegalidade ou arbitrariedade, o simples fato de o réu ter sido absolvido do crime que lhe foi imputado por insuficiência de provas não gera ao Estado o dever de indenizá-lo” (TJPR – 3ª C. – Ap. 23.792-1 – Rel. Abrahão Miguel – j. 19.08.1997 – RT 752/319).

“Apelação cível. Responsabilidade civil. Erro judiciário. Auto condenado por furto com obtenção de *sursis*. Benefício revogado em razão do não comparecimento à audiência. Alegação de que o oficial de justiça diligenciou em endereço errado. Prisão por três dias. Pretensão à condenação do Estado de São Paulo por danos morais. Procedimento regular do Judiciário através do ofício de Justiça. Ação improcedente. Recurso a que se nega provimento” (TJSP – 3ª C. Dir. Público – Ap. 32.424.5/2 – Rel. Rui Stoco – j. 15.12.1998).

“Não exclui a responsabilidade objetiva da Administração o fato do funcionário, ao causar o dano, estar exercendo abusivamente outras atribuições. A conduta irregular do servidor faz presumir a sua má escolha para a missão que lhe foi atribuída” (TRF, DJU, 3, mar/1983, p. 1884).

IX

Conclusão

A responsabilidade estatal será sempre objetiva, independentemente de haver causado o dano uma conduta omissiva ou comissiva. Concluímos, com os ensinamentos de Odete Medauar:

‘informada pela teoria do risco, a responsabilidade do Estado apresenta-se hoje, na maioria dos ordenamentos, como responsabilidade objetiva. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da Administração. (...) Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexo de causalidade, o Estado deve ressarcir’⁶⁸.

Os cidadãos estão submetidos ao julgamento de seus atos pelo Estado e às conseqüências por ele impostas. Desta forma, não há como irresponsabilizar o agente estatal ou o próprio Estado pelos danos que venham causar a sociedade.

O direito de obter a reparação de prejuízos está previsto como uma garantia fundamental do indivíduo pela Constituição Federal, independentemente de se tratar de erro judiciário ou judicial, que pode ocorrer em qualquer esfera do direito, ou de prisão indevida.

As hipóteses de prisão indevida devem ser tratadas, quando não acobertadas por sentença em revisão criminal, conforme o caso concreto, a fim de se averiguar a necessidade das medidas tomadas pelos agentes do Poder Judiciário, bem como se houve danos ao indivíduo decorrentes dos atos praticados.

⁶⁸ *Apud* João Agnaldo Donizete Gandini, *A responsabilidade*, p. 121.

Em sede de revisão criminal, seria mais prudente não discutir a matéria que versa sobre a indenização e demandá-la no juízo cível, considerando a necessidade de citação da Fazenda Pública, bem como a chance de não obter a absolvição para frustrar o dever de indenizar.

O Estado sempre será responsável pela indenização decorrente de erro judiciário, judicial e pelas prisões indevidas (excesso no cumprimento da penal, prisões cautelares, prisões em flagrante, cumprimento de pena em regime diverso do determinado judicialmente etc), ainda que a culpa seja pessoal do magistrado.

Cumpra ao Estado exercer seu direito de regresso contra o magistrado ou órgão colegiado, apenas e tão somente quando estes agirem com dolo ou fraude, caso contrário, deve assumir os erros de seus funcionários.

O valor aferido para a indenização deve ser bastante para coibir futuras injustiças por parte do Estado, bem como dirimir, eis que jamais terá o condão de suprimir, a irreparável supressão da liberdade de alguém inocente.

X

Bibliografia

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Malheiros, 1995.

DELGADO, José Augusto. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. *Revista de Direito Administrativo*. v. 153: 259-270. Rio de Janeiro: Vozes, jul./set. 1983.

_____. A demora na entrega da prestação jurisdicional: responsabilidade do Estado – indenização. *Revista Trimestral de Direito Público*. v. 14: 248-266. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Responsabilidade do Estado – responsabilidade civil do Estado ou responsabilidade da administração – a demora na entrega da prestação jurisdicional. *Revista Jurídica*. ano XLIV. nº 226: 5-26, ago/1996.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 1 v. 20^a ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*. 198:85-96. Rio de Janeiro: out./dez. 1994.

GANDINI, João Agnaldo Donizete; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*. Ano 4. nº 16: 101-127, julho/agosto 2003.

GAMA, Affonso Dionysio. *Código Penal Brasileiro – Dec. 847, de 11 de outubro de 1890*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Co. Editores, 1929.

- GAZOTO, Luís Wanderley. Responsabilidade estatal por atos jurisdicionais, *Revista de Doutrina e Jurisprudência* [Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios]. v. 60:45-64. Brasília, 1999.
- LASPRO, Oreste Nestor de Souza, *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de direito administrativo*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. I v. Campinas: Bookseller, 1997.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MENDONÇA, Fabiano André de Souza Mendonça. *Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia: a igualdade perante o judiciário e a constitucionalidade da coisa julgada face à responsabilidade objetiva*. 1ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MOURÃO, Jacira Nunes. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. *Revista de Direito Civil – imobiliário, agrário e empresarial*. v. 3:65-84. ano 2, jan./março 1978.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil – parte geral*. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2003.

NUNES, Rômulo José Ferreira. *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*. São Paulo: LTr, 1999.

PORTO, Mário Moacyr. *Temas de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, Juary C.. *A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos: teoria da responsabilidade unitária do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 1985.