JOÃO HONÓRIO DE SOUZA FRANCO

Indenização do erro judiciário e prisão indevida

Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito, sob orientação do Professor Doutor Edmir Netto de Araújo.

São Paulo

2012

Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Franco, João Honório de Souza
F895i Indenização do erro judiciário e prisão indevida
/ João Honório de Souza Franco. – São Paulo:
J. H. de S. Franco, 2012.
345 f. ; 30 cm.

Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2012.
Orientador: Prof. Edmir Netto de Araújo.
Notas de rodapé.
Inclui bibliografia

1. Indenização. 2. Erro judiciário. 3. Prisão indevida. I. Araujo, Edmir Netto de. II. Título.

CDU 343.159.5

Banca examinadora

_____

_____

_____

_____

_____

AGRADECIMENTOS

Ao estimado amigo e Prof. Dr. Edmir Netto de Araújo, pela orientação que me dispensou na elaboração desta tese, no acompanhamento firme e sereno, pelo tempo dispensado na leitura e preciosas observações feitas ao longo desta pesquisa, e pela confiança em mim depositada; pela aprovação desta tese, o apoio à sua concretização e seu inestimável auxílio na revisão e correções em seu texto.

À minha esposa, Miriam, minhas filhas Karina e Rosana, que sempre estiveram ao meu lado e em mim acreditaram na elaboração desta tese, e me incentivaram a levar a cabo este objetivo.

Às minhas netas, Júlia e Luíza, fontes de minha inspiração e que dão sentido ao existir, às quais dedico esta tese.

Ao meu sobrinho Otávio, pela inestimável e valiosa colaboração no desenvolver deste trabalho, sem a qual não seria possível chegar a bom termo. E, também, por seu inaudito esforço na revisão do texto, reconhecidamente complexo.

RESUMO

O enfoque especial deste tema é a *Indenização do erro judiciário e prisão indevida (art. 5º, LXXV, e art. 37, § 6º, da Constituição Federal)* aos danos decorrentes de atos jurisdicionais, mais especificamente o erro judiciário e a prisão indevida, que deverão ser suportados pelo Estado. Na concretização da função jurisdicional (não somente judicial ou administrativa), o Estado-juiz, por vezes, gera graves prejuízos aos jurisdicionados, levando-os a suportar um ônus indevido, notadamente nos casos de funcionamento do serviço judiciário, como a demora na prestação jurisdicional, o erro judiciário, a prisão indevida, erro judiciário fora da hipótese clássica, a atuação culposa ou dolosa do magistrado ou mesmo a denegação da justiça. A exigência de reparação dos erros dos juízes assenta em pressuposto jurídico-político indiscutível. Assim, a importância do tema escolhido, ou seja, a responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, o novo conteúdo do artigo 630 do Código de Processo Penal, é concernente à responsabilidade do Poder Público por ato jurisdicional, ou seja, ato praticado por juiz ou tribunal judiciário em sua função específica de elaboração e entrega da prestação jurisdicional; ato que, viciado, cause dano pessoal, moral ou patrimonial ao administrado, uma vez que o exame desse dispositivo constitucional (art. 5º LXXV, e art. 37, § 6º, da C.F.) revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de reparar, de indenizar o dano causado - inclusive em decorrência de atos jurisdicionais - a terceiros, por seus servidores, independentemente da prova da culpa no cometimento da lesão, ou à própria vítima de erro judiciário ou privação indevida de sua liberdade, isto é, a indenização por erro judiciário decorrente da aplicação da lei, a indenização como fundamento do Estado de Direito, a culpa do serviço público e o erro judiciário como fundamentos para a responsabilidade estatal, e a ação direta independentemente de prévia rescisão do julgado. É o que determina a nova regra constitucional do art. 5º, LXXV, da Constituição Federal (CF): “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Acrescente-se que a nova regra do dispositivo constitucional não depende de ter havido prisão, bastando a condenação errônea, para ser postulada a reparação dos danos materiais e morais porventura decorrentes da atividade jurisdicional.

RÉSUMÉ

Le but particulier de ce travail est l'indemnisation de l'erreur judiciaire et l'arrestation injuste (art. 5e, LXXV, et art. 37, § 6e de la Constitution Fédérale) aux dommages provenants d'actes juridictionnels, plus spécifiquement d'erreur judiciaire, et arrestation injuste, qui doivent être subis par l'Etat. Dans la concretisation de la fonction juridictionnelle (et non seulement dans la fonction judiciaire ou administrative), l'État-juge produit parfois de graves préjudices aux juridictionnés, les menant à subir une charge indue, notament dans les cas de fonctionnement du service judiciaire, comme le retard dans la prestation juridictionnelle, l'erreur judiciaire, l'arrestation indue, l'erreur judiciaire hors de l'hypothèse classique, l'action criminelle ou fraudulente du magistrat ou même la dénégation de la justice. L'exigence de réparation des erreurs des juges est basée sur un présupposé juridico-politique indiscutable. L'importance du sujet choisi, c'est-à-dire, la responsabilité civile de l'État par des actes juridictionnels, le nouveau contenu de l'article 630 du Code du Procès Pénal a trait à la responsabilité du Pouvoir Public par acte juridictionnel, c'est-à-dire, l'acte pratiqué par un juge ou tribunal judiciaire dans sa fonction spécifique d'élaboration et remise de prestation juridictionnelle, qu'une fois corrompu cause dommage personnel, moral ou patrimonial à l'administré. L'examen de ce dispositif constitutionnel (art. 5e LXXV, et art. 37, § 6e, de la CF) révèle que le constituant a établi, pour toutes les entités de l'État et ses démembrements admininstratifs, l'obligation de réparer, d'indemniser le préjudice causé à des tiers par leurs serviteurs – y inclus découlés d'actes juridictionnels – indépendamment de preuve de culpabilité dans l'exécution de la lésion, ou à la victime elle-même d'erreur judiciaire ou privation indue de sa liberté, c'est-à-dire, l'indemnisation par erreur judiciaire advenue de l'application de la loi, l'indemnisation comme base de l'État de Droit, la culpabilité du service public et l'erreur judiciaire comme principal appui pour la responsabilité de l'État, et l'action directe indépendamment de rescision préalable du jugé. C'est ce qui détermine la nouvelle règle constitutionnelle de l'art. 5e, LXXV, de la CF : « L'État indemnisera le condamné par erreur judiciaire, ainsi que celui qui est gardé en prison au-delà du temps fixé par l'arrêt ». On peut ajouter que la nouvelle règle du dispositif constitutionnel ne dépend pas du fait d'avoir eu l'arrestation ; la condemnation erronée est suffisante pour une demande de réparation des dommages matériels et moraux qui puissent être provenants de l'activité juridictionnelle.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 9
CAPÍTULO I – NOTAS INTRODUTÓRIAS 17
1.1. CONCEITUAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO 17
1.2. PERSONALIDADE JURÍDICA DO ESTADO 25
1.3. DELIMITAÇÃO DO TEMA E SUA COMPLEXIDADE: O ART. 37, § 6º, E O ART. 5º, LXXV, DA CF 28
1.4. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO 34
1.5. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO 38
1.5.1. Atos ilícitos e lícitos: ato jurídico e fato jurídico 38
1.5.2. O evento danoso 40
1.5.3. Nexo de causalidade material e qualidade de agente 43
1.5.4. Ausência de causa excludente da responsabilidade estatal 45
CAPÍTULO II – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO 47
2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO 47
2.2. TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO 51
2.2.1. Teoria da irresponsabilidade ou regaliana 51
2.2.2. Teoria civilista da culpa: atos de império e atos de gestão 55
2.2.3. Teorias publicísticas 60
2.2.4. Teoria da culpa administrativa (ou da culpa do serviço ou acidente administrativo) 66
2.2.5. Teoria do risco administrativo 82
2.2.6. Teoria do risco integral 86
2.3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 89
2.3.1. Responsabilidade civil do Poder Público na Constituição de 1988: teoria do risco administrativo 89
2.4. CAUSAS EXCLUDENTES E ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO 93
2.4.1. A força maior e o caso fortuito 94
2.4.2. A culpa da vítima 100
2.4.3. A culpa de terceiro 101

2.4.4. Estado de necessidade *103*
2.4.5. Agente fora das atividades funcionais *104*
2.4.6. A qualidade de agente na prática do ato *105*
CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS **107**
3.1. DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS **111**
3.1.1. O falso dogma da irresponsabilidade civil do Estado-juiz *115*
3.1.2. Argumentos que refutam a responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais e sua crítica *116*
3.1.2.1. O Poder Judiciário é soberano, exercendo suas funções acima da lei, não empenhando a sua atuação a responsabilidade do Estado **116**
3.1.2.2. A independência dos juízes como fator de irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais **120**
3.1.2.3. O magistrado não é funcionário público **122**
3.1.2.4. A imutabilidade da coisa julgada **130**
3.1.3. Atos jurisdicionais típicos *137*
CAPÍTULO IV - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ERRO JUDICIÁRIO E PRISÃO INDEVIDA: PENAL E CIVIL (ART. 5º, INCISO LXXV, DA CF) **143**
4.1. O ERRO JUDICIÁRIO COMO ATO JURISDICIONAL **143**
4.1.1. Conceito de erro judiciário penal *143*
4.1.2. Erros judiciários: Casuística (casos célebres de erro judiciário) *160*
4.1.3. Importância e atualidade do tema *172*
4.1.4. Identificação do erro judiciário *173*
4.1.5. A natureza do ato jurisdicional para o direito administrativo *174*
4.1.6. Erro de procedimento e erro de julgamento *177*
4.1.7. Erro judiciário no processo cautelar *180*
4.1.8. A prescrição e decadência como causas de perpetuação do erro judiciário *189*
4.1.9. O novo conteúdo da regra do art. 630 do Código de Processo Penal *191*
4.1.10. O erro judiciário civil *198*
4.2. PRISÃO INDEVIDA **201**
4.2.1. A prisão indevida, a prisão ilegal e as falsas causas que pretensamente a justificam *201*
4.2.2. Fundamento da responsabilidade civil do Estado por prisão indevida *227*

4.2.3. Prazo e prisão provisória 231

4.2.4. Prazo da prisão processual e as Declarações Universais dos Direitos do Homem .. 233

4.2.4.1. Necessidade de a lei estipular prazos para a prisão cautelar 241

4.2.5. A obrigação do Estado de indenizar o erro judiciário e a prisão indevida (art. 5º, LXXV, e art. 37, § 6º, da C.F.) 245

4.2.6. Espécies de dano: dano material e dano moral 247

4.3. DIREITO-DEVER DO ESTADO NA AÇÃO REGRESSIVA CONTRA O CAUSADOR DO DANO E DENUNCIAÇÃO DA LIDE 249

4.4. TENDÊNCIAS ATUAIS DA JURISPRUDÊNCIA A RESPEITO DO TEMA 263

CONCLUSÃO: A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR DO ESTADO PELO ERRO JUDICIÁRIO E PELA PRISÃO INDEVIDA 285

BIBLIOGRAFIA 290

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é um dos temas mais fascinantes do ordenamento jurídico, em especial a responsabilidade extracontratual. A questão focalizada nesta tese consiste em saber como era tratado, antes da Carta Constitucional de 1988, o tema referente à responsabilidade do Estado por atos de seus agentes, e como é tratado nos dias de hoje, tanto na doutrina pátria como no Direito estrangeiro, na legislação e na jurisprudência.

O princípio da responsabilidade objetiva estatal - hoje consagrado no art. 37, § 6º, da Constituição da República de 1988 - já era previsto no art. 194 da Constituição de 1946. Os autores são unânimes em reconhecê-lo, havendo, mesmo, certa uniformidade na argumentação: se o elemento *culpa* é previsto (parágrafo único do art. 194 da CF de 1946, do art. 105 da CF de 1967 e do art. 107 da CF de 1969; segunda parte do art. 37, § 6º, da CF de 1988) apenas para assegurar a ação regressiva das pessoas jurídicas contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido dolo ou culpa deles; daí resulta, por exclusão, que, omitindo-se o corpo do artigo quanto a referir-se ao elemento subjetivo, ficará estabelecido que essas entidades devem reparar o dano mesmo sem culpa, em qualquer caso.

A responsabilidade de que tratamos é a extracontratual do Estado, para restringir a temática, ficando a responsabilidade contratual fora da análise desta tese, uma vez que, de ordem contratual, deve ser analisada pela ótica dos contratos administrativos.

Finalmente, os pressupostos necessários à responsabilização do Estado: a ação ou omissão humana imputável ao Estado ou à pessoa de direito privado prestadora de serviços públicos; atos lícitos ou ilícitos; nexo causal, que significa a referibilidade jurídica ao Estado do evento danoso; dano causado pelo agente e imputável ao Estado, dano material e moral.

Também será desenvolvida a responsabilidade civil do Estado em linhas gerais; a evolução histórica da responsabilidade civil extracontratual do Estado; as diversas teorias aplicadas à responsabilidade civil do Estado; a responsabilidade subjetiva e a objetiva; a regra no direito brasileiro: responsabilidade objetiva do Estado e subjetiva do agente; responsabilidade civil do Estado e do agente público; responsabilidade inominada do Estado; danos indenizáveis; excludentes de responsabilidade e regressividade.

Abordar-se-á, também, embora de forma resumida, a teoria publicista, o primeiro passo no sentido da evolução de teorias de responsabilidade do Estado segundo os princípios do direito público, que foi dado pela jurisprudência francesa, com o famoso caso Blanco, em

1873, a partir do qual começaram a surgir as teorias publicistas da responsabilidade do Estado: teoria da *culpa do serviço* ou teoria da *culpa administrativa* e a teoria do *risco*, desdobrada, segundo alguns autores, em teoria do *risco administrativo* e teoria do *risco integral*. Há também a teoria da *culpa do serviço*, também chamada de *culpa administrativa*, ou teoria do *acidente administrativo*. Na hipótese de não se identificar o funcionário causador do dano, há a teoria da culpa *anônima do serviço público.*

O princípio fundamental em que se repousa a *teoria do risco administrativo*, no direito brasileiro, é o denominado princípio da igualdade dos ônus e encargos, consagrando a norma constitucional à teoria da responsabilidade objetiva do Estado, que é a regra estabelecida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988: responsabilidade objetiva do Estado e da responsabilidade subjetiva do agente público, que exige o direito de regresso do Estado contra o agente causador do dano, se este agiu com culpa ou dolo.

Outro ponto a ser abordado é a obrigatoriedade - ou não - da denunciação da lide, a que se refere o art. 70, inciso III, do Código de Processo Civil, instaurando-se um eventual litisconsórcio passivo, ou se a Fazenda Pública poderá chamar, ao processo, o funcionário faltoso, na forma do art. 77, III, do mesmo estatuto processual. O tema é controverso, não obstante a clareza do dispositivo constitucional do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988. O Supremo Tribunal Federal tem entendido e vem decidindo que a ação deve ser proposta contra a *pessoa jurídica* e não contra o agente público, nem mesmo em litisconsórcio[1].

Por outro lado, enfoque especial será dado aos danos decorrentes de atos jurisdicionais, mais especificamente *erro judiciário*, e *prisão indevida*.

Na concretização da função jurisdicional (não somente na judicial ou administrativa), o Estado-juiz, por vezes, gera graves prejuízos aos jurisdicionados, levando-os a suportar um ônus indevido, notadamente nos casos de funcionamento do serviço judiciário, como a demora na prestação jurisdicional, o erro judiciário, a prisão indevida, erro judiciário fora da hipótese clássica (art. 630, do CPP), a atuação culposa ou dolosa do magistrado ou mesmo a denegação da justiça. Bielsa, estudando o problema do erro judiciário, começa por observar que não é possível compreender o sistema integral de justiça

---

[1] RE 327.904/SP, rel. Min. Carlos Ayres Brito (*DJ* 8.9.06), *STF*. No mesmo sentido: RE 344.133, em que foi relator o Min. Marco Aurélio.

sem que se atenda ao sacrifício individual injusto. A exigência de reparação dos erros dos juízes assenta em pressuposto jurídico-político indiscutível: "A mesma solidariedade que nasce em face do perigo e do delito deve surgir ante a inocência castigada" [2].

As teorias acerca da responsabilidade civil sofreram notória evolução jurídica. Em se tratando de Responsabilidade Civil do Estado, há grandes controvérsias e incertezas na ciência jurídica, fazendo com que doutrina e jurisprudência não consigam consagrar um entendimento pacífico, principalmente quando o prejuízo decorre de erro judicial. A questão da responsabilidade civil estatal pelos atos jurisdicionais ainda é objeto de inconciliáveis posicionamentos tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Com o novo *status* que lhe deu o art. 5º, LXXV, da CF, a partir de 5 de outubro de 1988, o direito do condenado à indenização foi pormenorizado de modo a abarcar o erro judiciário e a prisão além do tempo fixado na sentença: é a constitucionalização da matéria, que antes tinha assento na legislação infraconstitucional do art. 630 do Código de Processo Penal, que hoje pode ser invocada para abranger a hipótese de acusação meramente privada que o dispositivo expressamente excluía da obrigação estatal (§ 2º, letra "b", do art. 630, do CPP), assim como para determinar a indenização pela privação da liberdade ainda quando não haja condenação. A Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso LXXV, ao ordenar que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do prazo fixado na sentença, rompeu com a lamentável restrição aparente contida no Código de Processo Penal, no sentido de subordinar a reparação pelo erro judiciário à prévia revisão criminal. Agora, ficou claro e cristalino que o Estado deve indenizar a vítima do erro judiciário, dando lugar ao entendimento de que como tal deve ser interpretado todo erro que importe coação carcerária juridicamente errônea a cidadão inocente.

Quando se fala em *erro judiciário*, pensa-se de imediato na sentença criminal de condenação ilegítima, mas o erro judiciário por extensão abrange também a prisão preventiva injustificada ou detenção, sem justa causa, cujos danos patrimoniais e morais são patentes.

Há que se definir o erro judiciário como toda condenação injusta, incluindo o excesso e a insuficiência da pena e, para efeito de sua reparação, o erro da investigação

---

[2] BIELSA, Rafael. "Las víctimas de los errores judiciales em las causas criminales y El derecho a La reparación", In: Revista Universitária de Ciencias Juridicas y sociaales, Buenos Aires, p. 1, *apud* DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil do Estado*. XI. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 858; CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 472.

policial. A definição, portanto, alcança, também, a prisão preventiva injustificada. Com efeito, nosso entendimento é de que não há base para excluí-la do direito à reparação. Se há erro judiciário em virtude da sentença condenatória, haverá também em consequência da prisão preventiva ou detenção. Isso quer dizer que, em outras palavras, a prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5º, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização.

Com efeito, não se compreende que, sendo injusta a prisão no que exceder o prazo fixado na sentença condenatória, seja, em tese, menos injusta a prisão do réu que nela é mantido se ao final vier a ser eventualmente julgada improcedente a denúncia pela sentença absolutória. Todavia, agora, essas situações foram corrigidas pela Lei n. 12.403/2011, editada com o escopo de se evitar o encarceramento do indiciado ou do acusado antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória.

Hoje, antes da condenação definitiva, o sujeito só pode ser preso em três situações: *flagrante delito*, *prisão preventiva* e *prisão temporária*. Mas somente poderá permanecer preso nas duas últimas, não existindo mais a prisão em flagrante como hipótese de prisão cautelar garantidora do processo. Ninguém responde mais preso a processo em virtude da prisão em flagrante, a qual deverá ser convertida em prisão preventiva ou convolar-se em liberdade provisória.

Enfim, antes da sentença final, é imprescindível a demonstração dos requisitos de necessidade e urgência para a prisão cautelar. Além da prisão temporária, cabível nas restritas hipóteses da Lei n. 7.960/89 e somente quando imprescindível para a investigação policial de alguns crimes elencados em rol taxativo, só existe a prisão preventiva como modalidade de prisão provisória. Mesmo assim, quando couberem outras medidas coercitivas menos drásticas, como, por exemplo, obrigação de comparecer ao fórum mensalmente, proibição de se ausentar da comarca, submeter-se ao monitoramento eletrônico etc., não se imporá a prisão preventiva, a qual passa a ser medida excepcional.

Aliás, atualmente, sem necessidade e urgência, nenhuma medida restritiva será imposta, devendo o juiz conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança. Para pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, o delegado de polícia arbitra a fiança (no valor de 01 a 100 salários mínimos); já para pena máxima superior a 4 (quatro) anos, só o juiz pode fixar a fiança (no valor de 10 a 200 salários mínimos). Em se tratando de infrações inafiançáveis, como crimes hediondos, racismo, tráfico de drogas etc., não havendo necessidade de prisão preventiva, nem de providências cautelares alternativas, também caberá liberdade provisória.

Já foi reconhecido pelo STJ que se assemelha à hipótese de indenização por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente venha a ser absolvido. A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar o mais comezinho direito fundamental à vida livre e digna. Além disso, posicionou-se no sentido de que a absolvição futura revela a ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos (*notória non egent probationem).* É a magnitude ao *status libertatis,* que o constituinte de 1988 inscreveu no rol das chamadas franquias democráticas, uma regra expressa que obriga o Estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado pela sentença (CF, art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes às de quem é submetido à prisão processual e posteriormente absolvido.

Além do mais, no referido julgamento levado a efeito pelo STJ, de relatoria do Ministro Luiz Fux, também ficou estabelecido que é

> forçoso convir que a situação de o cidadão ser submetido à prisão processual e depois absolvido é equivalente àquela em que o Estado indeniza o condenado por erro judiciário ou pelo fato de este permanecer preso além do tempo fixado na sentença. Forçoso, assim, concluir, que quando preso preventivamente o cidadão e depois é absolvido, *in casu,* pelo Tribunal do Júri, também se configura situação em que houve erro judiciário, sem que se tenha havido condenação[3].

Nesse sentido:

> Execução penal. Detração penal. Cômputo de tempo de prisão imposta em outro processo. Possibilidade. Condições. CP, art. 42. LEP, art. 111. cf, art. 5., XV e LXXV. A Constituição de República, em razão da magnitude conferida ao 'status libertatis' (art. 5., XV), inscreveu no rol dos direitos e garantias individuais regra expressa que obriga o estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado na sentença (art. 5., LXXV), situações essas equivalentes à de quem foi submetido à prisão processual e posteriormente absolvido.
> - Em face desse preceito constitucional, o art. 42, do Código Penal, e o art. 111, da Lei das Execuções Penais, devem ser interpretados de modo a abrigar a tese de que o tempo de prisão provisória, imposta em processo no qual o réu foi absolvido, seja computado para a detração de pena imposta em processo relativo a crime anteriormente cometido.
> - Recurso especial conhecido e desprovido (REsp 61899/SP; Rel. Min. Vicente Leal, da 6ª Turma do STJ; DJ. 03.06.1996)

---

[3] REsp nº 427.560-TO, Rel. Min. LuizFux, 1ª Turma do STJ, DJ 30/09/2002. Julgamento: 05-09-2002.

> PROCESSO CIVIL. ERRO JUDICIÁRIO. ART. 5º, LXXV, DA CF. PRISÃO PROCESSUAL. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS.
> 1. A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5°, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização.
> 2. Assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido. A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar o mais comezinho direito fundamental à vida livre e digna. A absolvição futura revela a ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos (*notoria non egent probationem*).
> 3. O pedido de indenização por danos decorrentes de restrição ilegal à liberdade inclui o 'dano moral', que *in casu*, dispensa prova de sua existência pela inequivocidade da ilegalidade da prisão, duradoura por nove meses. Pedido implícito, encartado na pretensão às 'perdas e danos'. Inexistência de afronta ao dogma da congruência (arts. 2°, 128 e 460, do CPC).
> 4. A norma jurídica inviolável no pedido não integra a *causa petendi*. 'O constituinte de 1988, dando especial relevo e magnitude ao *status libertatis*, inscreveu no rol das chamadas franquias democráticas uma regra expressa que obriga o Estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado pela sentença (CF, art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes à de quem submetido à prisão processual e posteriormente absolvido'.
> 5. A fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica na valoração da proporcionalidade do *quantum* e na capacidade econômica do sucumbente.
> 6. Recurso especial desprovido (REsp 427.560/TO; Rel. Min. Luiz Fux, da 1ª Turma do STJ; DJ. 30.09.2002).

Nesse sentido, ressalta-se o entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando afirma peremptoriamente:

> Não obstante, deve-se consignar o entendimento de que o Estado pode ser levado a responder pelos danos decorrentes da *prisão preventiva*, se houver posterior absolvição do acusado, o que parece consentâneo com o princípio da dignidade humana, que ficaria, assim, vulnerado pela medida acautelatória penal sem causa (art. 1º, III, CF) [4].

É o que determina a nova regra constitucional do art. 5º, LXXV, da CF: "O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença". Eis, pois, a importância do tema escolhido, ou seja, a responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, o novo conteúdo do artigo 630 do

---

[4] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo.* 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 591.

Código de Processo Penal, que agora pode ser invocado para abranger a hipótese de acusação privada, afastando a restrição contida no § 2º, alínea "b", dependendo, apenas, da satisfação dos pressupostos gerais da responsabilização estatal, uma vez que o exame desse dispositivo constitucional (o art. 5º, LXXV, c.c. o art. 37, § 6º, da CF) revela que o constituinte estabeleceu, para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos, a obrigação de reparar, de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova da culpa no cometimento da lesão, inclusive em decorrência de atos jurisdicionais que causem danos a terceiros, ou à própria vítima de erro judiciário ou privação indevida de sua liberdade, conforme regramento constitucional inscrito nos artigos 5º, LXXV, e 37, § 6º, da Constituição Federal, isto é, a indenização por erro judiciário decorrente da aplicação da lei, a indenização como fundamento do Estado de Direito, a culpa do serviço público e o erro judiciário como fundamentos para a responsabilidade estatal, e a ação direta independentemente de prévia rescisão do julgado.

Acrescente-se que a nova regra do dispositivo constitucional não depende de ter havido prisão, bastando a condenação errônea para ser postulada a reparação dos danos materiais e morais porventura decorrentes da atividade jurisdicional.

Sobre a justificativa do tema escolhido, não resta a menor dúvida de que a responsabilidade civil do Estado é um dos mais belos, ricos, fecundos e de mais profundo alcance dos institutos formadores da ciência do Direito. E, por isso mesmo, aquele que, talvez, mais cativa e, certamente, o que mais desafia a argúcia do pesquisador, conforme adverte Carlos Alberto Tavares Campista[5].

Por si só, o tema genérico da responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais é fascinante, sempre polêmico. Não se pretende pioneirismo na abordagem do tema proposto, visto que a tarefa é dificílima e impossível de se alcançar. Mas o que se pretende, com inaudito esforço, é ampliar o estudo e o debate do mesmo tema, já desenvolvidos por renomados autores, firmados em torno da responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais e, particularmente, em torno do erro judiciário e prisão indevida, em sentido amplo.

---

[5] CAMPISTA, Carlos Alberto Tavares. Pela indenização dos danos morais em caso de homicídio. *RF* 287. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

A responsabilidade civil do Estado pelo erro judiciário representa o reforço da garantia dos direitos individuais. Na França, conforme assinala Bréchon-Moulènes, desde os fins do século XIX, os escândalos provocados por erros judiciários suscitaram veemente intervenção dos parlamentares, a fim de assegurar sua reparação, culminando com a Lei de 08.06.1895, reconhecendo a responsabilidade civil do Estado em matéria de erro judiciário[6].

Eis, aí, em síntese, a breve exposição do tema que trata da responsabilidade civil extracontratual do Estado por erro judiciário e prisão indevida.

---

[6] BRÉCHON-MOULÈNES. *Les regimes législatifs de responsabilité publique.* Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974, p. 69.

CAPÍTULO I – NOTAS INTRODUTÓRIAS

1.1. CONCEITUAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Quando falamos em responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro, estamos englobando atividades dos três poderes ou funções estatais: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais e jurídicos.

O Estado, muitas vezes, causa danos aos indivíduos, aos administrados, gerando a obrigação de reparação patrimonial, decorrente da responsabilidade civil.

Edmir Netto de Araújo observa que, frequentemente, nos deparamos com fatos e situações cuja ocorrência desperta, naturalmente, certas reações psicológicas. Um atropelamento, por exemplo, leva-nos a considerar a culpa do motorista, os danos físicos e materiais causados, e a fazer outras conjecturas. Da mesma forma, quando há desabamento de um edifício, ou de uma ponte, ou viaduto, quem arca com os prejuízos, e como? Se alguém é ilegalmente preso, quem responde por isso? Se o funcionário utilizar indevidamente verbas ou bens públicos, o que poderá acontecer? E quem responde pelo balanço errado ou falsificado de uma empresa? Trata-se apenas de diferentes aspectos da mesma questão: a *responsabilidade*[7].

Segundo Carlos Santiago Nino[8], Hans Kelsen dizia que o conceito de responsabilidade implica que "o indivíduo é responsável quando é suscetível de ser sancionado, independentemente de que tenha cometido ou não um ato jurídico. Não interessaria, pois, que fosse efetivamente sancionado".

---

[7]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 765.

[8]SANTIAGO NINO, Carlos. *Responsabilidad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, [s.d.]. p. 17.

A responsabilidade origina-se da palavra latina *responsabilitatis*, que possui em sua essência o ato de *responsabilizar-se*. É uma espécie de garantia, um asseguramento, assumindo o pagamento da obrigação e do ato praticado, ou seja, "gera qualidade de ser responsável, condição de responder, pode ser empregado no sentido de obrigação, encargo, dever, imposição de alguma coisa" [9].

René Savatier assim define a responsabilidade: "A responsabilidade civil é a obrigação que pode ser imposta a uma pessoa de reparar um dano causado a outrem por fato seu ou por fato de pessoas ou coisas dele dependentes" [10].

A natureza peculiar da responsabilidade civil assumida pelo Estado constitui a tônica dos estudos sobre o tema, o que atrai as especulações, como seria de se esperar, para o campo do Direito Público, em que ganha forma e se estrutura a dogmática da comumente denominada responsabilidade objetiva do Estado ou da Administração Pública[11].

Do reconhecimento de que a responsabilidade civil do Estado abrange potencialmente todos os seus campos de atuação – aí compreendidas, como expressões máximas da dinâmica estatal, as funções legislativa, jurisdicional e executiva, decorre a censura quanto à utilização da expressão "responsabilidade civil da Administração Pública", censura encontrada, *v.g.*, na obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem "[...] a responsabilidade é do Estado, por isso é errado falar em responsabilidade jurídica da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil"[12].

Avulta, pois, para a construção de um conceito que no plano jurídico possa revelar-se suficiente, a ideia de imposição do dever de ressarcir, como, aliás, demonstra Caio Mário da Silva Pereira:

---

[9]FREITAS, Sérgio Henrique Zandoná. Responsabilidade civil do Estado por ato administrativo. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). *Curso prático de direito administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 330.

[10]SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile em droit français*. Paris: R. Picho net R. Durand Auzias, 1951. t. 1.

[11]ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 5.

[12]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 642.

> A *responsabilidade civil* consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da *responsabilidade civil*, que então se enuncia como *princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.* Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil[13].

Já se afirmou que a responsabilidade, por seu caráter de tema fundamental da ciência jurídica, encontra melhor alocação na teoria geral do Direito, escapando do domínio único do Direito Civil. Trata-se, com efeito, de um daqueles institutos que, à perfeição, ilustram a advertência de Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena:

> É verdade que, na parte geral do Direito Civil, se estudam inúmeros conceitos jurídicos, cujo tratamento melhor se adequaria no campo da Teoria Geral do Direito, por servirem eles, indistintamente, às disciplinas incorporadas na faixa do *direito público* e às incorporadas na do *direito privado*[14].

A seu turno, adverte Paul Duez (*apud* Rui Stoco), que "o termo responsabilidade, se não for cuidadosamente conceituado, poderá prestar-se a ambiguidades, em razão da pobreza, sob muitos aspectos, do vocábulo jurídico[15].

A esse respeito, informa Manoel de Castro Cerqueira que

> [...] o velho direito à reparação do dano aperfeiçoa-se no direito romano e deste foi transplantado para as legislações modernas, inclusive [para] nosso Código Civil [...]. Aí, porém, o fundamento da responsabilidade é a culpa, exclusivamente, e não o dano, em si, ao passo que na teoria – da responsabilidade inculpada, nascida no direito germânico, o fundamento da indenização está no próprio evento danoso, sem atenção à culpa[16] .

No mesmo sentido da crítica de Maria Sylvia Zanella Di Pietro à correção da designação responsabilidade *civil* do Estado, José Roberto Dromi aduz ser um eufemismo, em

---

[13]PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 11 (grifos do autor).

[14]VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. *Direito público e direito privado*: sob o prisma das relações jurídicas. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 16 (grifos do autor).

[15]STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 60.

[16]CERQUEIRA, Manoel de Castro. A responsabilidade objetiva das pessoas de direito público interno. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. São Paulo, v. 2. p. 60-65, [199-].

razão de não versar sobre a clássica responsabilidade do Direito Privado e nem ser regido pelas normas do Código Civil, mas ser responsabilidade do Estado regido por normas e princípios próprios, traduzindo a reparação pecuniária dos danos causado[17].

A responsabilidade civil nem sempre esteve referida em nossos diplomas legais. Hoje, porém, a legislação, a doutrina e a jurisprudência reconhecem que as pessoas jurídicas, seja de Direito Público, seja de Direito Privado, prestadoras de serviços públicos, têm o dever, a obrigação de ressarcir os danos causados.

A sujeição das pessoas, públicas ou privadas, à ordem jurídica é considerada "um dos pilares do moderno Direito constitucional", e a lesão aos bens jurídicos de terceiros obriga o autor do dano à reparação[18].

Celso Antônio Bandeira de Mello informa que a responsabilidade do Estado governa-se por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica, e, por isso mesmo, é mais extensa que a responsabilidade que pode calhar às pessoas privadas. As funções estatais rendem ensejo à produção de danos mais intensos que os suscetíveis de serem gerados pelos particulares. As condições que podem ocasioná-los também são distintas, pois

> [...] os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não se pode furtar, pena de ofender o Direito ou omitir-se em sua própria missão, seja porque dispõe do uso normal de força, seja porque seu contato onímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isso, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos[19].

Para José de Aguiar Dias, o tema da responsabilidade civil do Estado tem inspirado vasta literatura, na justa medida das incertezas e variações que suscita. A causa principal dessa situação, que os juristas desejam ardentemente modificar, como testemunha o

---

[17]DROMI, José Roberto. *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos, 1987. v. 2, p. 183-184.

[18]BÜHRING, Márcia Andréa. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 78.

[19] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 970-971.

renomado esforço dedicado a clarear o problema, está, em grande parte, no fato de se contemplar a responsabilidade do Estado como instituto de direito civil, pois é certo que a tal anseio não satisfaz a simples transposição, para o seu domínio, dos princípios de responsabilidade do direito privado. A responsabilidade civil do Estado é matéria de direito administrativo. É preciso não transigir com a velha ideia de que a responsabilidade civil do Estado é assunto de direito civil. Ora, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público é problema de direito administrativo, que tem suas regras especiais em quase todos os domínios do direito, não admirando que as tenha em relação à responsabilidade, que apresenta outros fundamentos e justificativas não admitidas no direito civil. Nem se censure a inserção do tema na Constituição onde está mais bem situado do que no Código Civil, porque este não se destina, especificamente, senão a regular relações de direito privado [20].

Responsabilidade civil é o instituto jurídico por meio do qual se enseja que uma pessoa que cause, injustamente, danos a outrem torne-se obrigada a repará-los.

Superado o significado romano do termo "responsabilidade", oriundo do verbo latino "*respondere*", que significa o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo, temos que o Direito moderno admite outras fontes de responsabilização, dentre as quais não só os atos ilícitos, como também, em casos excepcionais, atos lícitos. Trata-se da denominada *responsabilidade extracontratual* ou *aquiliana.*

A responsabilidade civil extracontratual, segundo Silvio Rodrigues,

> se dá quando o ato ilícito se apresenta fora do contrato. Quando isso ocorre, nenhuma ligação de caráter convencional vincula o causador à vítima do dano. Aquele infringiu uma norma legal por atuar com dolo ou culpa, violou um preceito de conduta de onde resultou prejuízo a outrem. Deve, portanto, indenizar. O motorista [que], por dirigir distraidamente seu veículo, atropela um transeunte causa-lhe prejuízo. Sua atitude culposa representa infração a um dever legal. Deve, por isso, reparar o dano causado, indenizando a vítima das despesas de tratamento, bem como repondo aquilo que a vítima deixou de ganhar em sua inatividade. Trata-se de uma responsabilidade extracontratual, ou aquiliana, que se fundamenta, no direito brasileiro, no art. 159, do Código Civil de 1916, hoje no art. 186, do CC de 2002[21].

---

[20] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil do Estado*. XI. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 858; CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 472.

[21] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 1, p. 302-303.

Para Edmir Netto de Araújo, existe sempre a consciência de que há comportamentos devidos e comportamentos vedados, relativos a cada circunstância, e que membros da comunidade devem obedecer a essas prescrições, para que a coexistência no seio da coletividade se desenvolva de maneira normal e equilibrada, sob pena de sanções destinadas a restabelecer essa normalidade. Trata-se apenas de diferentes aspectos da mesma questão, que é a *responsabilidade*[22].

Hely Lopes Meirelles observa que *responsabilidade* é a que se traduz na obrigação de reparar os *danos patrimoniais* e se exaure com a *indenização.* Como obrigação puramente patrimonial, a responsabilidade civil independe da criminal ou da administrativa, com as quais pode coexistir sem, todavia, se confundir.

A responsabilidade civil da Administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las; é distinta da responsabilidade contratual e da legal[23].

O mesmo autor prefere a designação de *responsabilidade civil da Administração Pública em vez* da tradicional *responsabilidade civil do Estado,* porque, em regra, essa responsabilidade surge de atos da Administração, e não de atos do Estado como entidade política[24].

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende ser errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. E a responsabilidade é sempre civil, ou seja, de ordem pecuniária[25].

Adotamos o ponto de vista defendido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Como observa José Alfredo de Oliveira Baracho,

> a responsabilidade patrimonial e extracontratual do Estado, por comportamentos administrativos, origina-se da teoria da responsabilidade

---

[22]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 765.

[23]MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 697.

[24]Id., Ibid., p. 697, nota de rodapé.

[25]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 642.

> 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[26].

Por tudo isso, a responsabilidade do Estado obedece a um regime próprio, capaz de compatibilizar-se com as peculiaridades de sua pessoa, com o tipo e a origem de danos passíveis de serem por ele produzidos, e é apta a resguardar o patrimônio privado contra os riscos ligados a ações e omissões estatais[27].

Para Diogenes Gasparini, pode-se conceituar a responsabilidade civil do Estado como

> a obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável. [Cuida-se da] responsabilidade patrimonial do Estado, responsabilidade extracontratual do Estado ou responsabilidade civil do Estado, em face de comportamentos unilaterais, comissivos ou omissivos, legais ou ilegais, materiais ou jurídicos, que lhe são atribuídos[28].

> A ação ou omissão humana, contrariamente aos assim chamados '*fatos do mundo'*, estarão sujeitas ao regime de responsabilidade, caso venham a ser causadoras de prejuízos ou lesões a pessoas, bens ou direitos, na forma disciplinada pela coletividade, através de normas legais editadas por seus representantes [...]. A conotação da palavra responsabilidade é sempre estabelecida com a ideia de imputabilidade a alguém, relativamente ao desequilíbrio que esse alguém causou na ordem regular ou natural das coisas. Isto se dá também com a responsabilidade *patrimonial* ou *civil* (em oposição à responsabilidade *penal*, que é pessoal e individual), que significa a obrigatoriedade do restabelecimento do equilíbrio econômico entre os patrimônios envolvidos na ação ou omissão que causou o desequilíbrio na ordem natural patrimonial[29].

---

[26] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O enriquecimento injusto como princípio geral do direito administrativo. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, n. 337, p. 155, jan./mar. 1997.

[27]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 972.

[28]GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo.* 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 895-896.

[29]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.766 (grifos do autor).

Em conclusão, entende-se a responsabilidade civil do Estado como sendo a obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades[30].

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pode-se dizer que "a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos"[31].

Assim, no que se refere à responsabilização do Estado pelos prejuízos causados a terceiros, o dever de indenizar não estará presente apenas quanto aos prejuízos causados em decorrência da prática de atos ilícitos, mas também poderá o Estado ser chamado a compor os prejuízos decorrentes da prática de atos lícitos.

No comentário de Odete Medauar, a *responsabilidade civil* do Estado diz respeito à obrigação a ele imposta de reparar danos causados a terceiros em decorrência de suas atividades ou omissões; por exemplo: atropelamento por veículo oficial, queda em buraco na rua, morte em prisão. A matéria é estudada também sob outros títulos: *responsabilidade patrimonial do Estado, responsabilidade extracontratual do Estado, responsabilidade civil da Administração, responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado*[32].

Lúcia Valle Figueiredo diz que

> já averbamos – e agora reafirmamos – caber responsabilidade quer por atos lícitos ou ilícitos. A responsabilidade estatal decorrente de atos ilícitos funda-se, facilmente, no princípio da legalidade. Se a Administração, desde o Estado de Direito, só pode agir 'sob a lei', na definição de Otto Mayer, ou *secundun legem,* como quer Stassinopoulos, às pp. 19 e 20 de seu *Traité,* ao desbordá-la ou afrontá-la, ensejará direitos aos administrados passíveis de ressarcimento, como contrapartida de seu dever. Doutra parte, se a Administração, ao dar cumprimento a suas funções, ao exercer, de conseguinte, suas competências-deveres, lesar o administrado, também responderá por ato lícito, sob fundamento do princípio da igualdade (se todos são iguais perante a lei, também o devem ser no tocante às cargas públicas)[33].

---

[30]CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 13.

[31]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 643.

[32]MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno.* 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 433.

[33]FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Curso de direito administrativo.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 276.

1.2. PERSONALIDADE JURÍDICA DO ESTADO

O Direito moderno consolidou definitivamente a teoria da *realidade* ou *realidade jurídica*, superando digressões acadêmicas, ao reconhecer a existência de entes criados naturalmente pela vontade do homem, por imperativo de suas necessidades, e que operam no mundo jurídico adquirindo direitos, exercendo-os e contraindo obrigações, dotados de personalidade distinta daquela de seus próprios organizadores ou instituidores. As pessoas jurídicas distinguem-se segundo categorias várias; contudo, a divisão mais recente, seja pelo critério de origem, do fim, da necessidade ou do funcionamento, seja pelo aspecto doutrinário e do direito positivo, diz respeito às pessoas jurídicas de direito público e às pessoas jurídicas de direito privado. Paradigma da primeira categoria, erigido à condição de pessoa necessária, o Estado, na prolixidade que caracteriza atualmente sua estrutura político-administrativa, desenvolve atividade variada, geradora de direitos e obrigações no âmbito interno como no internacional[34].

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, como pessoa jurídica que é, o Estado, entidade real, porém abstrata (ser "de razão"), não tem vontade nem ação, no sentido de manifestação *psicológica* e vida *anímica* próprias. Estas, só os seres físicos as possuem. Tal fato não significa, entretanto, que lhe faltem vontade e ação, *juridicamente* falando. Dado que o Estado não possui, nem pode possuir, um querer e um agir psíquico e físico, por si próprio, como entidade lógica que é, sua vontade e sua ação se constituem na e pela atuação dos seres físicos prepostos à condição de seus agentes, na medida em que se apresentam revestidos dessa qualidade. Assim como o Direito constrói a realidade (jurídica) "pessoa jurídica", também constrói para ela as realidades (jurídicas) vontade e ação, imputando o querer e o agir dos agentes à pessoa do Estado[35].

Conforme observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "trate-se de dano resultante de comportamento do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica, sendo titular de direitos e obrigações na ordem civil"[36].

---

[34]CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 14.

[35]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 981-982.

[36]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 642.

Assim, doutrina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que

> a atividade funcional do Estado, como ser abstrato, realidade acidental, formada de relações de seres substanciais, os seres humanos, se efetiva mediante a ação destes, pessoas físicas, seus agentes, mas no seu nome e por sua conta, como centro de atribuições e operações. A cada um desses agentes corresponde um círculo de atribuições, para ser objeto do exercício de poderes e cumprimento de deveres, que exteriorizam a personalidade do Estado, como ser capaz de direitos e obrigações. Dada a complexidade e amplitude das atribuições do Estado, em razão de suas altas funções, é impossível o exercício delas por um só agente, mas se impõe seja por uma pluralidade deles. A manifestação de vontade de ditos agentes, segundo as respectivas atribuições, forma a vontade unitária da pessoa jurídica, Estado-sociedade, pois são a eles imputadas como sua vontade[37].

No Brasil, a responsabilidade é do Estado/Administração - pessoa jurídica -, com personalidade jurídica, titular de direitos e obrigações, respondendo sempre que seus agentes, em razão da atividade administrativa, causarem danos a terceiros, pois possui a Fazenda Pública esse dever[38].

Frente ao Direito, o Estado é considerado uma pessoa; "logo, o Estado é uma pessoa jurídica", ou seja, pessoa jurídica é espécie do gênero pessoa e, "pessoa, para o ordenamento jurídico, é um conjunto de direitos e deveres" [39].

Para José Roberto Dromi, o Estado é pessoa jurídica de caráter público; é uma realidade social e política integrada por um conjunto de homens com assento em um determinado âmbito territorial; é o conjunto de elementos, cuja realidade não pode ser negada; é sujeito de direito e de obrigações[40].

Assim, o Estado atualmente é tido como pessoa jurídica. Entretanto, é preciso verificar quem são *essas pessoas*, num sentido prático, sem contudo entrar no mérito do que se entende por serviço público, ou o que pode ser compreendido por cada uma das pessoas jurídicas de direito público ou privado.

---

[37]MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 2, p. 77.

[38]BÜHRING, Márcia Andréa. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 86.

[39]SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público.* São Paulo: Malheiros, 1992. p. 58-64.

[40]DROMI, José Roberto. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo Depalma y Hinos, 1973. p. 53-55.

Sempre foram consideradas pessoas jurídicas de Direito Público: a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e as Autarquias; e pessoas jurídicas de Direito Privado, prestadoras de serviços públicos: as concessionárias, as permissionárias, as subconcessionárias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as autorizatárias[41]. No entanto, o novo Código Civil, em seu artigo 41, inciso V e parágrafo único, inclui entre as pessoas jurídicas de Direito Público "as demais entidades de caráter público criadas por lei", com especial destaque às "pessoas jurídicas de Direito Público a que se tenha dado estrutura de direito privado", ou seja, as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações[42].

Com referência ao artigo 41, do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), a Lei Federal nº 11.107/2005, alterou o inciso IV do referido art. 41, dando-lhe a seguinte redação: "Art. 41... IV – as autarquias, *inclusive* as associações públicas" (grifo nosso).

Assim, o art. 41, do Código Civil de 2002 ficou assim redigido:

> Art. 41 – São pessoas jurídicas de direito público interno:
> I – a União;
> II – os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;
> III – os Municípios;
> IV – as autarquias, inclusive as associações públicas;
> V – as demais entidades de caráter público criadas por lei.
> Parágrafo Único – Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código[43].

A Lei Federal nº 10.101, de 19-12-2000, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências, em seu art. 5º, parágrafo único, considera "empresas estatais as empresas públicas, sociedade de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto".

---

[41]Márcia Andréa. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 44.

[42]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p 111.

[43] Quanto à referência a Territórios, no artigo 41, inciso II, do atual Código Civil (art. 18, § 2º, da Constituição Federal), integrariam a União como autarquias territoriais, mas atualmente não existe no Brasil qualquer Território (*apud* ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 111.

Edmir Netto de Araújo faz uma ressalva sobre a redação desse dispositivo do atual Código Civil, dizendo que "ao que parece querendo incluir também *as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas*, que inclui também como pessoas jurídicas de direito público interno as *Autarquias* (art. 41, IV)". No entanto, o confuso parágrafo único desse artigo diz que "às pessoas jurídicas de direito público às quais se tenha dado estrutura de direito privado [essas três últimas], *salvo disposição em contrário* [nas leis que as criam ou autorizam sua criação], regem-se quanto ao seu funcionamento, pelas normas do referido Código Civil", regime jurídico de direito puro, portanto, obviamente, com derrogações desse regime privado puro. Todavia, como se pode considerar pessoa jurídica de direito *público* uma entidade cujo regime jurídico seja de direito privado? [44].

E o mesmo autor complementa:

> Aumentando ainda mais a confusão, a Lei n. 11.107, de 6-4-2005, no art. 16, acrescenta ao rol de pessoas jurídicas de direito público interno as 'associações públicas' (modalidade de consórcio público), parecendo querer aproximar, no inciso IV do art. 41 do Código Civil, essa classe de entidades às autarquias, com o firme repúdio da doutrina [45].

1.3. DELIMITAÇÃO DO TEMA E SUA COMPLEXIDADE: O ART. 37, § 6º, E O ART. 5º, LXXV, DA CF

A importância do princípio da responsabilidade acentuou-se com o avantajamento da atuação do Estado, que quanto mais se espraia em sua presença na sociedade, tanto mais se arrisca a adentrar espaços dos particulares, invulneráveis juridicamente, causando-lhes danos patrimonialmente mensuráveis.

Exsurge, então, o irretorquível peso, o princípio da responsabilidade estatal, que dimensiona o acatamento daquela segunda obrigação pela sua assunção no sistema jurídico. É matéria repleta de questões ainda na atualidade, se bem que já agora muito mais macia em sua cogitação jurídica que o foi anteriormente. Mas, principalmente, é matéria viva de interesse e

---

[44] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 111 (grifos do autor).

[45] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 112.

plena de encantamento para o estudante de Direito, que nela encontra a mais sensível forma de execução do Direito Justo, em cuja órbita se cruzam os interesses da sociedade, que prioritariamente se cumprem pelo Estado, e os direitos do indivíduo, que não ficam em desvalia pelo acatamento e realização daqueles[46].

Conforme observa Leguina Villa, a responsabilidade civil da Administração pelos danos causados aos particulares, no exercício das funções e dos serviços que o ordenamento jurídico lhe impõe, continua sendo, em nossos dias e em todos os países de nosso horizonte cultural, uma das instituições mais complexas, problemáticas e, ao mesmo tempo, sugestivas da ciência jurídica; pode-se, inclusive, afirmar que a intrínseca problematicidade - que desde as suas origens sempre caracterizou o instituto ressarcitório - manifesta seus perfis mais acentuados na sua aplicação atual aos entes públicos.

Assim, prossegue o autor, sem embargo do pacífico e geral reconhecimento do dever de reparação que, do mesmo modo que sobre qualquer outro sujeito jurídico, gravita sobre o Estado, e que vem a constituir exigência da sujeição indiscriminada dos poderes públicos ao império do Direito (condição necessária para a plena realização da forma de organização jurídico-política conhecida com o nome de *Estado de Direito),* é certo que o modo como se tem entendido, qualificado e constituído aquele dever ressarcitório – seu genuíno sentido e alcance em cada ordenamento – continua sendo objeto de acirradas polêmicas, tanto na doutrina como na jurisprudência.

A controvérsia atual, acrescenta Leguina Villa, evidentemente não se refere à antiga e superada questão da natureza política ou metajurídica – que tanto apaixonava a doutrina tradicional – acerca da justificação da responsabilidade dos poderes públicos. Buscar aduzir, nos dias atuais, razões que justifiquem a aplicação da disciplina ressarcitória aos entes administrativos, ou – o que paradoxalmente seria o mesmo – buscar sustentar, com argumentos econômicos ou políticos, a necessidade de imunidade patrimonial da Administração pelos danos causados aos administrados constituiria, sem dúvida, “um verdadeiro despropósito”, não obstante, atualmente, algumas posições doutrinárias persistirem nesse entendimento.

---

[46]ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 28, n. 111, p. 82, jul./set. 1991.

Pretende o autor, assim, que a polêmica doutrinária discorre hoje sobre um terreno estritamente técnico e perfeitamente delineado pelos dados de um determinado ordenamento positivo, o que, se talvez tenha provocado uma atenuação de antigas controvérsias, terá possibilitado, em compensação, um tratamento fecundo das múltiplas questões inseridas no âmbito das normas que regulam a responsabilidade civil da Administração[47].

Na observação de Yussef Said Cahali, não obstante a expressividade e rapidez das conquistas alcançadas pelo Direito em matéria de responsabilidade civil do Estado, impende reconhecer que muitos aspectos remanescem controvertidos, muitos pontos ainda não foram dilucidados, *a latere* questões outras exsurgem, emaranhadas na complexidade da aplicação de alguns princípios agora já definitivamente assentes, mas que não prescindem da colocação de regras outras hauridas de um variegado de áreas do direito, promíscuas no direito constitucional, no direito administrativo, no direito civil e no direito processual civil[48].

Para José Cretella Júnior, "a responsabilidade domina todo o campo da ciência do direito, sendo comum ao direito privado e ao direito público, apresentando-se como verdadeira *categoria jurídica,* cuja fonte produtora é, em última análise, o próprio homem, ou entidade criada pelo homem com personalidade jurídica"[49].

No campo do Direito Público, a responsabilidade civil é matéria por demais complexa, com relevância ímpar no Direito pátrio, principalmente com o advento da Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988, de forma que vem sendo alvo de reiterados questionamentos ante as sequelas positivas junto aos súditos proporcionadas pelo Estado Democrático de Direito.

Dentro desse contexto, forçoso é o reconhecimento de que, não obstante a gama de esforços desprendidos pela legislação, a doutrina e a jurisprudência, na verdade, distantes se encontram no exaurimento das questões que esse complexo tema desperta[50].

---

[47]VILLA, Leguina. *La responsabilidad civil de la administración pública.* Madrid: Tecnos, 1970. p. 27-28, *apud* CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 16-17.

[48]CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 16.

[49]CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 14.

[50]OLIVEIRA, Josivaldo Felix de. *A responsabilidade do Estado por ato lícito*. São Paulo: Hábeas, 1998. p. 13.

Observa Yussef Said Cahali que, particularmente no direito brasileiro, aceito o princípio da responsabilidade civil do Estado, ainda não se definiram satisfatoriamente os exatos parâmetros que a determinam, enquanto a chamada *responsabilidade objetiva* se apresenta como um lençol amorfo sob o qual se acotovelam doutrinas nem sempre conciliáveis, como a da presunção absoluta ou relativa da culpa, do risco criado, do risco-proveito, do risco administrativo, do risco integral, da falta administrativa, da socialização do dano e sua degeneração em risco-seguro.

Ademais, a nossa estrutura estatal, nas pegadas do direito alienígena, decompôs desmesuradamente aquela unidade originária, cometendo certas atividades fundamentais, que lhe são próprias, ao exercício de uma plêiade diversificada de novas entidades, criadas por lei, dotando-as, o Estado, de uma contextura híbrida pela sujeição concomitante à disciplina das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado[51].

Para Marcia Andréa Bühring, definitivamente, a responsabilidade do Estado está implicada, necessariamente, em uma reparação dos danos que venham a ser causados.

Noutra seara, tratar o tema "responsabilidade civil do Estado" é tarefa das mais difíceis, pois não existe uma uniformidade conceitual entre os doutrinadores, que divergem quanto à terminologia e até mesmo quanto à abrangência [52].

Descumprindo-se cláusulas contratuais, há a responsabilidade obrigacional (este não será o objeto de nossa tese), e, quando há descumprimento de regras gerais, extracontratuais, que deveriam ter sido observadas, surge a responsabilidade civil extracontratual do Estado (objeto desta tese).

Nesse contexto, a responsabilidade civil do Estado é matéria de Direito Administrativo, embora muita confusão tenha causado em época pretérita, contemporaneamente estudada na disciplina de Direito Administrativo.

Sobre a matéria, dúvidas não persistem mais, segundo José de Aguiar Dias:

> O tema da responsabilidade civil do Estado tem inspirado vasta literatura, na justa medida das incertezas e variações que suscita. A causa principal dessa situação, que os juristas desejam ardentemente modificar, como o testemunha o renovado esforço dedicado a clarear o problema, está, em

---

[51]CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 17.

[52]BÜHRING, Márcia Andréa. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 83.

> grande parte, no fato de se contemplar a responsabilidade do Estado como instituto de direito civil, pois é certo que a tal anseio não satisfaz a simples transposição, para o seu domínio, dos princípios de responsabilidade do direito privado. A responsabilidade civil do Estado é matéria de direito administrativo[53].

Para Yussef Said Cahali,

> se parece tranquila a sujeição das autarquias ao disposto no art. 37, § 6º, da Constituição de 1988, que dizer-se a respeito daquela gama de entidades outras, que compõem o prolixo quadro dos órgãos da Administração indireta e organismos paraestatais, como as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as fundações públicas, os serviços sociais institucionalizados? E, nesse âmbito, como encartar-se a responsabilidade do Estado pelos atos das concessionárias e permissionárias de serviços públicos e das empreiteiras de obras públicas, agora diante do novo preceito constitucional, que estendeu aquela responsabilidade às pessoas jurídicas 'de direito privado prestadoras de serviços públicos?'[...] Igualmente, questiona-se até que ponto as posições arraigadas da jurisprudência, contrárias à responsabilidade civil do Estado pela reparação dos danos consequentes de sua atividade na prestação jurisdicional, resistirão aos insistentes reclamos da melhor doutrina. Por outro lado, faltante melhor definição quanto à natureza da responsabilidade do Estado pelo ato danoso (principal, subsidiária, direta, indireta, solidária, autônoma), está longe o consenso dos doutos quanto à forma de exercício do direito de regresso contra o funcionário responsável, nas condições ressalvadas no final do § 6º, do citado art. 37 da Constituição Federal [54].

Parece claro, todavia, que, no direito brasileiro atual, a responsabilidade objetiva do art. 37, § 6º, da C.F., é configurada pela "prestação de serviços públicos".

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, citando José Maria Souvirón Morenilha, observa que "A Administração tem responsabilidade patrimonial pela sua atuação em geral, inclusive pelo funcionamento normal ou anormal 'dos serviços públicos enquanto ação prestacional pública" [55].

E a mesma autora acrescenta, ainda, que

> a responsabilidade do concessionário é objeto de questões doutrinárias. No direito brasileiro, a responsabilização dos prestadores dos serviços públicos tem-se visto alargada. Quer se trate de pessoas jurídicas de direito público ou

---

[53]DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil.* XI. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 771-772.

[54]CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 17-18.

[55] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 313.

> de direito privado prestadoras de serviços públicos, aplica-se o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988. Essa norma veio pôr fim às divergências doutrinárias quanto à incidência de responsabilidade objetiva, que prescinde da investigação de culpa ou dolo, bastando a demonstração de causalidade entre o dano sofrido pelo administrado e o comportamento danoso, quando se tratasse de entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos, que não eram abrangidas pelo teor do art. 194 da Constituição Federal de 1946 e nem pelo art. 105 da Constituição de 1967, posteriormente art. 107 da Emenda Constitucional n. 1, de 1969. Trata-se da aplicação da teoria do risco administrativo[56].

Enfim, a irresponsabilidade dos danos causados pelos *atos judiciais*, sem embargo da concessão feita à reparação dos danos resultantes do *erro judiciário,* constitui o último reduto da teoria da irresponsabilidade civil do Estado**[57]**.

O que se tem como certo, contudo, é que se vem acentuando, mais recentemente, uma expressiva manifestação doutrinária, com reflexos antecipatórios na jurisprudência, no sentido do reconhecimento da responsabilidade do Estado pelos danos consequentes de sujas falhas e omissões na prestação jurisdicional[58].

Por fim, José de Aguiar Dias sustenta que hoje se impõe a responsabilidade civil do Estado em relação aos atos de governo, de polícia, legislativos e judiciários. É suficiente, para solução definitiva do problema do erro judiciário e da prisão injusta a ele equiparada, o disposto no art. 5º, LXXV, da Constituição Federal de 1988.

Para concluir, a observação de Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, de que a responsabilidade civil do Estado por atos judiciais é matéria que tem suscitado acesos debates, sendo tema de grande atualidade[59].

José de Aguiar Dias disse aderir à lição de Palma Carlos, que define o erro judiciário como toda condenação injusta, incluindo o excesso e a insuficiência da pena, e, para efeito de reparação, o erro da investigação policial. A definição, portanto, alcança, também, a prisão preventiva injustificada. A Constituição de 1988, em seu art. 5º, LXXV, ao ordenar que

---

[56] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.p. 313/314.

[57] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 469.

[58] Id., Ibid., p. 470.

[59] LENZ, Eduardo Thompson Flores. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol, 210, p. 147-158. Rio de Janeiro: out./dez.1997.

o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença, rompeu com a lamentável restrição aparente contida no Código de Processo Penal, no sentido de subordinar a reparação pelo erro judiciário à prévia revisão criminal. Agora, ficou bem claro que a Administração deve indenização à vítima do erro judiciário, dando lugar ao entendimento de que, como tal, deve ser interpretado todo erro que importe coação carcerária juridicamente errônea a cidadão inocente [60].

1.4. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO

Conforme oportuna observação de José de Aguiar Dias**,** antes de adentrarmos no tema, é preciso esclarecer o que seja "responsabilidade extracontratual" no direito brasileiro, que se assenta, pela doutrina pacífica, no princípio da culpa, reiterado, neste passo, o direito anterior à codificação. Os princípios fundamentais estão condensados nos artigos 186 e 188 do Código Civil. A noção do ato ilícito consagrada, em nosso Código, como fundamento da responsabilidade contratual e extracontratual, corresponde à tão discutida *faute,* do art. 1.382 do Código Civil francês. Bem entendido: na sua acepção de erro ou, se quiserem admitir a tradução menos correta e mais próxima, de falta e não no sentido de culpa, que é o estado moral de quem pratica o ato ilícito. Essa observação, assim cremos, desfaz a confusão, real ou suposta, entre a culpa e o ato ilícito, atribuída a alguns autores[61].

Dentro da órbita da responsabilidade civil, destaca-se o interesse na distinção entre a responsabilidade civil contratual e a extracontratual.

---

[60] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil.* XI. ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2006. p. 882-883.

[61] Id., Ibid., p. 561-562. Nota do autor: A má tradução do francês *faute* não é privilégio nosso. Está largamente difundida por outras terras, como repercussão fatal da confusão observada no próprio direito francês, dada a ambiguidade da expressão. No México, por exemplo, o fenômeno já foi assinalado: "Culpa e falta são, em nosso idioma, completamente distintas, e mais se tornam quando se fala em linguagem jurídica. A falta é o ato em si, desobediência a um regulamento, a uma ordem, a um princípio moral. A culpa é elemento subjetivo que pode acompanhar a falta, mas que é muito diverso dela. Só em termos teológicos se pode falar em culpa como sinônimo de pecado, mas o que ocorre nesse terreno não é admissível em nosso direito" (DEL CASTILLO, Antônio Fernandes, catedrático da Escola Livre de Direito do México, conferência na revista Jus, t. 5º, nº 28, p. 479).

A responsabilidade extracontratual é o comportamento estatal que pode causar dano ao patrimônio ou ao indivíduo. Nesse caso, é necessário reparar os danos patrimoniais que a vítima vier a sofrer, pois essa responsabilidade não decorre de contrato, nem de lei, mas da responsabilidade patrimonial, atribuída ao Estado[62]. E, por ser meramente patrimonial, independe da responsabilidade administrativa ou criminal; pode, todavia, com elas coexistir, sem com elas se confundir[63].

Descumprindo-se cláusulas contratuais, há a responsabilidade obrigacional, e, quando há descumprimento de regras gerais, extracontratuais, que deveriam ter sido observadas, surge a responsabilidade civil extracontratual do Estado, conforme se disse em linhas atrás.

Diogenes Gasparini observa que

> o descumprimento unilateral comissivo ou omissivo do Estado, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, pode causar dano à pessoa ou ao seu patrimônio. Em razão disso, cabe perguntar: O Estado tem que recompor, integralmente, os gravames de ordem patrimonial infligidos à vítima de sua ação ou abstenção lesiva? Na obrigatoriedade, ou não, de restaurar o patrimônio ofendido reside o problema da *responsabilidade civil do Estado*. Não se trata de responsabilidade oriunda de ajustes celebrados pela Administração Pública com terceiros, denominada *responsabilidade contratual* (nesta, a responsabilidade está fixada e se resolve com base nas cláusulas do contrato) ou de *responsabilidade criminal* (as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, não cometem contravenções ou crimes, embora seus agentes, causadores diretos do dano, possam cometê-los). Também não diz respeito à obrigação de indenizar, que cabe ao Estado pelo legítimo exercício de poderes contra direito de terceiros, como ocorre na desapropriação e, algumas vezes, na servidão. Cuida-se, isto sim, da *responsabilidade patrimonial do Estado*, *responsabilidade extracontratual do Estado* ou *responsabilidade civil do Estado*, em face de comportamentos unilaterais, comissivos ou omissivos, legais ou ilegais, materiais ou jurídicos, que lhe são atribuídos[64].

O princípio da responsabilidade extracontratual ou civil objetiva do Estado, por atos lesivos praticados por seus agentes, entre outros relevantes princípios, apresenta-se como

---

[62]GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo.* 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 895.

[63]FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 491.

[64]Op.cit., p. 895.

um dos pilares decisivos também do Estado Democrático de Direito, em razão das características próprias intervencionistas da atual ação estatal[65].

Celso Antônio Bandeira de Mello diz que se entende por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos. É importante esclarecer que o problema da responsabilidade do Estado não pode nem deve ser confundido com a obrigação, a cargo do Poder Público, de indenizar os particulares naqueles casos em que a ordem jurídica lhe confere o poder de investir diretamente contra o direito de terceiros, *sacrificando* certos interesses privados e convertendo-os em sua correspondente expressão patrimonial. A desapropriação é um exemplo típico dessa situação[66].

Segundo Aparecida Vendramel,

> os princípios fundamentais do instituto da responsabilidade foram primeiramente elaborados pelo direito privado, razão pela qual, no início, houve uma tendência em chamar-se esse dever de indenizar, imputável ao Estado, de 'responsabilidade civil do Estado'. Embora para muitos publicistas persista essa denominação, firmamos corrente com os que utilizam a expressão 'responsabilidade extracontratual do Estado', não só para afastá-la do conceito privatista, uma vez que também abriga a responsabilidade extracontratual, mas para delimitar sua abrangência, vale dizer, para enfocar a responsabilidade estatal desvinculada da responsabilidade contratual[67].

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

> a referência à responsabilidade *extracontratual* é necessária para restringir o tema tratado neste capítulo a essa modalidade de responsabilidade civil, ficando excluída a responsabilidade *contratual*, que se rege por princípios próprios, analisados no capítulo referente aos contratos administrativos[68].

Edmir Netto de Araújo anota que

---

[65]BÜHRING, Márcia Andréa. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 80.

[66]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 967-968.

[67]VENDRAMEL, Aparecida. *Responsabilidade extracontratual do Estado*. São Paulo: Themis, 2000. p. 23-24.

[68]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 642.

> este tipo de responsabilidade civil do Estado por atos danosos, que não exige (ao contrário da responsabilidade patrimonial privada) a ocorrência de atos jurídicos ou materiais ilícitos, apenas o dano e sua referibilidade ao Poder Público, é o que se denomina, na doutrina e na jurisprudência, como *responsabilidade extracontratual do Estado*, configurada pela *obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos* e, portanto, ao Estado[69].

Para José Cretella Júnior, a *responsabilidade extracontratual*, responsabilidade fora do contrato ou responsabilidade aquiliana é, regra geral, direta, o quer dizer que a Administração responde, por fato próprio, pelas atividades não só lícitas e legítimas, como também pelas ilegítimas e ilícitas geradas por seus órgãos, visto que o entes públicos, em geral, só podem querer agir por meio das pessoas físicas prepostas aos cargos, de tal modo que a vontade e a ação dos órgãos é vontade e ação daqueles entes, numa verdadeira relação de irmanação ou identificação orgânica[70].

Somente a responsabilidade dita extracontratual está sendo cogitada nesta tese, dela excluídas, portanto, questões e problemas relacionados com os prejuízos decorrentes do inadimplemento das obrigações contratuais contraídas pelo Estado, objeto da chamada responsabilidade contratual, que se rege por princípios outros, no âmbito próprio do regime dos contratos administrativos[71].

Rogério Marrone de Castro Sampaio observa que, tratando-se de responsabilidade civil, parte-se sempre da ideia de se impor a alguém a obrigação de reparar os prejuízos causados a outrem, em razão de determinado comportamento. É exatamente por isso que alguns doutrinadores resistem à ideia de distinguir a responsabilidade contratual da extracontratual. Para eles, entre os quais se destaca Planiol, tal distinção não se justifica na medida em que, qualquer que seja a espécie de responsabilidade civil, são sempre os mesmos pressupostos ensejadores do dever de indenização: o dano, o ato ilícito (comportamento humano) e o nexo de causalidade[72].

---

[69]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 790 (grifos do autor).

[70] CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002 .p. 24.

[71]DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 19.

[72]SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito civil*: responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2000. p. 23.

Para Silvio de Salvo Venosa, a grande questão nessa matéria é saber se o ato danoso ocorreu em razão de uma obrigação preexistente, contrato ou negócio jurídico unilateral. Enfatizamos anteriormente que nem sempre resta muito clara a existência de um contrato ou de um negócio, porque tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual com frequência se interpenetram e ontologicamente não são distintas: quem transgride um dever de conduta, com ou sem negócio jurídico, pode ser obrigado a ressarcir o dano. O dever violado será o ponto de partida, não importando se dentro ou fora de uma relação contratual. Contudo, advertimos que, quando em doutrina é feita referência singela à responsabilidade civil, devemos entender que se trata de responsabilidade extracontratual. No Código Civil, muitos dos temas tratados quanto à forma de indenização referem-se à responsabilidade contratual ou negocial[73].

1.5. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

1.5.1. Atos ilícitos e lícitos: ato jurídico e fato jurídico

Finalmente, fechando este capítulo, passaremos a cuidar dos pressupostos necessários à responsabilização do Estado: a ação ou omissão humana imputável ao Estado ou à pessoa de Direito Privado prestadora de serviços públicos: atos lícitos ou ilícitos; nexo causal, que significa a referibilidade jurídica ao Estado do evento danoso; dano causado pelo agente e imputável ao Estado, dano material e moral.

Segundo Edmir Netto de Araújo,

> o primeiro dos elementos da ‘equação’ da responsabilidade civil do Poder Público é representado pela constatação de que um ato (ou omissão) humano é imputável ao Estado ou à entidade de direito privado que presta serviços públicos. No entanto, para deflagrar esse tipo de responsabilidade, não é necessário que seja um ato *jurídico* (que é aquela declaração de vontade feita na forma que o ordenamento jurídico prescreve para produzir efeitos

[73]VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 25.

> jurídicos determinados), pois pode o dano ao administrado ser decorrente de atos ou omissões *materiais* do agente causador do prejuízo (no caso, apenas *fato* jurídico), e talvez na maioria dos casos seja isso o que ocorre, além do fato de que, em certas hipóteses, como vimos há pouco (coisas e atividades a cargo do Estado), nem mesmo a identificação de um agente seja necessária para configurar a responsabilidade estatal[74].

Os fatos humanos, desde que sofram a incidência da norma, serão jurídicos, sejam eles lícitos ou ilícitos, pois o antijurídico está inserido no sistema e produz efeitos, pela incidência das normas.

Para Maria Helena Diniz, ato jurídico *lato sensu* é o elemento que dá origem aos direitos subjetivos, impulsionando a criação da relação jurídica, concretizando as normas jurídicas. Realmente, do direito objetivo não surgem diretamente os direitos subjetivos; é necessária uma "força", de propulsão ou causa, que se denomina "fato jurídico". Assim: "fatos jurídicos seriam os acontecimentos, previstos em normas de direito, em razão dos quais nascem, se modificam, subsistem e se extinguem as relações jurídicas" [75].

Segundo Aparecida Vendramel, o dano suportado pelo particular, proveniente da ação ou omissão do Estado, é fato jurídico, uma vez que encontra-se devidamente normatizado pelo § 6º do art. 37 da Constituição. O fato jurídico não é a ação ou a omissão do Estado, este ou aquele comportamento estatal, mas, sim, o dano que deste ou daquele comportamento advenha.

Como fato jurídico ilícito, o dano desencadeia consequências jurídicas. O particular lesado, exercendo seu direito fundamental, como sujeito de direito, movimentará a ação correspondente que lhe assegurará a composição dos prejuízos sofridos. O fundamento jurídico do pedido será o prejuízo suportado em razão da ação ou omissão do Estado. Basta, portanto, a comprovação do dano e sua relação direta com a ação ou omissão estatal, nada mais, já que estamos em seara de responsabilidade objetiva[76].

---

[74]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Cursos de Direito Administrativo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 788.

[75]DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 521-523.

[76]VENDRAMEL, APARECIDA. *Responsabilidade extracontratual do Estado*. São Paulo: Themis, 2000. p. 69-71.

1.5.2. O evento danoso

O primeiro elemento da responsabilização do Estado por atos praticados por seus agentes que causarem danos a terceiros, cujo termo está consagrado no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, é o dano.

Diz o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988: "as pessoas 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*" (grifos nossos).

É de direito comum o princípio segundo o qual "o dano insere-se como pressuposto da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual" [77].

> Ora – decidiu o TJSP –, em assim sendo, não há como persistir a condenação da Fazenda do Estado, já que o *substractum* da indenização (inclusive pelo próprio significado etimológico da palavra) é o prejuízo causado. A reparação por responsabilidade civil não tem em mira enriquecer sem causa, mas apenas recompor a situação ao *statu quo ante*, na medida do possível, como se o dano não tivesse ocorrido. A causa de pedir foi o dano emergente. Inexistente ou reparado, nada há a compor[78].

Para Yussef Said Cahali,

> no plano da responsabilidade objetiva do Direito brasileiro, o dano ressarcível tanto resulta de um ato doloso ou culposo do agente público como, também, de ato que, embora não culposo ou revelador de falha da máquina administrativa ou do serviço, tenha-se caracterizado como *injusto* para o particular, como lesivo ao seu direito subjetivo.
> Essa diversidade de causas do prejuízo sofrido tem relevância na determinação da responsabilidade administrativa [79].

Rui Stoco, por seu turno, adverte que não pode haver responsabilidade sem que haja um dano efetivo[80].

---

[77]CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 119.

[78]TJSP, 3º Gr. Cs., 17.10.1979, maioria, *RJTJSP* 64/173.

[79]CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 78.

[80]STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial.* 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 934-936.

Com efeito, observa Weida Zancaner que as características dos danos ressarcíveis são diversas para os danos provenientes de atividades lícitas e os provenientes de atividades ilícitas. Assim, acrescenta a autora, quanto aos danos provenientes de atividades ilícitas, eles são sempre antijurídicos e necessitam reunir apenas duas características: (a) ser certos e não eventuais, podendo ser atuais ou futuros; (b) atingir situação jurídica legítima, suscetível de configurar um direito, ou, quando menos, um interesse legítimo. Mas,

> para que se possa lograr o ressarcimento dos danos provenientes de atividades lícitas, é necessário cumular-se às exigências cabíveis aos danos provenientes de atividades ilegais mais duas outras, que explicitam o dano como anormal e especial, portanto, injusto: (c) ser anormal – exceder os incômodos provenientes da vida societária; (d) ser especial – isto é, relativo a uma pessoa ou a um grupo de pessoas[81].

Para Edmir Netto de Araújo, a existência de *dano indenizável*, qualificado e detalhado em sua expressão econômica, é requisito indispensável para a reparação do prejuízo decorrente da lesão que empenha a responsabilidade civil do Estado, pois, constituindo tal reparação em obrigação de indenizar, é óbvio que esta não pode se efetivar quando não há o que reparar. Ou seja, inexiste obrigação se não puder ser identificado o dano, pois dele é que resulta o dever de indenizar[82].

A *indenização do dano*, no entender de Hely Lopes Meirelles, deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da Administração, ou seja, em linguagem civil, o dano emergente e os lucros cessantes, bem como honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora, se houver atraso no pagamento.

A *indenização por dano moral* também é cabível, mas a dificuldade se apresenta na quantificação do montante a ser pago à vítima ou a seus responsáveis[83].

Devem ser estabelecidas as características dessa classe de danos. Qualquer que seja a natureza, é indiscutível que o dano indenizável deve ser certo, atual ou futuro, ou seja, os efeitos do evento danoso recaem ou sobre o patrimônio *atual* do administrado, ocasionando

---

[81] ZANCANER Weida. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981. p. 66-67.

[82] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 794.

[83] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 709.

sua imediata diminuição, ou então sobre seu patrimônio *futuro* (como direitos, rendimentos etc.), impedindo ou diminuindo o benefício a que a vítima teria direito.

Outro aspecto que deve ser considerado é a *natureza* desses danos que, em princípio, podem ser considerados danos *materiais, pessoais e morais*[84].

Segundo observação de Alexandre de Moraes, a indenização do dano deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu, e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da Administração, ou seja, deverá ser indenizada quanto aos danos emergentes e os lucros cessantes, bem como honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora se houver atraso no pagamento [85].

E o mesmo autor acrescenta, ainda, que:

> Nos termos constitucionais (CF, art. 5º, V), igualmente, será possível a indenização por dano moral, desde que haja violação aos bens imateriais da pessoa – dignidade, honra, imagem –, haverá a concretização do prejuízo moral e, consequentemente, o dever do Estado em indenizar; extensível, inclusive, aos sucessores do ofendido a possibilidade de acionar a Administração [86].

Em outros termos, no caso de dano sofrido pelo particular em razão de dolo ou culpa do agente estatal, de deficiência ou falha do *serviço* público, de culpa anônima da Administração, da chamada *faute du service*, nasce a pretensão ressarcitória: a indenização, compreendendo os danos certos e não eventuais, atuais ou futuros, deve ser a mais completa possível, assimilando-se à responsabilidade civil do direito comum[87].

Enfim, como resume Danielle Annoni, para que o dano seja indenizável é preciso que concorram os pressupostos da responsabilidade do Estado: os sujeitos, ativo e passivo, isto é, administrado e agente estatal; o ato ou fato antijurídico ensejador de dano certo e que viole direito positivamente tutelado; e, principalmente, o nexo de causalidade entre o fato gerador e o dano ocorrido. O nexo de imputação, como visto, é o risco, regra da

---

[84]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 795.

[85] MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 935.

[86] Id., Ibid., p. 935-936.

[87]CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 68-69.

responsabilidade objetiva do Estado, que prescinde da demonstração de dolo ou culpa do agente estatal[88].

1.5.3. Nexo de causalidade material e qualidade de agente

Observa Edmir Netto de Araújo que o segundo elemento intrínseco da responsabilidade civil do Estado é o *nexo causal*, também chamado de nexo de causalidade. *Nexo causal* significa *referibilidade jurídica* ao Estado do evento danoso, que é básica e fundamental para a fixação da responsabilidade e consequente obrigação de indenizar, que deixará de existir sem essa relação, ou a atenuará quando não for a causa única do dano. Portanto, o prejuízo reclamado pelo administrado deve ser decorrência direta ou indireta de atividade ou omissão do Poder Público, tanto atividade lícita ou normal da Administração quanto ato ilícito ou anormal de seu agente, surgindo daí a obrigação de indenizar. Como se vê, sendo básica para a responsabilidade a solidariedade patrimonial da coletividade, a Administração responde por atos ou omissões ilícitos, por comportamentos lícitos de seus agentes e também por fatos ocasionados por coisas ou serviços à sua guarda ou responsabilidade, desde que seja demonstrado que o serviço público, em sentido amplo, foi o causador do dano sofrido pelo particular[89].

Para Yussef Said Cahali, qualquer que seja o entendimento adotado (teoria do risco, teoria do risco integral, teoria do risco administrativo, teoria do risco social), a *causa* do dano coloca-se como pressuposto necessário da responsabilidade civil do Estado.

Assim, o prejuízo de que se queixa o particular tem de ser consequência da atividade ou omissão administrativa:

> A responsabilidade da Administração Pública, desvinculada de qualquer fator subjetivo, pode, por isso, ser afirmada independentemente de demonstração de culpa – mas está sempre submetida, como é óbvio, à demonstração de que foi o serviço público que causou o dano sofrido pelo

---

[88] ANNONI, Danielle. *Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo.* Curitiba: Juruá Editora, 2009. p. 40.

[89] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 790-791.

> autor; [pois] não está o Estado obrigado a indenizar se inexistir vínculo entre a omissão ou falha e o dano causado [90].

A qualidade de agente na prática do ato, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é pressuposto da responsabilidade civil, isto é, que o dano seja causado por *agente* das aludidas pessoas jurídicas, o que abrange todas as categorias, de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sob o qual prestam serviços[91].

Na realidade,

> a expressão 'funcionário' abrange não apenas os indivíduos dos quadros do Estado ou dos corpos locais, em virtude de título de direito público, isto é, os que são designados para executar funções pertinentes ao domínio do direito público, mas também, em geral, todos os que, sem distinção de função, são chamados, de um modo ou doutro, para colaborar no funcionamento dos serviços dos corpos públicos[92].

Maria Sylvia Zanella Di Pietro acrescenta ainda que a regra da responsabilidade objetiva exige, segundo o artigo 37, § 6º, da Constituição: que o agente, ao causar o dano, aja *nessa qualidade*; não basta ter a qualidade de agente público, pois, ainda que o seja, não acarretará a responsabilidade estatal se, ao causar o dano, não estiver agindo no exercício de suas funções[93].

Yussef Said Cahali anota que, sensível a tais enunciados da doutrina e da jurisprudência, o legislador constituinte de 1988 substituiu a expressão "funcionário", que se continha nas Constituições anteriores, por "agente", que, mesmo fora do plano jurídico-administrativo, revela-se mais adequada, pela sua maior compreensão; assim, o art. 37, § 6º, da atual Constituição dispõe que "as pessoas 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". A palavra "agente", pelo elastério que propicia, compreende aquelas pessoas que,

---

[90]CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 74.

[91]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 650.

[92] CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 211.

[93]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 650.

de uma forma ou de outra, regular ou irregularmente, se encontram exercendo qualquer atividade inerente ao serviço público, e já reconhecidas, pelo Direito anterior, como hábeis à produção de danos, pelos quais deve responder o Estado[94].

Enfim, nesse sentido:

> os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude ou não, do comportamento funcional (RTJ, 140/636) e (d) a ausência de causa excludente de responsabilidade estatal[95].

1.5.4. Ausência de causa excludente da responsabilidade estatal

Como dissemos de início, neste capítulo, a responsabilidade objetiva do risco administrativo exige a ocorrência dos seguintes elementos: *dano, ação ou omissão administrativa, existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa* e *a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.*

Alexandre de Moraes afirma que a responsabilidade civil do Estado pode ser afastada no caso de força maior, caso fortuito, ou, ainda, se comprovada a culpa exclusiva da vítima, pois nesse caso estará afastado um dos elementos ou requisitos indispensáveis para a aplicação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal: *nexo causal entre a ação ou omissão* do Poder Público e o *dano causado*[96].

Segundo Márcia Andréa Bühring, são causas excludentes: a força maior e o caso fortuito, a culpa da vítima, a culpa de terceiro, o agente fora de suas atividades funcionais, o estado de necessidade. Há, todavia, outras também importantes.

---

[94]CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 82.

[95]STF – RExtr. n. 109.615-2-RJ – 1ª T., j. 28.05.1996, *DJU* 02.08.1996, Rel. Ministro Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, p. 25.784; *RDA* 137/233 e *RTJ* 55/50.

[96]MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 235.

A lei não dá amparo para as tentativas de imputar à Administração a responsabilidade decorrente de atos de terceiros, ou fenômenos naturais que venham a causar danos aos particulares, e diz que essas hipóteses, oriundas de fontes estranhas à atividade administrativa, apenas eventualmente podem ser abrangidas pela responsabilização estatal.

Dentro desse sistema de responsabilidade objetiva, o Estado não será responsabilizado quando se tratar das excludentes, mas apenas se for rompido o nexo de causalidade[97].

As causas excludentes de responsabilização estatal serão oportunamente abordadas, uma a uma, no Capítulo II, item 9, desta tese.

[97] BÜHRING, Márcia Andréa. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 155-156.

CAPÍTULO II – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Como já analisada sucintamente no Capítulo I, item 1, e aqui reiterada propositadamente, a responsabilidade civil consiste na obrigação de se reparar um dano causado a alguém, por uma ação ou omissão culposa ou dolosa. É uma espécie de garantia, asseguramento, assumindo o pagamento da obrigação e do ato praticado, ou seja, "gera qualidade de ser responsável, condição de responder, pode ser empregado no sentido de obrigação, encargo, dever, imposição de alguma coisa"[1].

Em termos práticos, é a obrigatoriedade de ressarcimento ou reparação pelo culpado direto ou indireto do dano causado, ou seja, pelo *responsável* pela ação ou omissão danosa ou lesiva ao patrimônio por elas afetado. Responsável, em termos patrimoniais, será o homem ou a entidade por ele criada para agir[2].

Responsabilidade é o princípio informador de toda a teoria da responsabilidade: aquele que impõe "a quem causa dano o dever de reparar" [3].

Enfim, responsabilidade civil significa o dever de reparar o dano.

A responsabilidade civil envolve, antes de tudo, o dano, o prejuízo, o desfalque, o desequilíbrio ou a descompensação do patrimônio de alguém[4], e decorre da ação ou omissão humana, dolosa ou culposa, cuja consequência seja a produção de um prejuízo.

Tem ela nítido caráter patrimonial e decorre da disposição geral contida no Código Civil, no sentido de que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano[5].

---

[1]FREITAS, Sérgio Henrique Zandona. Responsabilidade civil do Estado por ato administrativo. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 330.

[2]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 766.

[3]RODRIGUES, Silvio. *Direito civil:* responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 5. n. 7, p. 302-303, pg. 49.

[4]STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 122.

Rui Stoco observa que, com a redação do Código Civil de 2002, em seu art. 186, o legislador corrigiu o erro antes apontado e identificado no art. 159 do Código Civil de 1916. Mas cometeu outro erro ainda mais grave.

É que a só violação do direito já caracteriza o ato ilícito, independentemente de ter ocorrido dano. Ou seja, o ato ilícito é aquele praticado com infração de um dever legal ou contratual.

Violar direito é cometer ato ilícito. A ilicitude está na transgressão da norma. Contudo, o dispositivo diz que só comete ato ilícito quem *viola direito e causa dano.* O equívoco é manifesto, pois, como afirmado anteriormente, pode-se praticar um ato ilícito sem repercussão indenizatória, caso não se verifique, como consequência, a ocorrência de um dano[6]. A responsabilidade civil implica, portanto, reparação, ressarcimento, indenização[7].

Celso Antônio Bandeira de Mello[8], referindo-se à doutrina italiana, diz que há diferença entre *indenização* e *ressarcimento,* afirmando que não há falar em responsabilidade propriamente dita quando o Estado debilita, enfraquece, *sacrifica* um direito de outrem, ao exercitar um poder que a ordem jurídica lhe confere, autorizando-o a praticar um ato cujo *conteúdo jurídico intrínseco* consiste precisa e exatamente em ingressar na esfera alheia para incidir sobre o direito de alguém, sendo a desapropriação um exemplo típico dessa situação. Para essas hipóteses, a doutrina italiana reserva a palavra *indenização,* fazendo uso do termo *ressarcimento* para os casos de responsabilidade. Refere-se a esses direitos minimizados por uma ação estatal autorizada por lei, isto é, direitos enfraquecidos ou direitos que enfraquecem – que se debilitam.

---

[5]O art. 159 do Código Civil de 1916, hoje art. 186, do Código Civil de 2002 (“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”). E o art. 927 completa a regra dos arts. 186 e 187 do CC de 2002, dispondo que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a reparar”.

[6]STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 123-124.

[7]GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público.* Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004. p. 192.

[8] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.968-969.

O mesmo autor termina dizendo que não acolhe a distinção *terminológica* entre as palavras *indenização* e *ressarcimento*, mas acolhe, por sua indiscutível procedência, o discrímen entre o sacrifício de direito e a responsabilidade do Estado[9].

É, pois, a reparação ou ressarcimento do dano o pagamento de uma indenização, o que se obtém ou se procura obter quando se invoca a incidência da esfera de responsabilidade civil. Trata-se de responsabilidade patrimonial. Quando se fala em responsabilidade civil, portanto, não se fala em aplicação de sanção ou penalidade. A reparação do dano, efetivamente, não pode ser tida como sanção[10].

Segundo Mário Masagão, "a responsabilidade civil decorre de ação ou omissão, dolosa ou culposa, imputável ao funcionário nessa qualidade, e que cause dano a outrem. Ela consiste na contingência de restituir a vítima ao estado anterior à lesão, e pagar os prejuízos que tenha sofrido"[11].

Edmir Netto de Araújo anota que a conotação da palavra *responsabilidade* é sempre estabelecida com a ideia de imputabilidade a alguém, relativamente ao desequilíbrio que esse alguém causou na ordem regular e natural das coisas.

A responsabilidade civil ou patrimonial (em oposição à responsabilidade penal), que é de ordem pessoal, resume-se na obrigatoriedade de ressarcimento ou reparação do dano pelo causador do prejuízo, direto ou indireto, ou seja, o responsável pela ação ou omissão danosa ou lesiva ao patrimônio atingido[12].

Diz José de Aguiar Dias, que, para conforto, porém, dos que enfrentam a questão, velha controvérsia já se pode dar por finda. Nenhuma dúvida mais subsiste no tocante à rejeição da irresponsabilidade absoluta do Estado. Isso é particularmente válido no direito brasileiro, em que pese a certas bem-intencionadas, mas mal informadas autoridades, pelo erro de visão de considerar que toda ação contra o Estado é um assalto aos cofres públicos,

---

[9]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.968-969.

[10]GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público.* Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004. p. 194.

[11]MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo.* 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977. p. 240.

[12]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981. p. 23-24.

num verdadeiro abuso de generalização[13]. O mesmo autor lembra oportunamente as palavras de Rui Barbosa, quando este consagrado jurista demonstrou que a tese da irresponsabilidade jamais logrou entrada na jurisprudência brasileira[14].

Em uma sinopse histórica da evolução do tema relativo à responsabilidade civil do Estado, pode-se dizer modernamente – com Mário Guimarães – que "a responsabilidade do Estado pelos atos de seus representantes é hoje *ponto axiomático*; nenhum escritor autorizado a contesta"[15].

Para Augusto de Amaral Dergint, até adquirir seus contornos atuais, a responsabilidade civil do Estado passou por um processo de evolução que, segundo Louis Trotabas, "perpetrou-se sobretudo como exigência de justiça social" [16], podendo ser identificadas, nesse processo, três etapas distintas: a fase da irresponsabilidade; a fase civilística; e a fase do Direito Público.

Em linhas gerais, observa-se, ao longo dessas fases, que a ideia inicial era a da completa irresponsabilidade do Estado; a teoria, contudo, tendo-se tornado insuficiente para atender aos reclamos de justiça, foi superada por outras, ditas civilistas, de inspiração no individualismo liberal do século XIX, cuja ideia central consistia no transporte, para a seara da responsabilidade do Poder Público, de preceitos que norteiam no Direito Privado, notadamente a noção de culpa, representando, assim, *uma reação à irresponsabilidade do Estado* [17].

Não se mostra, porém, dispensável uma análise sinóptica da evolução do instituto, nos limites do necessário à compreensão da responsabilidade civil do Estado em sua conformação atual[18].

---

[13] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil do Estado*. XI. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 773.

[14] Id., Ibid., p. 773.

[15] GUIMARÃES, Mário. *Estudos de direito civil*. São Paulo: Martins Fontes, 1947. p. 219.

[16] TROTABAS, Louis. La responsabilité de l'Etat em droit interne e le respect de la propriété privée. In: *Introduction à l'étude Du Droit Comparé. Darmstadt, Detlev Auvermann,* 1973, v. 3, PP. 46-53 (Recueil d'études Edouard Lamberty).

[17] DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 35-36.

[18] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 19.

Convém lembrar, de início, que o grande desenvolvimento da responsabilidade civil do Estado proveio do Direito francês e através da construção pretoriana do Conselho de Estado.

Nenhuma dúvida mais subsiste no tocante à rejeição da irresponsabilidade absoluta do Estado. A irresponsabilidade do Estado, é possível dizê-lo com absoluta segurança, é doutrina destinada a desaparecer [19].

2.2. TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.2.1. Teoria da irresponsabilidade ou regaliana

Inúmeras teorias a respeito da responsabilidade do Estado foram elaboradas e estudadas no curso dos tempos, inexistindo unanimidade entre os doutrinadores a respeito da sua elaboração, terminologia e classificação. Abordaremos, em apertada síntese, a teoria da irresponsabilidade do Estado, as teorias do risco e da culpa.

A responsabilidade civil do Estado evoluiu do conceito de irresponsabilidade para o da responsabilidade sem culpa. Passou-se da fase da irresponsabilidade do Estado para a fase da responsabilidade civilística e dessa para a fase da responsabilidade publicística; do Estado irresponsável, ou da teoria *regaliana*, até as teorias do risco integral e do risco administrativo.

A evolução das teorias da responsabilidade civil do Estado comporta três fases, segundo José de Aguiar Dias: (a) fase da irresponsabilidade, de cunho absolutista; (b) fase civilística – de cunho individualista; e (c) fase do Direito Público – de cunho social [20] .

A doutrina da responsabilidade civil do Estado evoluiu do conceito da irresponsabilidade até a fase atual da responsabilidade com culpa; desta para a da

---

[19] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil do Estado*. XI. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 773,775.

[20] Id., Ibid., p. 784.

responsabilidade civilística e desta para a atual fase da responsabilidade objetiva ou sem culpa.

Primeiramente, o Estado não respondia, em uma fase chamada de *Estado de Polícia*[21].

Na visão de José de Aguiar Dias, citando Paul Duez, a fase da irresponsabilidade revela uma noção de fundo essencialmente absolutista. Paul Duez assinala, por exemplo, que, já vigente a Constituição do ano VIII, os particulares não tinham à sua disposição senão procedimento fundado na responsabilidade pecuniária pessoal dos agentes perante os tribunais judiciários. Acrescenta que a autorização para a demanda era manejada como processo governamental e que, frequentemente, como hoje, o funcionário era insolvável[22].

A teoria da irresponsabilidade está ligada ao período absolutista (Estados Absolutistas), e nasce da ideia de soberania: o poder absoluto do Rei ou Monarca se fundava, de acordo com certas convicções, na teoria divina dos reis, que eram os representantes de Deus e em seu nome agiam. Essa teoria predominou nos primórdios do Estado despótico e absolutista, que colocava os soberanos acima das leis, e no qual monarcas e agentes não respondiam, em qualquer que fosse o caso, pelos danos causados aos súditos[23].

> Durante séculos prevaleceu a teoria da irresponsabilidade do Estado, também conhecida como teoria feudal, regalista ou regaliana (de *regalis, e,* adjetivo de *res, regis, rei),*[24] segundo uma concepção político-teocrática de soberania, na qual o poder do monarca ou soberano teria origem divina. Em consequência, impossível que o detentor desse poder, ao executá-lo, pudesse causar dano a alguém. A partir dessa concepção, soberania e responsabilidade eram termos que expressavam ideias antitéticas. Assim, o dogma da infalibilidade do soberano, que encarnava a divindade, dela recebendo os atributos da onipotência e da onisciência, repelia a ideia de que o Estado fosse responsabilizado pela prática de atos lesivos às pessoas[25].

---

[21]BÜHRING, Márcia Andréa. *A natureza jurídica do poder de polícia é discricionária?* 2001. Monografia de Pós-Graduação (Disciplina de Princípios do Direito Administrativo, ministrado pela Prof.ª Ângela Cássia Costaldello). Curso de Mestrado Interinstitucional em Direito, Universidade Federal do Paraná e Universidade de Caxias do Sul, Curitiba, 2001.

[22] DIAS, José de Aguiar. . *Da responsabilidade civil do Estado*. XI. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 784.

[23]MOREIRA NETTO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo.* 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 458.

[24]CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 58.

[25]DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 22-23.

Na lição de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias,

> esses foram os fundamentos da teoria da irresponsabilidade do Estado nos regimes autocráticos e absolutistas, que vigoraram na Europa a partir do século XVI, gerando as máximas de que o rei não pode fazer mal (‘*le roi ne peut mal faire’*), ou o rei não pode errar (‘*the king can do no wrong’*), induzindo Luiz XVI (*sic*), na França,[26] a identificar-se como o próprio Estado, em sua célebre exclamação: *‘L’État c’est* moi’[27].

Na observação de George Jellinek[28], essa concepção teocrática surgiu de teoria conhecida como das “duas espadas”, calcada em interpretação mística de passagem do Evangelho segundo São Lucas, pela qual se entendia que Deus havia concedido duas espadas para proteger a cristandade, a espiritual e a terrena. Para os membros da Igreja, ambas foram dadas ao Papa, que conservou a espada espiritual, entregando a espada terrena ao soberano. Os súditos, entretanto, entendiam que o soberano havia sido investido diretamente por Deus com o poder temporal, dele recebendo a espada terrena.

Celso Antônio Bandeira de Mello anota que é sobejamente conhecida a frase de Laferrière: “O próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação”; bem como as fórmulas regalengas que sintetizavam o espírito norteador da irresponsabilidade: *“Le roi ne peut mal faire”*, como se afirmava na França, ou: *“The King can do no wrong”*, que é a equivalente versão inglesa[29].

Resenha Edmir Netto de Araújo que, na época dos Estados despóticos e absolutistas, a concepção da responsabilidade, ou melhor dizendo, da “irresponsabilidade” do Poder Público por atos ou omissões de seus representantes era estabelecida a partir da “*razão do príncipe”*. Na verdade, o problema se resumia na aplicação da máxima *“The King can do no wrong”* (o Rei não erra, ou não pode errar): o Estado é o próprio Rei e vice-versa, e sendo infalível, obviamente não comete erros, pois é o *próprio Direito*, e está então desvinculado do ato danoso do seu agente. Assim, os agentes do Estado, quando faltassem ao dever ou violassem a lei, seriam *pessoalmente* responsáveis pelos danos que causassem, pois o Estado

---

[26]Rei de França, Luiz XIV, e não Luiz XVI, como consta do texto.

[27]DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 22-23.

[28]JELLINEK, George. *Teoria general del Estado.* Traducción de la segunda edición alemana por Fernando de los Rios Urruti. Granada: Comares, 2000. p. 182.

[29]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 975.

não pratica atos contrários ao Direito e os seus representantes só têm essa condição dentro dos estritos limites da prática de atos de acordo com a lei e compatíveis com o Direito. Essa teoria era conhecida como *regaliana.* É a tese "*feudal"*, reflexo do absolutismo no Estado Moderno, a merecer o mais firme repúdio jurídico[30].

Na observação de Diogenes Gasparini,

> a fase da *irresponsabilidade civil do Estado* vigorou de início em todos os Estados, mas notabilizou-se nos absolutistas. Nestes, negava-se tivesse a Administração Pública a obrigação de indenizar os prejuízos que seus agentes, nessa qualidade, pudessem causar aos administrados. Seu fundamento encontrava-se em outro princípio vetor do Estado absoluto ou Estado de polícia, segundo o qual o Estado não podia causar males ou danos a quem quer que fosse. Era expressado pelas fórmulas: "Le roi ne peut mal faire" e "The King can do no wrong", ou, em nossa língua: "O rei não pode fazer mal" e "O rei não erra" (*sic*)[31].

Nesse sentido, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> A teoria da irresponsabilidade foi adotada na época dos Estados absolutos e repousava fundamentadamente na ideia de **soberania**: O Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar (*The King can do no wrong; le roi ne peut mal faire*) e o de que 'aquilo que agrada o príncipe tem força de lei' (*quod principi placuit habet legis vigorem*). Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania. Essa teoria logo começou a ser combatida, por sua evidente injustiça; se o Estado deve tutelar o direito, não pode deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações[32].

Nesse sentido, José Cretella Júnior afirma que a doutrina que prevaleceu durante muito tempo foi a denominada *teoria regalista, regaliana, feudal* ou *da irresponsabilidade.* Por essa teoria, que consagra o *princípio da irresponsabilidade do Poder Público* pelos danos oriundos da atividade de seus agentes, o Estado desconhece quaisquer prejuízos que a ação ou omissão das pessoas físicas, na qualidade de funcionários, causem a terceiros. Essa teoria

---

[30]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 771.

[31]GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 898. Como consta no texto (grifos do autor).

[32]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.644.

estava na base da política dos *Estados absolutistas* e consagrava a *irresponsabilidade* como corolário normal do sistema[33]. O Estado é infalível, não comete erro. Daí, a exclusão[34].

Como lembra Rui Stoco, na tentativa de resolver a questão da responsabilidade civil do Estado surgiram três teses: (a) da culpa administrativa; (b) do risco administrativo; (c) do risco integral, todas elas descendentes do tronco comum da responsabilidade objetiva da Administração Pública, mas com variações de fundamentos e aplicação[35].

Embora a teoria da irresponsabilidade patrimonial do Estado esteja hoje superada, abandonada, as últimas nações a sufragar a doutrina da irresponsabilidade foram a Inglaterra e os Estados Unidos que a abandonaram, respectivamente, por meio do *Crown Proceeding Act*, de 1947, e pelo *Federal Tort Claims Act*, de 1946, ingressando no regime de responsabilidade patrimonial do Poder Público, não obstante sob moldes civilistas e com acentuadas limitações. Caíram, assim, os últimos redutos da irresponsabilidade civil do Estado pelos atos de seus agentes[36].

2.2.2. Teoria civilista da culpa: atos de império e atos de gestão

No início do século XIX, podia-se perceber que o princípio da irresponsabilidade do Estado não poderia subsistir por muito tempo[37]e a teoria da irresponsabilidade do Estado estava definitivamente prescrita (*sic*) como doutrina[38].

---

[33]CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 69.

[34] CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 58.

[35] STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*: Doutrina e Jurisprudência. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 958.

[36]MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 622.

[37]BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, n. 6, p. 18, 2000.

[38] DIAS, José de Aguiar. . *Da responsabilidade civil do Estado*. XI. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 784 – como consta do texto. Entendemos que seria “definitivamente proscrita como doutrina”.

Aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que foi no século XIX que a tese da irresponsabilidade ficou superada. Porém, ao se admitir, inicialmente, a responsabilidade do Estado, adotavam-se os princípios do Direito Civil, apoiados na ideia de culpa; daí falar-se em *teoria civilista da culpa*[39].

É à fase civilista, de fundo individualista, que se filia ainda, segundo a maioria dos nossos autores, o sistema brasileiro, até porque regula no Código Civil a responsabilidade do Estado [40].

José Cretella Júnior[41] lembra que, no século XIX, a tese feudal da completa irresponsabilidade do Estado, no terreno extracontratual, vai sendo deixada de lado e substituída por teorias de fundamento jurídico.

O mesmo autor acrescenta que domina a *teoria civilista* que possibilita a reclamação perante a Fazenda Pública por danos causados sempre que se trate dos chamados *atos de gestão.*

Na prática dos *atos de gestão,* como se sabe, o Estado age do mesmo modo que o particular na administração de seus bens, diferindo, sob esses aspectos, dos denominados *atos de império,* nos quais o Estado age como "síntese dos poderes soberanos", exercendo o *ius imperis*[42].

Segundo José Cretella Júnior, *imperium* e *gestio* eram palavras tradicionais no campo do direito, empregando-se a primeira no direito público, e a segunda no campo do direito privado. Não tinham, entretanto, sido empregadas na distinção dos atos administrativos. Durante a grande convulsão por que passou a França, após a queda da realeza, o patrimônio móvel e imóvel do particular foi afetado. Mobiliário, casas, parques, jardins, foram danificados pela senha popular, impossível de ser controlada pelo poder público. Em consequência, inúmeras ações foram propostas contra a Administração, responsabilizando-a, civilmente, pelos prejuízos causados aos particulares. A situação

---

[39]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: 2011. p. 644.

[40] DIAS, José de Aguiar. . *Da responsabilidade civil do Estado*. XI. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 784.

[41]CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 70.

[42] Id., Ibid., p. 70.

econômica da França era precária, e se os administrados obtivessem ganho de causa, o tesouro francês, já exaurido, ficaria insolvente, agravando ainda mais a economia do país.

Para remediar a situação, foi elaborado um artifício jurídico, *ad usum delphini*, vedando ao Judiciário tomar conhecimento dessas demandas, que seriam julgadas pela própria Administração, por serem referentes ou ligadas a atos *de império* (ou de *mando*) praticados pelo Estado no exercício do *poder de polícia*, que lhe é inerente. Aos *atos de império* opõem-se os *atos de gestão*, atos esses que o Estado pratica, como o particular, quando administra seu patrimônio[43].

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, discorrendo sobre essas teorias, acrescenta que, numa primeira fase, distinguiam-se, para fins de responsabilidade, os *atos de império* e os *atos de gestão.* Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular, independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum[44]. Representa esta teoria uma grande evolução relativamente às anteriores, mas era, ainda, insuficiente.

No mesmo sentido, Yussef Said Cahali aponta que, agindo o Estado no exercício de sua soberania, na qualidade de poder supremo, supraindividual, os atos praticados nessa qualidade, atos *jure imperii*, restariam incólumes a qualquer julgamento e, mesmo quando danosos para os súditos, seriam insuscetíveis de gerar direito à indenização. Todavia, na prática de atos *jure gestionis*, o Estado equipara-se ao particular, podendo ter sua responsabilidade civil reconhecida, nas mesmas condições de uma empresa privada, pelos atos de seus representantes ou prepostos, lesivos ao direito de terceiros; distinguia-se, então,

---

[43] CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 63-64.

[44] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: 2011. p. 644-645.

conforme tivesse havido ou não culpa do funcionário: havendo culpa, a indenização seria devida; sem culpa, não haveria ressarcimento do dano[45].

Sobre a distinção entre atos de império e atos de gestão, Edmir Netto de Araújo afirma:

> O agente público poderia praticar atos *de gestão,* tais como alienações, contratos, trocas, aquisições, em suma, atos que o Estado pratica como se fosse um particular administrando seu patrimônio. Todavia, poderia também praticar determinados atos que seriam a manifestação de soberania, na autoridade pública, como requisições e atos relativos à segurança da nação e sua defesa: em resumo, todos aqueles que envolvessem uma parcela do exercício do poder soberano estatal, permitindo, negando ou determinando algo aos membros dessa sua coletividade. Tais são os *atos de império*. Os primeiros, onde o Estado se equipara ao particular na gestão patrimonial, se regeriam pelo direito comum, sendo objeto de responsabilidade do Poder Público quando ferissem bens ou direitos dos administrados. [...] Já os atos de império, de origem, manifestações da vontade pública soberana, escapariam ao domínio do direito privado, não sendo, em consequência, responsabilizado o Estado por prejuízos causados por seus agentes agindo nessa qualidade[46].

Para Amaro Cavalcanti, dentro da própria teoria civilista houve uma modificação de pensamento, restringindo-se a responsabilidade do Estado, agindo este ora como se fosse privado, ora como se fosse público. A partir do século XVIII, muitos doutrinadores defendiam a responsabilidade do Estado, baseados nas regras gerais do Direito Civil [47].

A concepção civilista da responsabilidade estatal não satisfazia, contudo, às exigências da justiça social, pois exigia a demonstração, por parte dos lesados, do dano e, também, da culpa do agente público [48].

Com a finalidade de se responsabilizar tanto a pessoa do rei como o próprio Estado, eram distinguidos os atos de Império dos atos de Gestão. O primeiro movimento em que se aceitou essa responsabilização ocorreu logo após a Revolução Francesa de 1789 [49].

---

[45]CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 20.

[46]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 772.

[47]CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado.* 2. ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. v. 1, p. 167.

[48]DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994. p. 38.

[49]BÜHRING, Márcia Andréa. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 92.

O crescimento de ideias individualistas liberais no século XIX, mediante o fortalecimento dos ideais civilistas, ou patrimonialistas, revelou, nos atos estatais, duas modalidades jurídicas distintas. Assim, houve uma cisão entre os atos de Império e os atos de Gestão.

Odoné Serrano Júnior observa que

> os atos de Império seriam aqueles inerentes à ação soberana do Estado (*jure imperii),* pelos quais não poderia haver responsabilidade por eventuais atos lesivos; atos de Gestão seriam aqueles em que o Estado agia como pessoa privada, gerindo seu patrimônio como qualquer particular, e onde seria responsável por seus atos como qualquer pessoa comum, devendo reparar os prejuízos que causasse por dolo ou culpa. Essa reparação excluía da pessoa do rei (soberano e não-passível de erro) os atos de gerenciamento patrimonial praticados pelos demais agentes (prepostos) do Estado [50].

Então, nos atos de Império, não cabia qualquer responsabilização do Estado. Os atos praticados pelo rei continham todos os privilégios e eram impostos coercitivamente, à diferença dos atos de Gestão, em que se responsabilizava o Estado, que agia de modo semelhante ao particular na administração dos bens, desde que houvesse culpa do agente.

Todavia, essa diferenciação não obteve êxito, uma vez que era insatisfatória, pois ambos os atos demonstravam a atuação estatal, sendo na prática abandonada.

Na verdade, o conceito só interessa ao próprio Estado, em termos de controle interno e suas atividades, de império ou gestão, não interessando ao particular saber se o ato foi praticado em uma ou outra circunstância: qualquer que seja a caracterização, esta não eliminará o prejuízo injusto causado, nem devolverá o equilíbrio ao seu patrimônio afetado por um ato ou acontecimento, estranho à sua vontade[51].

A teoria civilística da culpa foi abandonada, e a noção dessa modalidade de culpa foi ultrapassada pela ideia denominada de *faute du service* entre os franceses [52].

Propondo resolver a questão da responsabilidade do Estado por princípios de Direito Público, surgiram as teorias da "culpa do serviço" ("culpa administrativa", "acidente

---

[50] SERRANO JÚNIOR, Odoné. Responsabilidade extracontratual do Estado por atos judiciais. *Revista da Faculdade de Direito de Curitiba*. Curitiba, ano 11, n. 9, p. 87-88, 1995.

[51] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 718.

[52] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 976.

administrativo" ou "falta do serviço" e a teoria do "risco", que se desdobra, segundo alguns autores, em teoria do "risco administrativo" e teoria do "risco integral) [53].

O pressuposto da culpa, como condição da responsabilidade civil do Estado, acabou sendo definido como injustificável pela melhor doutrina: em especial naqueles casos em que o conceito de *culpa civilística*, por si ambíguo, já não bastava para explicar o dano que teria resultado de falha da máquina administrativa, de culpa anônima da Administração, buscando-se, então, supri-la mediante a concepção de uma *culpa publicística* [54].

A verdade é que o Direito Público tem de ser explicado a partir de outros princípios – *princípios publicísticos.* Dessa maneira, as várias teorias civilistas, nas modalidades em que se desdobram, são insuficientes para explicar um instituto peculiar ao Direito Administrativo. Surgiram, pois, diversas teorias de cunho publicístico, informadas por outros princípios, para explicar a responsabilidade civil do Estado por ato de seu agente. Entre elas, cumpre mencionar a da *culpa administrativa*, a do *acidente administrativo* e a do *risco integral* [55].

2.2.3. Teorias publicísticas

Conforme resenha Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o primeiro passo no sentido da elaboração de teorias de responsabilidade do Estado segundo o princípio do direito público foi dado pela jurisprudência francesa, com o famoso caso Blanco, ocorrido em 1873: a menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura de Fumo; seu pai promoveu uma ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado conflito de atribuições entre a

---

[53]DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: RT, 1995. p. 39.

[54]CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar***.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 70-75.

[55]Idem. *Curso de direito administrativo.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 71.

jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados[56].

Segundo Hely Lopes Meirelles, a *doutrina do Direito Público* propôs-se a resolver a questão da responsabilidade civil da Administração por *princípios objetivos,* expressos na *teoria da responsabilidade sem culpa* ou fundados em uma *culpa especial do serviço público* quando lesivo de terceiros.

Nessa tentativa, surgiram as teses da *culpa administrativa,* do *risco administrativo* e do *risco integral,* todas elas identificadas no tronco comum da *responsabilidade objetiva da Administração Pública* [57].

A teoria da "culpa do serviço" ou da *faute du service,* criada pela jurisprudência do *Conseil d'Etat,* na França, leva em conta a irregularidade do funcionamento do serviço para dele inferir a responsabilidade estatal. O fato gerador desta é, pois, a *faute du service,* isto é, o "funcionamento defeituoso do serviço", que independe de culpa do agente público.

A "falta do serviço" (como também convencionou-se traduzir a locução *faute du service)* geralmente relaciona-se com um ato ilícito de um agente público, mas sua noção abarca ainda as "faltas anônimas", em que não se identifica um agente certo: a culpa administrativa é do próprio serviço público, que, funcionando inadequadamente, produziu o dano [58].

No mesmo sentido, versa Pedro Lessa sobre aspectos gerais dessa responsabilidade por *faute du service,* argumentando que esta teoria opera uma conciliação da culpa administrativa e do risco integral, como elo intermediário capaz de ligar tal teoria à que hoje vige entre nós: da responsabilidade objetiva. E, ainda, determinava o ressarcimento ao

---

[56] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 24. ed. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2011. p. 645.

[57]MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 698.

[58]DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 39-40.

particular quando lesado por atuação por parte do Estado, indiferentemente de verificar especificamente o agente causador [59].

Hoje é uma responsabilidade apenas parcialmente anônima visto que

> a extensão da teoria subjetiva aos casos em que era extremamente dificultosa ou impossível a identificação do agente responsável, foi criação jurisprudencial do Conselho de Estado francês, através do *Arrêt Blanco*. Este caso deu origem a uma forma singular de responsabilidade estatal, qual seja, a falta do serviço. A responsabilidade pela falta do serviço fez com que a responsabilidade pudesse ser parcialmente anônima, o que representou uma evolução significativa da responsabilidade do Estado [60].

Nesse particular, convém agora mencionar a história do surgimento da responsabilidade, que se deu inicialmente na França, pelo Conselho de Estado Francês, no famoso caso, ou *arrêt Blanco,* de 8 de fevereiro de 1873.[61]

Na observação de Celso Antônio Bandeira de Mello o reconhecimento da responsabilidade do Estado, à margem de qualquer texto legislativo e segundo princípios de Direito Público, como se sabe, teve por marco relevante o famoso aresto *Blanco,* do Tribunal de Conflitos, proferido em 1º de fevereiro de 1873. Ainda que nele se fixasse que a responsabilidade do Estado "não é nem geral nem absoluta" e que se regula por regras especiais, desempenhou importante função de reconhecê-la como um princípio aplicável mesmo à falta de lei [62].

No mesmo sentido, Jean Rivero ensina que o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, extracontratual, segundo os princípios do Direito Público, teve como marco o famoso *Arrêt Blanco,* do Tribunal de Conflitos, proferido em 1º de fevereiro de 1873. Não obstante nele se ter fixado que a responsabilidade do Estado "não era nem geral nem absoluta", e que se regulava por regras especiais, desempenhou importante papel no Direito

---

[59]LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário.* Rio de Janeiro: Livr. Francisco Alves, 1915. p. 165-166.

[60]ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: RT, 1981. p. 26.

[61]DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit administratif*. 5. ed. Paris: A. Colin, 1996. p. 186 (apresenta a data exata como sendo dia 08 de fevereiro e não dia 1º, como trazem algumas doutrinas. Nota do autor da tese: parece que a data correta é 1º de fevereiro de 1873).

[62] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 976.

Administrativo, de origem e construção pretoriana, como princípio aplicável mesmo à falta de lei [63].

Edmir Netto de Araújo observa que o Direito Administrativo é informado por princípios de Direito Público, exorbitantes e derrogatórios do Direito Comum.

Por isso, predominando essa posição doutrinária - que tomou corpo e se afirmou a partir da construção *pretoriana* (casos concretos) dos tribunais franceses desde o século XIX (casos "Rotschild", 1855; "Pelletier", 1873; e, principalmente, do Tribunal de Conflitos, os casos "Blanco", 1873 e outros até o caso "Feutry", 1908) - no sentido da sua autonomia como ramo da Ciência do Direito, e colocação como ramo autônomo do direito público, e seu conjunto de normas, princípios, conceitos e institutos foram inicialmente retirados do âmbito do direito comum, privado [64].

É o que ensina Juary C. Silva, ao recordar do mesmo *Arrêt Blanco,* resolvido pelo Tribunal de Conflitos da França: tendo sido a menor Agnès Blanco colhida em Bordeaux por um vagonete da Companhia Nacional de Manufaturados de Fumo, o seu pai intentou perante a Justiça Comum uma ação civil de indenização contra a Prefeitura do Departamento da Gironda, sob o argumento de que o Estado é civilmente responsável, a teor dos arts. 1.382 a 1.384 do Código Civil francês, pelos prejuízos que seus agentes causem a terceiros. Como na França a Administração se subtrai à jurisdição comum, em face do sistema do contencioso administrativo, foi suscitado conflito de atribuição, para equacionar preliminarmente se a questão recaía na jurisdição comum ou naquela exclusiva da Administração [65].

Ainda segundo relato do autor,

> no Tribunal de Conflitos, o conselheiro governamental David formulou então o princípio fundamental da matéria: a responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados aos particulares em decorrência dos atos das pessoas que ele emprega no serviço público não se rege pelos preceitos estabelecidos no Código Civil, destinados a regular as relações jurídicas entre particulares; ela se sotopõe a regras especiais, que variam conforme as necessidades do serviço e o equilíbrio entre os interesses do Estado e os dos

---

[63] RIVERO, Jean. *Droit Administrtif*. 6.ed. Paris: Dalloz, 1973. p. 255 (menciona a data correta do *arrêt Blanco* como sendo de 1º de fevereiro de 1873, e não 8 de fevereiro do mesmo ano, como apontam alguns autores).

[64] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 29.

[65] SILVA, Juary C. *A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 78.

> particulares. A decisão do caso Blanco é de 1873; antes, em 1855, no caso Rothschild, o Tribunal de Conflitos já havia delineado a esquematização do problema [66].

José Cretella Júnior também faz breve relato do caso *Blanco*, dizendo que

> no ano de 1873, a menina Agnès Blanco, ao cruzar os trilhos que cortavam rua movimentada da cidade francesa de Bordeaux, é colhida pelo vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, que transportava matéria-prima de um para outro edifício.
> A acidentada sofre graves lesões que culminam com a amputação das pernas. O pai da menor move, perante os tribunais judiciários, ação civil de indenização por perdas e danos contra o Prefeito do Departamento da Gironda, com o fundamento de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos ocasionados a terceiros, em decorrência da ação danosa de seus agentes (Código Civil francês, arts. 1.382, 1.383 e 1.384) [67].

E o mesmo autor acrescenta que, como na França existe o *contencioso administrativo,* ou seja, *justiça especializada que julga litígios entre a Administração e administrado, em matéria administrativa*, foi suscitado o denominado *conflito de atribuição* - conflito negativo -, para que se decidisse o problema de competência: o conhecimento e a decisão caberiam ao Tribunal Judiciário comum ou ao Tribunal Administrativo? Em outras palavras, à Corte de Cassação ou ao Conselho de Estado?

O Tribunal de Conflitos, colegiado paritário competente para tomar conhecimento e resolver os *conflitos de atribuição* suscitados, decidiu que a controvérsia deveria ser resolvida pelo Tribunal Administrativo, ou seja, o Conselho de Estado, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente do funcionamento de um serviço público.

A célebre decisão Blanco do Tribunal de Conflitos, prolatada em 1º de fevereiro de 1873, equaciona a questão, definitivamente, em termos publicísticos, derrogando a colocação privatística fundamentada nas disposições do Código Napoleônico [68].

---

[66] SILVA, Juary C. *A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 78.

[67] CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 28-29; Id. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.68-69; ver também, ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 720-721; e, Id. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 29; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 645.

[68] Id., Ibid., p. 29-30.

Citando Jean Rivero [69], José Cretella Júnior complementa:

> A responsabilidade que incumbe ao Estado pelos prejuízos causados aos particulares por ato das pessoas que ele emprega no serviço público não pode ser regida por princípios firmados no Código Civil, quando regula as relações de particular a particular; tal responsabilidade não é nem geral nem absoluta; tem regras especiais, que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados[70].

Na opinião de Michel Paillet, o *Arrêt Blanco* deve ser considerado o símbolo da doutrina da autonomia da responsabilidade do Estado, segundo critérios definidos pelo Direito Público, surgida de ideia dotada de duplo sentido decisório, quando estabeleceu ligação entre o fundo de direito aplicado e a competência da jurisdição administrativa francesa para o julgamento do caso, derrogatória do Direito Comum[71].

Mas o ano de 1873, na França, ainda foi marcado pelo julgamento de outro caso importante envolvendo responsabilidade do Estado pelo ato lesivo praticado por agente público, ao lavrar o Tribunal de Conflitos o *Arrêt Pelletier*, no dia 30 de julho daquele ano. Em resumo, o jornalista Pelletier, quando editou o primeiro número de seu jornal, teve a edição apreendida por ordem do general Louis de Ladmirault, na qualidade de comandante do estado de sítio declarado no departamento de *L'Oise*. Dita autoridade justificava a apreensão, arguindo poderes excepcionais que detinha, em virtude do estado de sítio que vigorava na localidade, por força da lei de 9 de agosto de 1849 (art. 9, n. 4), e em razão de exercício normal do poder de polícia. Inconformado com os prejuízos, o editor Pelletier ingressou com ação de perdas e danos perante a jurisdição comum, responsabilizando aquela autoridade. Chamado novamente a dirimir questão atrelada à competência, o Tribunal de Conflitos emitiu pronunciamento a respeito, fazendo importante e original distinção entre culpa (pessoal) do funcionário administrativo e culpa do serviço público. O aresto *Pelletier* é tido como extensão ou declaração do aresto *Blanco*, porque traçou os limites da responsabilidade pessoal dos agentes públicos perante a jurisdição ordinária, fundada na culpa pessoal, e da obrigação de

---

[69] RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 3 ed. Paris: Dalloz, 1965. p. 265; RIVERO, Jean. *Droit Administrtif*. 6.ed. Paris: Dalloz, 1973, p. 258 *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 29-30.

[70] CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 29-30.

[71] PAILLET, Michel. *La responsabilité administrative.* Paris: Dalloz, 1996. p. 5.

indenizar eventualmente imposta ao Estado perante a jurisdição administrativa, fundada na culpa do serviço[72].

2.2.4. Teoria da culpa administrativa (ou da culpa do serviço ou do acidente administrativo)

Segundo José Cretella Júnior, no âmbito da *responsabilidade administrativa*, a culpa é compreendida de maneira ampla. É a *culpa publicística* que, positivada, obrigará o Estado a indenizar[73]. Caso contrário, mesmo havendo *dano* para o administrado, a Administração é isenta do ressarcimento[74].

Aliás, ao falar sobre *culpa administrativa*, José de Aguiar Dias diz que na culpa administrativa, portanto, decorrendo a responsabilidade da falta anônima do serviço público e não se cogitando de culpa do funcionário, é sem utilidade a distinção entre culpa pessoal e culpa profissional, asserção que é válida também para a doutrina do risco social. No sistema em que a responsabilidade só se configura em face da culpa de determinado agente do poder público, essa distinção é necessária, porque a falta pessoal, ainda quando praticada no exercício do cargo, só empenha a responsabilidade do agente, ao passo que a falta do serviço acarreta a responsabilidade do Estado, como inerente à função[75].

Continuando sua exposição, José Aguiar Dias observa:

> De três ordens são os fatos identificáveis como falta do serviço público, conforme resultem: de mau funcionamento do serviço, do não funcionamento do serviço, do tardio funcionamento do serviço. Na primeira categoria, estão os atos positivos culposos da administração. Na segunda, os fatos consequentes à inação administrativa, quando o serviço estava

---

[72]PAILLET, Michel. *La responsabilité administrative.* Paris: Dalloz, 1996. p. 5-6; CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar.* Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 88; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 28-30.

[73] RIVERO, *Droit Administratif*. 3 ed. Paris: Dalloz, 1965. p. 274.

[74] CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 73.

[75] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil.* XI. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 787.

> obrigado a agir, embora a inércia não constitua rigorosamente uma ilegalidade. Na terceira, as consequências da lentidão administrativa.
> Sustentamos que a ação de responsabilidade do Estado deve se basear na doutrina objetiva, também chamada de risco administrativo[76].

A teoria do acidente administrativo recebeu outras denominações dos doutrinadores, como *culpa do serviço público, culpa administrativa* ou, ainda, *culpa anônima.* E, neste particular, muita divergência se estabeleceu, pois, para alguns autores, essa teoria é de natureza subjetiva e, para outros, é de natureza objetiva.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz que a partir da concepção publicísta da culpa, começaram a surgir as teorias publicistas da responsabilidade do Estado: teoria da *culpa do serviço* ou da *culpa administrativa* e a teoria do *risco*, desdobrada, por alguns autores, em teoria do *risco administrativo* e teoria do *risco integral.*

A teoria da *culpa do serviço,* também chamada de *culpa administrativa,* ou teoria do *acidente administrativo,* procura desvincular a responsabilidade do Estado da ideia de culpa do funcionário. Passou a falar em culpa do "serviço público".

Distinguia-se, de um lado, a culpa individual do funcionário, pela qual ele mesmo respondia, e, de outro lado, a culpa *anônima do serviço público;* nesse caso, o funcionário não é identificável e se considera que o serviço funcionou mal; incide, então, a responsabilidade do Estado.

Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas hipóteses, ocorre a culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário. [77]

Sem abandonar essa teoria, completa a mesma autora, o Conselho de Estado francês passou a adotar, em determinadas hipóteses, a *teoria do risco,* que serve de fundamento para a *responsabilidade objetiva do Estado.*[78]

A mesma autora acrescenta que essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais e encontra raízes no artigo 13 da Declaração

---

[76] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil.* XI. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 787.

[77] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 646.

[78] Id., Ibid. p. 646.

dos Direitos do Homem, de 1789, segundo o qual "para manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades"[79].

Como se disse anteriormente, para resolver o problema da responsabilização do Estado surgiram três teses, ou três teorias: (a) da culpa administrativa; (b) do risco administrativo; e (c) do risco integral, todas elas descendentes do tronco inicial e comum da responsabilidade civil objetiva da Administração Pública, mas com variação de fundamento e aplicação.

Pela *teoria da culpa administrativa* ou *culpa do serviço público,* em um primeiro estágio, é preciso que haja *culpa* do funcionário, culpa que pode ser *in eligendo* ou *in vigilando*[80].

A *teoria da culpa administrativa* leva em conta a chamada *falta do serviço,* e representa o primeiro estágio de transição entre a doutrina subjetiva da culpa e a teoria do *risco administrativo,* de cunho objetivo, para, assim, dela inferir a responsabilidade da Administração[81].

Celso Antônio Bandeira de Mello adverte

> que a responsabilidade por *faute du service*, falha do serviço ou culpa do serviço, não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello[82]. Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva. É muito provável que a causa deste equívoco, isto é, da suposição de que a responsabilidade pela *faute du service* seja responsabilidade objetiva, deve-se a uma defeituosa tradução da palavra *faute.* Seu significado corrente em Francês é o de culpa. Todavia, no Brasil, como de resto em alguns outros países, foi inadequadamente traduzida como "falta" (ausência), o que traz ao espírito a ideia de algo objetivo[83].

---

[79] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 646.

[80]CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 71.

[81] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 699.

[82] MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 482-483.

[83]Idem. *Curso de Direito Administrativo* 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.977-978.

Porém, Mônica Nicida Garcia, com absoluto acerto e propriedade, rechaça esse entendimento, dizendo que:

> não tem pertinência, de outra parte, a invocação da tese da *faute du service*, inspirada no direito francês. Como anteriormente demonstrado, na França, apesar de ser amplamente aceita a responsabilidade objetiva do Estado, não tem ela estrutura constitucional, sendo reconhecida caso a caso, e, em algumas situações específicas, por leis também específicas[84].

A culpa do serviço, segundo Jean Rivero e Jean Waline, é um descumprimento das obrigações do serviço, isto é, uma falha do funcionamento normal do serviço, atribuída a um ou mais agentes da Administração, mas não imputável a eles pessoalmente, e ocorre quando o serviço público não funcionou, funcionou com atraso ou funcionou mal. Nessas hipóteses, caracteriza-se a responsabilidade do Estado, independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário[85].

Para Edmir Netto de Araújo, a teoria da culpa administrativa só comina a responsabilidade ao Poder Público quando seus órgãos ou representantes agem culposamente, por ação ou omissão, perante terceiros. Caso não se prove que o funcionário agiu com imprudência, negligência ou imperícia (ou dolo, é claro), não haverá reparação, pelo Estado[86].

Data vênia, discordamos dessa posição, pelas razões já acima expostas, uma vez que não há necessidade de indagação ou apreciação da culpa do funcionário, conforme assinalam Jean Rivero e Jean Waline. Não tem pertinência a invocação da tese da *faute du service*. Se o serviço não funcionou, funcionou mal ou tardiamente, a responsabilidade estatal é objetiva.

Assim, como já alinhado às fls. 103, em recentíssimo julgamento do Recurso Extraordinário nº 272.839-MT – tratava-se de caso de morte de detento –, que o relator,

---

[84]GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público.* Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 200.

[85]RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif.* 18. ed. Paris: Dalloz, 2000. p. 277 *apud* GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público.* Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 111. Jean Rivero e Jean Waline citam alguns exemplos de previsão legislativa de responsabilidade objetiva: indenização por acidente de trabalho, pelos danos causados por aglomerações, pelos danos de guerra, por acidentes de preparação militar, por vacinação obrigatória, pelos danos corporais resultantes de uma infração penal de autor desconhecido ou insolvente, indenização das vítimas de atos de terrorismo, p. 289-291; RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif.* 23. ed. Paris: Dalloz, 2010. p. 476-479.

[86]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo.* 5. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 775.

Ministro Gilmar Mendes, a despeito da já tradicional opinião lançada pelo então Ministro Carlos Velloso (responsabilidade subjetiva fundada na *faute de service*), tocou novamente a questão, enfocando-a sob prisma diverso:

> 1. Recurso extraordinário. 2. Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. 3. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. 4. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLIX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. [...] A partir dos precedentes desta Corte, portanto, observa-se que uma das hipóteses do reconhecimento da responsabilidade do Estado, consubstancia-se no dever de vigilância que lhe é atribuído. Assim, apesar do fundamento que considera a configuração de uma espécie de culpa genérica da Administração (*faute du service*) destaco o argumento jurídico de que, no caso concreto sob análise, a responsabilidade advinda do dever de vigilância ou guarda pode ser objetivamente imputada ao aparato estatal. Na espécie o detento estava em cumprimento de pena privativa de liberdade, portanto, sob custódia do Estado. Trata-se, portanto, da hipótese em que o nexo de causalidade que imputa a responsabilidade do Poder Público advém do dever constitucional de guarda, consagrado no art. 5º, XLIX (é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral). Neste caso, ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos, prevalece a responsabilidade do Estado pela reparação do dano[87].

Dissertando a respeito da teoria da culpa administrativa, Hely Lopes Meirelles diz que a *teoria da culpa administrativa* representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a *falta do serviço* para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio *falta do serviço/culpa da Administração.* Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de *culpa administrativa*[88].

Esta teoria ainda pede muito da vítima, que, além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a *falta do serviço* para obter a indenização[89].

---

[87] RE 272839/MT; Rel. Min. Gilmar Mendes, da 2ª Turma, do STF; j. 01.02.2005; v.u.

[88] MEIRELLES, Hely Lopes *Direito administrativo brasileiro.* 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 623.

[89] Id., Ibid.,. p. 623.

A teoria da culpa administrativa, que oferecia dificuldade à fixação da responsabilidade pessoal do ente público, se ausente o elemento intencional do agente, evoluiu rapidamente para a teoria do acidente administrativo, já então equacionando o problema em termos de responsabilidade objetiva do Estado [90].

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que a teoria da *culpa do serviço*, também chamada de *culpa administrativa*, ou teoria do *acidente administrativo*, procura desvincular a responsabilidade do Estado da ideia de culpa do funcionário. Passou a falar em culpa do serviço público [91].

Mônica Nicida Garcia observa que a preocupação no sentido de melhorar a situação da vítima e o fenômeno, já referido, da socialização dos riscos levaram a jurisprudência francesa a admitir, em certos casos, a responsabilidade sem culpa – responsabilidade objetiva – que incide independentemente da comprovação de culpa, quer do serviço, quer do funcionário, e é dependente, apenas, da existência do nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado[92].

Essa responsabilidade objetiva – segundo ainda a mesma autora – vem sendo prevista na legislação, com frequência cada vez maior, para casos específicos, e, muitas vezes, em razão da orientação jurisprudencial, mas, no silêncio do legislador, o Judiciário não tem hesitado em multiplicar as hipóteses de responsabilidade sem culpa[93].

Adverte Celso Antônio Bandeira de Mello que ocorre a *culpa* do serviço ou "falta do serviço" quando este não funciona, *devendo funcionar*, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva[94].

---

[90]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 722.

[91] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 24. ed. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 646.

[92]GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público.* Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 111.

[93]RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif.* 18. ed. Paris: Dalloz, 2000. p. 277 *apud* GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público.* Belo Horizonte: Fórum, 2004.p. 111. Os autores arrolam, como hipóteses de responsabilidade objetiva reconhecida pela jurisprudência: danos causados por coisas perigosas (depósito de munição, armas de fogo), por atividades perigosas (prisões sem barreiras, saídas autorizadas de presos e doentes mentais, contaminação de enfermeiros por doenças contagiosas), danos oriundos de procedimentos hospitalares - p. 284-289.

[94]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 976-977.

Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (*faute)* do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário[95].

A *falta do serviço* - ou falha do serviço, ou culpa do serviço - pode apresentar-se sob três modalidades, segundo ensina Paul Duez: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço[96].

No mesmo sentido, Edmir Netto de Araújo diz que essa *teoria do acidente administrativo* se dá quando o dano é decorrente de falha na realização do serviço público, seja por má organização, funcionamento defeituoso ou extemporâneo, seja até por não funcionamento do aparelhamento administrativo[97].

Conforme dito anteriormente, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que essa teoria é subjetiva e não objetiva, pois prescinde da prova da culpa. E argumenta dizendo que, em caso de omissão estatal (o serviço público não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a responsabilidade *subjetiva.* Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar ao evento lesivo [98].

Porém, José Cretella Junior tem posicionamento diferente, dizendo: “Enfim, (a) se o serviço funcionou mal, (b) se não funcionou ou (c) se funcionou com atraso, temos a *culpa do serviço,* acarretando a responsabilidade civil do Estado por defeito ou falha do serviço público”. No fundo, o não funcionamento ou o mau funcionamento do serviço, com falha ou atraso, está relacionado com a ação ou a omissão do agente administrativo que, de modo direto ou indireto, deveria ter diligenciado para que o serviço se apresentasse perfeito.

---

[95]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 24. ed. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2011. p. 646.

[96]DUEZ, Paul. *La responsabilité de la puissance publique.* Paris: Dalloz, 1927. p. 15 e ss.: “l) le service a mal fonctionné (*culpa in committendo*); 2) le service n’a pas fonctionné (*culpa in ommittendo*); 3) le service a fonctionné tardivement”.

[97] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 31.

[98] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 987.

Mesmo, porém, que não se apure a identidade do agente responsável pelo mau funcionamento do serviço, basta a prova inequívoca do prejuízo ocasionado, como decorrência da falha da máquina do Estado (nexo causal) para empenhar a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica pública a quem está afeto o serviço e a respectiva indenização patrimonial, o que, em outras palavras, significa que, superada a *teoria subjetiva*, que pressupõe a identificação do agente causador do dano, o direito administrativo chega à *teoria objetiva*, que prescinde da *culpa do homem*, da identificação do funcionário, fixando-se na falha do serviço [99].

Para dirimir qualquer dúvida a respeito da confusão gerada pela expressão *faute du service*, dos franceses, oportuno, aqui, novamente, trazer a posição de José de Aguiar Dias, já exposta, linhas atrás, a respeito da culpa por ato ilícito de que tratam os artigos 185 e 186 do Código Civil:

> A noção do ato ilícito consagrada, em nosso Código, como fundamento da responsabilidade contratual e extracontratual, corresponde à tão discutida *faute*, do art. 1.382 do Código Civil francês. Bem entendido: na sua acepção de erro ou, se quiserem admitir a tradução menos correta e mais próxima, de falta e não no sentido de culpa, que é o estado moral de quem pratica o ato ilícito. Essa observação, assim cremos, desfaz a confusão, real ou suposta, entre a culpa e o ato ilícito, atribuída a alguns autores[100].

Celso Antonio Bandeira de Mello afirma finalmente que é sabido que a culpa relaciona-se com *negligência (*noção antitética à de diligência), imprudência ou imperícia. Donde, a responsabilidade por falta de serviço é, indubitavelmente, responsabilidade subjetiva[101].

---

[99] CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar.* Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 78-79.

[100] Idem, Ibidem, p. 561-562. Nota do autor: A má tradução do francês *faute* não é privilégio nosso. Está largamente difundida por outras terras, como repercussão fatal da confusão observada no próprio direito francês, dada a ambiguidade da expressão. No México, por exemplo, o fenômeno já foi assinalado: "Culpa e falta são, em nosso idioma, completamente distintas, e mais se tornam quando se fala em linguagem jurídica. A falta é o ato em si, desobediência a um regulamento, a uma ordem, a um princípio moral. A culpa é elemento subjetivo que pode acompanhar a falta, mas que é muito diverso dela. Só em termos teológicos se pode falar em culpa como sinônimo de pecado, mas o que ocorre nesse terreno não é admissível em nosso direito" (Antônio Fernandes Del Castillo, catedrático da Escola Livre de Direito do México, conferência na revista Jus, t. 5º, nº 28, p. 479).

[101] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 979.

Essa também é a posição do Ministro Carlos Velloso, manifestada em seu voto condutor no RE nº 179.147-1-SP, 2ª Turma, do STF, em julgamento de 12.12.1997, DJ 27 fev. 1998[102].

Existe, como todos sabem, grande controvérsia a respeito da aplicação do artigo 37, § 6º, da Constituição às hipóteses de omissão do Poder Público, e a respeito da aplicabilidade, nesse caso, da teoria da responsabilidade objetiva. Segundo alguns, a norma é a mesma para a conduta e a omissão do Poder Público; segundo outros, aplica-se, no caso de omissão, a teoria da responsabilidade subjetiva, na modalidade da teoria da culpa do serviço público. Na realidade, a diferença entre as duas teorias é tão pequena que a discussão perde um pouco o interesse, mesmo porque ambas geram para o ente público o dever de indenizar[103].

Entendo que esse posicionamento também adotado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello e pelo Ministro Carlos Velloso é inadequado e não se sustenta diante da regra constitucional do art. 37, § 6º, da Constituição da República, que não autoriza a distinção apontada, referindo-se, genericamente, a danos causados pelos agentes e que podem sê-lo por atos comissivos ou omissivos. Essa corrente é adotada por Álvaro Lazzarini[104] e Cármen Lúcia Antunes Rocha[105].

Sobre os danos causados pela omissão estatal, Álvaro Lazzarini faz a seguinte observação:

> Visto, portanto, a possibilidade jurídica de ocorrer dano em razão da **atividade** *legislativa do Estado* – tema esse deveras controvertido – é de indagar-se se esse dano pode decorrer de *omissão***.**
> Pensamos que sim. Vimos, anteriormente, que a *omissão exprime a ausência de alguma coisa, é negligente, o esquecimento de regras do proceder, no*

---

[102] STF, Ementa: "Constitucional. Administrativo. Civil. Dano moral. Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Ato omissivo do poder público: morte de presidiário por outro presidiário; responsabilidade subjetiva; culpa publicizada; *Faute de service.* C.F., art. 37, § 6º".

[103] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 24. ed. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2011. p. 654.

[104] LAZZARINI, Álvaro. Responsabilidade civil do Estado por atos omissivos. In: *RJTJSP*. São Paulo, v. 17, p. 19-20.

[105] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública.* Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 277.

> *desenvolvimento da atividade, é desídia.* Daí poder ser reconhecida a omissão na atividade legislativa[106].

Em suas conclusões, o autor acrescenta: "Não só por ação, mas também por omissão pode ocorrer o dano suscetível de reparação civil por parte do Estado" [107].

Sobre a responsabilidade do Estado por omissão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, embora tenha se filiado à corrente doutrinária que adota a teoria da responsabilidade subjetiva em casos de omissão, admite que "a maioria da doutrina, contudo, parece pender para a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, em casos de sua omissão" [108].

Culpa anônima[109] se dá quando o funcionário não é identificável e se considera que o serviço funcionou mal; incide, então, a responsabilidade do Estado.

> [...] a extensão da teoria subjetiva aos casos em que era extremamente dificultosa ou impossível a identificação do agente responsável, foi criação jurisprudencial do Conselho de Estado francês, através do *arrêt Blanco.* Este caso deu origem a uma forma singular de responsabilidade estatal, qual seja, a falta do serviço. A responsabilidade pela falta do serviço fez com que a responsabilidade pudesse ser parcialmente anônima, o que representou uma evolução significativa da responsabilidade do Estado[110].

Segundo José de Aguiar Dias, são três as ordens de atos identificáveis como faltas do serviço público:

> Conforme resultem: de mau funcionamento do serviço, do não-funcionamento do serviço, do tardio funcionamento do serviço. Na primeira categoria, estão os atos positivos culposos da administração. Na segunda, os fatos consequentes à inação da administração, quando o serviço estava obrigado a agir, embora a inércia não constitua rigorosamente uma ilegalidade. Na terceira, as consequências da lentidão administrativa [111].

---

[106] LAZZARINI, Álvaro. Responsabilidade civil do Estado por atos omissivos. In: *RJTJSP*. São Paulo, v. 17, p. 24 (grifos do autor).

[107] Id. Ibid., p. 24.

[108] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 24. ed. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 654.

[109] Id. Ibid. p. 646.

[110] ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: RT, 1981. p. 26.

[111] DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil.* XI. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 787.

E o mesmo autor acrescenta: “Sustentamos que a ação de responsabilidade do Estado deve se basear na doutrina objetiva, também chamada de risco administrativo” [112].

No sentido da doutrina hoje dominante que adota a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, em casos de omissão: a responsabilidade civil do Estado por ato omissivo, de acordo com o texto constitucional, esteve em vias de ser focalizada pelo Supremo Tribunal Federal ao ser julgado o Recurso Extraordinário nº 409.203/RS, Rel. Min. Carlos Velloso[113], mas admitindo a responsabilidade objetiva pela omissão estatal. Agora, esse julgamento já foi concluído, com a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, reconhecendo a responsabilidade do Estado por atos omissivos.

Com efeito, em julgamento desse Recurso Extraordinário, realizado em 07 de março de 2006, o Supremo Tribunal Federal conheceu do recurso interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, mas negou-lhe provimento, o que leva à conclusão de que a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul manteve a sentença prolatada em 1º grau[114].

---

[112] DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil.* XI. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 787.

[113] RE 409.203/RS – STF – Relator: Min. Carlos Velloso. Decisão: A Turma, por votação majoritária, conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, vencido o Ministro-Relator, que dele conhecia e lhe dava provimento.

[114] RE 409.203/RS – STF – Relator: Min. Carlos Velloso. Decisão: A Turma, por votação majoritária, conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, vencido o Ministro-Relator, que dele conhecia e lhe dava provimento**:** RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. 1. Apenado em regime aberto que, durante fuga, invade residência e pratica violência contra as moradoras, uma delas sendo vítima de estupro. Falha evidente do Estado na fiscalização do cumprimento da pena pelo autor do fato, que, apesar de ter fugido em sete oportunidades, não foi sujeito à regressão de regime. Confirmação da sentença de procedência, por seus próprios fundamentos, inclusive quanto ao valor arbitrado como reparação dos danos morais. Homologação da desistência do apelo das autoras, restando prejudicado o recurso adesivo. Sentença confirmada em reexame necessário. A ementa do caso: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. *FAUTE DU SERVICE PUBLIC* CARACTERIZADA. ESTUPRO COMETIDO POR PRESIDIÁRIO, FUGITIVO CONTUMAZ, NÃO SUBMETIDO À REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL COMO MANDA A LEI. CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro. Recurso extraordinário desprovido (RE 409203/RS; 2ª Turma do STF; Rel. Min. Joaquim Barbosa; j. 07/03/2006).

Além desse julgamento, em outro, recentíssimo, o Recurso Extraordinário nº 272.839-MT – tratava-se de caso de morte de detento –, que o relator, Ministro Gilmar Mendes, a despeito da já tradicional opinião lançada pelo então Ministro Carlos Velloso (responsabilidade subjetiva fundada na *faute de service*), tocou novamente a questão enfocando-a sob prisma diverso:

> 1. Recurso extraordinário. 2. Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. 3. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. 4. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLIX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. [...] A partir dos precedentes desta Corte, portanto, observa-se que uma das hipóteses do reconhecimento da responsabilidade do Estado, consubstancia-se no dever de vigilância que lhe é atribuído. Assim, apesar do fundamento que considera a configuração de uma espécie de culpa genérica da Administração (*faute du service*) destaco o argumento jurídico de que, no caso concreto sob análise, a responsabilidade advinda do dever de vigilância ou guarda pode ser objetivamente imputado ao aparato estatal. Na espécie o detento estava em cumprimento de pena privativa de liberdade, portanto, sob custódia do Estado. Trata-se, portanto, da hipótese em que o nexo de causalidade que imputa a responsabilidade do Poder Público advém do dever constitucional de guarda, consagrado no art. 5º, XLIX (é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral). Neste caso, ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos, prevalece a responsabilidade do Estado pela reparação do dano[115].

Reis Friede pondera que "embora possua o *nomen iures* de '*culpa* administrativa' ou '*culpa* no serviço', devemos classificar esta teoria publicística da responsabilidade civil do Estado como sendo de natureza objetiva (fundada no *risco* e não na *culpa)*". Em face do binômio "falta do serviço - culpa da administração", fica estabelecida automaticamente a culpa do Estado, que é presumida[116].

Por tudo o que foi dito, a teoria do acidente administrativo, com base na falta do serviço, em suas diferentes modalidades, conduziu ao que contemporaneamente denominamos de teoria do risco.

---

[115] RE 272839/MT; Rel. Min. Gilmar Mendes, da 2ª Tuma, do STF; j. 01.02.2005; v.u.

[116] FRIEDE, Reis. *Curso de direito administrativo:* em forma de perguntas, respostas e diagramas explicativos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

Na realidade, desde os primórdios da República, tem sido discutida, nos Tribunais, a questão da responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados por terceiros, em virtude da inércia dos Poderes Públicos.

Pedro Lessa chegou a defender a teoria do risco integral como

> fundamento da responsabilidade civil do Estado[117], enquanto vários acórdãos consagravam o dever da União Federal de indenizar os prejuízos ocorridos por ocasião dos bombardeios de Manaus e Salvador e nos distúrbios que danificaram empresas alemãs, por ocasião da 1ª Guerra Mundial, e do afundamento de navios brasileiros, que precederam a entrada do Brasil na 2ª Guerra Mundial.

Alguns acórdãos anteriores à Constituição de 1946, citados por Seabra Fagundes, na sua obra "O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", já consagravam a responsabilidade objetiva do Estado por omissão do adequado policiamento, salientando que

> responde o Estado pelos danos causados à tipografia e oficinas de um órgão de imprensa, não importando averiguar, no caso, se o ato lesivo do patrimônio particular foi praticado por funcionários ou empregados públicos, no exercício de suas atribuições, porque, *na falta de medidas tendentes a prevenir a alteração da ordem, a violação da propriedade, a descobrir e punir os delinquentes, o Estado é obrigado, pela culpa "in vigilando", a satisfazer o dano* [118].

Em decisões anteriores, o STF considerou pacífica a responsabilidade do Estado em casos de movimento multitudinário, fundamentada na inércia do Poder Público[119] e na hipótese de danos decorrentes da falta de conservação de córrego, ensejando o seu transbordamento[120].

Conclui-se, pois, conforme anota Arnoldo Wald[121], que a ausência de medidas para garantir o bom funcionamento dos serviços e impedir eventuais danos a particulares

---

[117]LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915. p. 166-167.

[118]FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 180. STF, 29-11-1916, *Revista de Direito*, 45/104 (grifos do autor).

[119]Embargos na Apelação Civil nº 6.447-SP em julgado pelo Plenário em 10-8-66.

[120]Recurso Extraordinário nº 61.387, julgado pela 2ª Turma em 29-5-68, *In FTJ* 47/381.

[121]WALD, Arnoldo. Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 30, n. 117, p. 16, jan./mar. 1993.

enseja uma responsabilidade, que é presumida até que a Administração possa fazer prova de ter ocorrido, no caso, força maior.

Em suma, podemos sintetizar que a jurisprudência do STF, ao adotar a teoria da culpa de serviço, firmou os seguintes princípios:

(a) quando o Estado causa algum dano, por ação ou omissão, deve o mesmo ser reparado, independentemente da prova da culpa;

(b) a relação de causalidade decorre do simples fato de ter ocorrido o dano ou sido ensejada a sua ocorrência em virtude de ação ou de inércia dos Poderes Públicos;

(c) a pessoa jurídica de direito público só se exonera da responsabilidade comprovando a força maior, não bastando a prova de simples ausência de culpa dos funcionários, como entendia a jurisprudência anterior;

(d) ao autor da ação cabe provar os fatos e não a culpa, que se presume pela simples razão de os fatos evidenciarem, no caso, o funcionamento deficiente ou a ausência de funcionamento adequado do serviço público.

Os princípios tanto se aplicam à falta de conservação de rios ou estradas como à falta de policiamento efetivo, ou até a falta de diligência dos órgãos fiscalizadores do mercado financeiro, pois, nessas situações, aparentemente díspares, há sempre uma *falta de funcionamento adequado do serviço público*, que não cumpriu as obrigações que a lei lhe atribui e para a execução das quais foi criado.

A posição do STF tem sido acompanhada pelos demais tribunais do País. Assim, o Tribunal de Justiça de São Paulo teve o ensejo de manifestar-se nos acórdãos com as seguintes ementas:

> A responsabilidade da Administração pelos danos causados por obra pública independe de prova de culpa, bastando a existência do nexo causal[122].
>
> A responsabilidade civil do Poder público, perante os particulares, por inundações ocorridas pelo mau funcionamento dos serviços públicos é integral e não parcial, ainda que outros fatores atribuíveis a terceiros, ou a caso fortuito, concorram para o evento danoso[123].

---

[122]Apelação Cível nº 140.926,in *RDA*, 87/221.

[123]Recurso de Revista nº 175.975, in *RDA*, 12/214.

Danos resultantes de enchentes ocasionados por forte chuva. Deficiência na execução de obras e serviços pela Municipalidade demonstrada[124].

Danos resultantes de enchentes do rio Tietê. Art. 107 da CF. Falta de serviço de controle. Fato que provocou prejuízos às lavouras de proprietários rurais[125].

Danos causados em estabelecimento comercial, por deficiente escoamento de águas pluviais, durante forte chuva[126].

A Municipalidade responde por prejuízos a estabelecimento industrial decorrentes da má conservação de bueiros e galerias de águas pluviais e da omissão de obras indispensáveis de limpeza e regularização das margens e do leito de rio[127].

A Municipalidade responde por danos causados por enchentes a imóvel, se decorrentes de mau funcionamento do serviço, a que se obrigou[128].

Danos causados em residência, por deficiente escoamento de águas pluviais, agravados por depósito de terra deixada pela Prefeitura, concorrendo para os entupimentos[129].

A Municipalidade responde por danos causados a residência por enchente resultante não de chuvas anormais e imprevisíveis, mas de deficiência do serviço público[130].

Enchente do rio Tamanduateí, na Capital, que causa dano a particulares. Responsabilidade da Prefeitura Municipal de São Paulo decorrente da culpa administrativa ou culpa anônima do serviço[131].

---

[124] 2ª Câmara Cível do TJSP, 7-11-80, *RJTJSP*, 69/103.

[125] 5ª Câmara Cível do TJSP, 13-12-79, *RJTJSP*, 62/92.

[126] 6ª Câmara Cível do TJSP, 21-6-79, *RJTJSP*, 62/96.

[127] 2ª Câmara Cível do TJSP, 5-12-78, *RT*, 528/74.

[128] 5ª Câmara Cível do TJSP, 5-4-79, *RT*, 530/70.

[129] 3ª Câmara Cível do TJSP, 26-5-77, *RJTJSP*, 47/125.

[130] 5ª Câmara Cível do TJSP, 14-5-76, *RT* 511/116.

[131] TJSP, *RJTJSP*, 17/173. No mesmo sentido: "Indenização - Responsabilidade civil - Contrato de depósito - Mercadoria atingida por água de enchente - Ocorrência de fato de terceiro e caso fortuito que não se aplicam a hipótese - Enchentes com inundação que surgem com frequência na região em que estavam as mercadorias depositadas - Culpa "*in custodiendo*" caracterizada - Omissão de obras que protejam das inundações que, por outro lado, estende a responsabilidade pelo dano a municipalidade - Indenização devida solidariamente pela Municipalidade e empresa - Recurso provido". (AC 128.499-1, TJSP, Rel. Des. Ernani de Paiva, j. 11.10.91); "Indenização - Responsabilidade objetiva do Estado - Fazenda Pública enchentes – Danos causados a imóveis localizados em vias públicas, invadidos pelas águas - Responsabilidade da Municipalidade que deflui de sua ineficiência administrativa - Força maior não demonstrada – Nexo causal caracterizado - Verba devida

> Sendo a causa de sucessivos transbordamentos da corrente a diminuta profundidade de seu canal, aliada ao acúmulo de galhos e detritos carregado pelas águas, caracterizada esta a falha do serviço administrativo devendo a Municipalidade arcar com os prejuízos causados pelas inundações[132].

Por sua vez, o antigo Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara tem admitido a responsabilidade objetiva do Estado por atos de pilhagem que a polícia não impediu[133].

E, também, a consagrou em caso de tiroteio entre a polícia e bandidos, no qual faleceu terceiro, conforme se verifica no acórdão da 5ª Câmara do TJERJ, na AC nº 2.711/86, de 30-09-86, no qual ficou decidido que:

> Com base na teoria do risco administrativo o Estado é responsável pela morte de pessoa ocorrida em razão de tiroteio iniciado por policiais contra bandidos. Quanto ao mérito, a espécie é de ação contra o Estado, pretendendo a autora indenização pela morte da mãe, ocorrida em virtude de disparos de uma arma de fogo feitos em diligência policial na captura de marginais. Invocando o art. 107 da Constituição Federal, a Dra. Juíza julgou procedente o pedido. Apela o Estado, insurgindo-se contra o reconhecimento de sua responsabilidade, sob a assertiva de que, havendo dúvida quanto à autoria dos disparos que atingiram a mãe da autora, a ação deveria ser julgada improcedente. Sem razão, contudo, o apelo. A espécie aplica-se à teoria do risco administrativo segundo a qual a obrigação de reparar o dano decorre do ato lesivo e injusto causado à vítima em decorrência da diligência policial. Como se sabe, *na teoria do risco administrativo exige-se apenas o fato do serviço*. Não se cogita de culpa da Administração ou de seus agentes. *Basta que se demonstre o fato danoso em virtude de ação do Poder Público.*

- Recurso provido para julgar procedente a demanda". (AC 153.680-1, TJSP, Rel. Des. Marcus Andrade, j. 21.11.1991); "RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - Enchentes -- Transbordamento de córrego - Insuficiência da seção de vazão - Obras de canalização não concluídas - Demora - Ineficiência da administração municipal - Indenização apurada em perícia - Obrigatoriedade do ressarcimento com base nesta - Ação julgada improcedente - Decisão reformada". ((TJSP) RT 690/61); "RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Transbordamento de ribeirão – Município de Diadema – Morte do filho dos autores por leptospirose – Sucessivas enchentes ocorridas no local - Alegação de culpa administrativa, em razão da omissão da municipalidade, que não teria tomado providências para a limpeza e desassoreamento do Ribeirão dos Coutos - Necessidade da comprovação da culpa ou falha do serviço, que não funcionou, funcionou mal ou funciona atrasado - Alegação da ré de que a própria população joga detritos no curso d'água, dificultando a coleta de lixo e falta de relação da enchente com a doença contraída pela vítima - Culpa administrativa admitida, excepcionalmente, em face da afirmação não negada pela Administração, da ocorrência recorrente de enchentes e da falta de limpeza do referido córrego, que contribui para a proliferação de doenças - Indenizatória parcialmente procedente fixada a pensão mensal, em 2/3 do salário mínimo porque desempregada a vítima, com o termo final da remuneração até a data em que esta completaria vinte e sete (27) anos de idade – Reexame necessário e recurso voluntário da municipalidade desprovidos quanto ao tema". (Apelação n. 237.841-5/0 - Diadema - 10ª Câmara de Direito Público - Relator: Torres de Carvalho - 24/07/06 - VU - voto n. 90/06).

[132]A.C. nº 61.979-1, TJSP, in: *RT* 605/58.

[133]Apelação civil nº 40.928, in *Revista de jurisprudência do TJGB* 14/175.

> E isso foi feito. Para se eximir da responsabilidade, *o Estado deveria comprovar culpa exclusiva da vítima ou a ocorrência de caso fortuito ou de força maior*. Nesse sentido, porém, nada diligenciou o recorrente, não havendo, assim, porque exonerá-lo de responsabilidade[134] (grifos do autor).

2.2.5. Teoria do risco administrativo

A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente a responsabilidade objetiva do Estado, baseada na teoria risco administrativo, conforme se extrai do seu art. 37, § 6º, *in verbis*:

---

[134]Nesse sentido: "INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil do Estado - Caracterização - Disparo de arma de fogo por policial militar atingindo e causando incapacidade total e permanente na vítima - Responsabilidade de caráter objetivo e não subjetivo - Inteligência do artigo 37, § 6º da Constituição da República 1988 - Pedido procedente - Recurso provido para esse fim". (Relator: Alvaro Lazzarini - Apelação Cível 132.653-1 - 12.03.91 - São Paulo); "INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil do Estado - Disparo de arma de fogo por policial no exercício da função - Inexistência de provas de revide por parte da vítima à ação policial ou mesmo de que tenha realizado algum ilícito penal - Caracterização de excesso - Inocorrência de caso fortuito - Responsabilidade objetiva da Fazenda - Verba devida - Recurso parcialmente provido. A vítima teve violado seu direito à segurança sendo que o Estado tem o dever de assegurar a paz. O Estado, no caso, só se exime da responsabilidade se lograsse provar a culpa da vítima ou a ocorrência de caso fortuito". (Relator: Leite Cintra - Apelação Cível n. 192.765-1 - São Paulo - 23.06.93); "INDENIZAÇÃO - Fazenda Pública - Responsabilidade civil - Ação de policial militar de folga e à paisana - Morte de transeunte provocada por disparo de arma de fogo da Corporação, quando detia meliante - Verba devida pelo Estado - Artigos 37, § 6º, da Constituição da República, e 159 do Código Civil - Sentença confirmada".(JTJ 202/103); "RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - Ato ilícito de preposto - Dano causado por disparo de arma de fogo de policial em tumulto público - Ação de indenização - Desnecessidade de identificação do agente na inicial - Denunciação da lide não obrigatória na espécie - Tarefa, ademais, que competiria ao próprio ente público - Suficiência da certeza de ser a bala proveniente de arma utilizada pela Polícia Militar - Responsabilidade de natureza objetiva e irretratável, diante da adoção da teoria do risco administrativo. Inépcia da petição inicial afastada". (RT 641/139 (TJSP)); "INDENIZAÇÃO - Responsabilidade Civil do Estado - Lesão corporal - Dano moral e dano material - Tiros disparados por policial militar em perseguição à vítima por causa de infração de trânsito - Diligência mal sucedida - Excesso culposo - Indevido manuseio e disparo da arma - Responsabilidade da Fazenda e do policial - Mau funcionamento do serviço público - Perseguição que apenas deveria redundar na detenção da vítima - Ausência de excludente e de perigo para o agente - Falta de culpa exclusiva da vítima - Falta de prova de danos materiais - Dano moral estabelecido, consideradas as circunstâncias e a situação econômica dos envolvidos - Recurso parcialmente provido para redução do montante do dano moral, mantida a sucumbência da sentença". (Apelação Cível n. 8.098-5 - São José dos Campos - 1ª Câmara de Direito Público - Relator: Cauduro Padin - 10.03.98 - V.U.); "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TIROTEIO ENTRE POLICIAIS E BANDIDOS. MORTE DE TRANSEUNTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. Tiroteio entre policiais e bandidos. Precauções necessárias a evitar-se risco à incolumidade pública. Inexistência. Morte de transeunte. Responsabilidade civil do Estado pelos danos que seus agentes causarem nessa condição. Nexo de causalidade constatado nas instâncias ordinárias. Reexame. Impossibilidade. Súmula 279/STF. Agravo regimental não provido. (RE-AgR 257090/RJ; Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma do STF, j. 18.04.2000).

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: *(Redação da EC nº 19/98)*
> [...]
> § 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.

Na lição de Alexandre de Moraes, a responsabilidade prevista no dispositivo constitucional acima transcrito exige a presença dos seguintes requisitos: *ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal*. [135]

É o que também diz o Supremo Tribunal Federal: *Princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do poder público*[136] :

> STF - A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ 99/1155 – RTJ 131/417).O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02/08/96, p.

---

[135] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 923-925.

[136] *STF* - Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02/08/96, p. 25.785, Seção I) – *RDA 137/233 – RTJ 55/50)"*(*STF* – 1ª T. – *Rext*. Nº 109.615-2/*RJ* **.**

> 25.785, Seção I) – *RDA 137/233 – RTJ 55/50)"*(*STF* – 1ª T. – *Rext.* Nº 109.615-2/*RJ* .

Em princípio, saliente-se que a Carta Fundamental anterior, de 1946, bem assim a atual, de 1988, passando pela Constituição de 1967 e pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, adotaram a teoria do risco administrativo, dependente de dois requisitos basilares para a sua averiguação: (a) vínculo causal entre o fato danoso e o ato comissivo ou omissivo de preposto do Estado; e (b) a não ocorrência de participação da vítima no fato nocivo.

Fazendo uma incursão no tempo, na resenha de Arnoldo Wald, já em 1943, o Ministro Philadelpho Azevedo afirmou, no STF, em voto que se tornaria histórico, que "o problema da responsabilidade civil do Estado ainda não encontrou, entre nós, o terreno sedimentado, em que pudesse descansar, após o tormentoso embate na doutrina e na jurisprudência". Com o mencionado voto, embora vencido, Philadelpho Azevedo sustentava a necessidade de indenizar os prejuízos decorrentes de movimentos populares, ensejou a reversão da nossa jurisprudência na matéria, manifestando-se, naquela ocasião, pela última vez, o nosso mais alto Tribunal pela aplicação da teoria da culpa como fundamento exclusivo da responsabilidade do Estado.

De fato, alguns anos mais tarde, a Constituição de 1946 iria consagrar a responsabilidade objetiva do Estado, enquanto o fim do regime ditatorial liberaria o Poder Judiciário da pressão do Executivo, dando novos contornos à questão e mantendo-se o princípio da responsabilidade objetiva na Constituição de 1967, na Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 107) e, ainda, com caráter mais amplo, na Constituição de 1988, cujo art. 37, § 6º, a fez incidir, também, no caso de pessoas jurídicas de direito privado quando prestadoras de serviços públicos[137].

A *teoria do risco administrativo* faz surgir a obrigação de indenizar o dano do ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a *falta do serviço*; na teoria do risco administrativo exige-se,

---

[137]WALD, Arnoldo. Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 30, n. 117, p. 16, jan./mar. 1993. p. 7.

apenas, *o fato do serviço*; naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração[138].

Essa doutrina da *teoria do risco administrativo* baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais e encontra raízes no artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, segundo o qual "para manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades". O princípio significa que, assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário[139].

No mesmo sentido, Edmir Netto de Araújo - quando observa que este princípio informa e fundamenta a teoria do *risco,* também chamada teoria da *responsabilidade objetiva* - ressalta a absoluta igualdade dos administrados diante dos ônus e encargos públicos, que devem ser equitativamente repartidos entre todos os membros da coletividade que institui o Estado para administrá-la[140].

Essa teoria baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de lhes causar danos, impondo a alguns membros da comunidade um sacrifício ou ônus não suportado pelos demais.

Para compensar essa desigualdade criada pelo próprio Estado, todos os demais componentes da comunidade devem acorrer para a reparação do dano individual. Segundo anotou Onofre Mendes Júnior, o risco e a solidariedade social são, pois, os suportes dessa doutrina que, por sua objetividade e partilha de encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive no Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da Constituição Federal de 1946[141].

---

[138]MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 623.

[139]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 24. ed. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2011. p. 646.

[140]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 776-777.

[141]MENDES JÚNIOR, Onofre. *Natureza da responsabilidade da administração pública.* Belo Horizonte, 1961. p. 142 e ss.

Caio Mario da Silva Pereira identifica como teoria do *risco administrativo* aquela que

> encara o dano sofrido pelo particular em consequência do funcionamento, puro e simples, do serviço público. Não se cogita se era bom, se era mau. O que importa é relação de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e o ato do preposto ou agente estatal. Desde que se positive, o princípio da igualdade dos ônus e dos encargos exige a reparação[142].

Para concluir, oportuna a posição de José de Aguiar Dias, quando afirma categoricamente que "somos, assim, pela aplicação, entre nós, da doutrina do risco administrativo", como defendia, já, Amaro Cavalcanti, escrevendo que

> [...] assim como a igualdade dos direitos, assim também a igualdade dos encargos é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados. Portanto, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado, a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça comutativa: *Quod omnestangit abomnibus debet supportari*[143].

2.2.6. Teoria do risco integral

Pela *teoria do risco integral*, é indiferente que tenha havido *culpa* ou *acidente*, interessando apenas saber se há *vínculo causal* entre o funcionamento do serviço público e o *prejuízo sofrido* pelo administrado. Se há *prejuízo*, o dano será reparado, não interessando se se trata de ato de império ou de gestão[144], se houve culpa, acidente ou qualquer outra explicação tendente a irresponsabilizar o Estado[145].

---

[142] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 1/394, n. 116.

[143] CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*, p. XI *apud* DIAS, José de Aguiar *Da responsabilidade civil.* 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.800.

[144] Na prática dos "*atos de gestão*, como se sabe, o Estado age do mesmo modo que o particular, na administração de seus bens, diferindo, sob esses aspectos, dos denominados *atos de império*, nos quais o Estado age como 'síntese dos poderes soberanos', exercendo o *ius imperis"*, na definição de CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 70.

[145]CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 71.

Por *teoria do risco integral* entende-se a que obriga o Estado a indenizar todo e qualquer dano, desde que envolvido no respectivo evento. Não se indaga, portanto, a respeito da culpa da vítima na produção do evento danoso, nem se permite qualquer prova visando elidir essa responsabilidade. Basta, para caracterizar a obrigação de indenizar, o simples envolvimento do Estado no evento[146].

Segundo Hely Lopes Meirelles, a *teoria do risco integral* é a modalidade extremada da doutrina do *risco administrativo,* abandonada na prática por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí por que foi acoimada de "brutal", pelas graves consequências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza[147].

Por essa teoria, a Administração Pública estaria sendo obrigada a suportar, pela via da indenização, todo e qualquer dano que se originasse tanto de ato como de fato administrativo, sem se levar em conta a culpa, seja exclusiva, seja concorrente ou, ainda pior, sem levar em consideração o dolo, quando há a intenção de lesionar.

O Estado seria considerado responsável mesmo quando tivesse a vítima sido corresponsável pelo evento danoso, só que o Estado não é um "segurador universal", a ser responsabilizado por todos e quaisquer danos que venham a sofrer os administrados.

O Direito brasileiro não admite essa teoria, por ser injusta ao extremo. Pela severidade, foi aos poucos abolida, dando lugar à teoria do risco administrativo.

Para Hely Lopes Meirelles,

> essa teoria jamais foi acolhida entre nós, embora haja quem tenha sustentado sua admissibilidade no Texto Constitucional da República. Contestamos formalmente esse entender, que se desgarra da doutrina acolhida pelo nosso Direito e se divorcia da jurisprudência que se formou acerca do citado dispositivo constitucional, consagrador da teoria objetiva, mas sob a modalidade do *risco administrativo,* e não do *risco integral*[148].

---

[146]GASPARINI, Diogenes *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 901.

[147]MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 624.

[148]Id., Ibid., p.624 (grigos do autor).

O nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano daí resultante não exclui sequer a força maior, o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima, ou ofendido, abarcando qualquer situação, por isso, diz-se integral-total[149].

Portanto, como foi dito e observado, a teoria do *risco integral* é a modalidade exacerbada da doutrina do risco administrativo, repudiada pela maioria e inadmitida na prática, por conduzir ao excesso e à injustiça social.

A teoria do *risco integral* manteve-se essencialmente como formulação ou modelo teórico, não tendo sido perfilhada pelos sistemas jurídicos.

Fazendo distinção entre as *teorias do risco administrativo* e a do *risco integral*, Hely Lopes Meirelles adverte que a teoria do *risco administrativo*, embora dispense prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Isso porque o *risco administrativo* não se confunde com o *risco integral*. O *risco administrativo* não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização[150].

Todavia, em particular, entende-se que o art. 21, XXIII, "d"[151], da Constituição Federal, diferentemente do art. 37, § 6º, contemplou a teoria da responsabilidade do Estado pelo risco integral.

Como explica Luciano Ferraz:

> É que quando o constituinte se valeu da expressão 'independentemente de culpa', para reconhecer aí a responsabilidade estatal, excluiu, de plano, a possibilidade de se cogitar de culpa, seja ela do Estado, da vítima ou mesmo derivada de evento alheio à ação ou omissão de ambos: desde que configurado o dano e o nexo causal, inexiste a possibilidade de excludente

---

[149]NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 18.

[150]MEIRELLES, Hely Lopes *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 624.

[151] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 08.02.2006: Art. 21 – XXIII - d) *a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.*

> de responsabilidade de parte do Estado. Caso contrário, a prescrição do art. 21, XXIII, 'd', seria completamente desnecessária[152].

Mais recentemente, a edição da Lei Federal nº 10.744/2003 disciplinou a "assunção" pela União de responsabilidade civil no caso de atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, em que o Estado responderá pelos efeitos de conduta alheia por decisão estatal unilateral.

No ponto, a percuciente observação de Alexandre de Moraes, quando afirma que a adoção constitucional da Teoria do Risco Administrativo veda qualquer possibilidade de previsão normativa de outras teorias, inclusive da Teoria do Risco Integral[153].

Nesse sentido, declarou o STF a inconstitucionalidade da Lei n. 913, de 13.9.1995, que, dando nova redação à Lei n. 842 de 29.12.1994, ambas do Distrito Federal, instituiu pensão mensal em favor de certas pessoas (nem sempre necessitadas de assistência), em razão de crimes hediondos (como assassinato), praticados por quaisquer agentes (não necessariamente públicos) e ocorridos a partir de 21-4-1960.

2.3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

2.3.1. Responsabilidade civil do Poder Público na Constituição de 1988: teoria do risco administrativo

A responsabilidade civil do Poder Público na Constituição Federal de 1988 está consagrada em seu artigo 37, § 6º, que adotou a chamada teoria do "risco administrativo", nos seguintes termos: "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras

---

[152] FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por omissão legislativa – caso do art. 37, X da Constituição da República, In: FREITAS, Juarez (org). *Responsabilidade civil do Estado.* São Paulo: Malheiros, 2006. p. 214.

[153] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 923.

de serviço público 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".

Segundo Hely Lopes Meirelles[154],

> o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores, e, abandonando a privatística *teoria subjetiva da culpa*, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a *responsabilidade civil objetiva da Administração*, sob a modalidade do risco administrativo. Não chegou, porém, aos extremos do *risco integral.* É o que se infere do texto constitucional e tem sido admitido reiteradamente pela jurisprudência, com apoio na melhor doutrina.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as Constituições de 1824 e 1891 não continham disposição expressa que previsse a responsabilidade do Estado; elas previam apenas a responsabilidade do funcionário em decorrência do abuso ou omissão praticados no exercício de suas funções. Com o Código Civil, promulgado em 1916, entende-se que teria sido adotada a teoria civilista da responsabilidade subjetiva, à vista do disposto em seu artigo 15: "as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo do modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano". A expressão *procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei* conduzia à ideia de que deveria ser demonstrada a culpa do funcionário para que o Estado respondesse. No entanto, a redação imprecisa do dispositivo permitiu que alguns autores defendessem, na vigência desse dispositivo, a teoria da responsabilidade objetiva [155].

A Constituição Federal de 1934, no artigo 171, previu a responsabilidade solidária da Fazenda Pública e dos funcionários, se estes agissem com negligência, omissão ou abuso; se a Fazenda fosse executada, teria direito de regresso contra o funcionário causador do dano[156].

---

[154]MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 702 (grifos do autor).

[155]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 24. ed. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 648.

[156] MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno.* 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 436.

Em torno da responsabilidade do Estado, por danos causados por seus agentes, entre duas teorias, hesitou a doutrina brasileira: a subjetiva e a objetiva, ou seja, a responsabilidade objetiva do Estado e a subjetiva do funcionário.

É dizer que estabeleceu, assim, duas relações de responsabilidade: uma, do poder público e de seus delegados na prestação de serviços públicos perante a vítima do dano, de caráter objetivo, baseada no nexo causal; e a outra, do agente causador do dano, perante o Estado, de caráter subjetivo, calcada no dolo ou culpa, para fins de ação regressiva apenas[157].

Hely Lopes Meirelles anota que não obstante insatisfatória a orientação adotada pelo nosso legislador do Código Civil de 1916 para a composição dos danos causados pela Administração Pública, permaneceu entre nós a *doutrina subjetiva* até o advento da Constituição de 1946, que, com o disposto no artigo 194, acolheu a *teoria objetiva do risco administrativo,* revogando em parte o art. 15 do antigo Código Civil. Só louvores merece a diretriz constitucional, mantida na vigente Constituição (art. 37, § 6º), que harmoniza os postulados da responsabilidade civil da Administração com as exigências sociais contemporâneas, em face do complexo mecanismo do Poder Público, que cria riscos para o administrado e o amesquinha nas demandas contra a Fazenda, pela hipertrofia dos privilégios estatais [158].

Foi a Constituição Federal de 1946 que marcou a consagração explícita da responsabilidade objetiva no ordenamento brasileiro, ao dispor o seguinte, no art. 194: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo Único: Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”[159].

A Constituição Federal de 1967 repete a norma em seu artigo 105, acrescentando, no parágrafo único, que a ação regressiva cabe em caso de culpa ou dolo, expressão não

---

[157]BÜHRING, Márcia Andréa. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 128.

[158]MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 701-702.

[159]MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno.* 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 436.

incluída no preceito da Constituição anterior de 1946. Na Emenda Constitucional nº. 1, de 1969, manteve-se a mesma norma em seu artigo 107[160].

Weida Zancaner, em obra anterior à atual Constituição, já afirmava que, com a Emenda de 1969, fazia-se presente esta regra no sistema brasileiro:

> Límpida é a letra da lei, sem meandros, incisiva mesmo, a nosso ver. Não há que se falar ter a Constituição acolhido a teoria subjetiva, nem sequer pode-se dizer que a teoria objetiva seja a única abrigada pelo art. 107 da Constituição Federal. Há concomitância de teorias, as duas acolhidas pela letra da lei, mas prepondera um divisor de águas: a teoria objetiva tem seu lugar nas relações entre o administrado e o Estado, restando à teoria subjetiva os casos preceituados pelo art. 107, parágrafo único, que regula as relações Estado-funcionário[161].

O artigo 43, do Código Civil de 2002, por sua vez, não repetiu a insatisfatória regra do artigo 15 do CC de 1916, determinando, em seu artigo 43, que "as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo".

Diante dessa redação, não resta dúvida de que o Código Civil em vigor adotou ou passou a adotar a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, harmonizando-se e associando-se aos termos do artigo 37, § 6º, da atual Constituição Federal, embora tenha se mostrado mais restritivo, pois esta estendeu o princípio também às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, de certa forma, o Código está atrasado em relação à norma constitucional, tendo em vista que não faz referência às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos[162].

A culpabilidade ou o dolo do agente, na omissão ou ação prejudicial, somente serão apurados para que, caso positivo, promova o Estado depois a ação regressiva a que se

---

[160]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 649.

[161]ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: RT, 1981.p. 61.

[162]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 649.

refere o art. 37, § 6º, da CF, contra o causador do dano em questão, e esta ação constitui obrigação do Estado, em virtude do *princípio da indisponibilidade dos interesses públicos*[163].

2.4. CAUSAS EXCLUDENTES E ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Cabe, ainda, neste tópico, cuidar, mesmo que superficialmente, das excludentes do dever de indenizar em relação à Responsabilidade Civil do Estado.

O tema em foco desta tese não permite o desenvolvimento das excludentes, mesmo que sinteticamente, das diversas causas de exclusão da responsabilidade civil do Estado do dever de indenizar o particular. Ou seja, não comporta uma análise detalhada das causas de isenção ou exoneração da responsabilidade estatal. Porém, nesta tese serão expostas, ainda que resumidamente, as hipóteses que podem determinar a exclusão da responsabilidade estatal, a culpa da vítima (exclusiva ou concorrente), a força maior e o caso fortuito, o estado de necessidade e a culpa de terceiros.

Como foi referido anteriormente, o Direito brasileiro adotou a teoria do risco administrativo (que comporta restrições) em matéria de responsabilidade do Estado, em detrimento da teoria do risco integral (sem restrições), pois como sabemos aquela primeira teoria admite a existência de excludentes do dever de indenizar. Esta é a posição da maioria da doutrina mais recente sobre o tema. Dessa forma, para que a obrigação estatal se perfaça, além do nexo causal entre a atuação e o dano respectivo, também é necessário que não tenham contribuído para o prejuízo a própria vítima ou terceiro, nem decorra de caso fortuito ou força maior; essas excludentes são motivos que afastam a obrigação do Estado de indenizar, por descaracterizarem o próprio nexo causal. Convém lembrar que quando tratar-se de culpa concorrente da vítima (ou terceiro), a obrigação do Estado é reduzida na mesma proporção conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial.

---

[163]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 787.

2.4.1. A força maior e o caso fortuito

Historicamente, a doutrina da culpa administrativa equiparava ambas as situações, as causas decorrentes de força maior e as de caso fortuito, ou seja, a irresistibilidade humana da força maior e a impossibilidade de previsão das consequências do caso fortuito, implicando, as duas causas, em excludentes da responsabilidade estatal. Porém, alguns autores apontam como causas excludentes: a força maior e o caso fortuito, a culpa da vítima, a culpa de terceiro, o agente fora de suas atividades funcionais, o estado de necessidade.

A doutrina contemporânea, ao vislumbrar o Estado como uma imensa companhia de seguro (aceitando, no exercício de suas atividades, o risco da imprevisão), aceita, pela teoria do risco integral (há que se preferir risco sem adjetivações como foi explanado anteriormente, quando do exame das teorias sobre a culpa), a força maior e não o caso fortuito como excludente da responsabilidade estatal [164].

A responsabilidade objetiva, como vista anteriormente, exige tão somente a caracterização do nexo de causalidade entre a ação ou omissão da Administração e o dano injustamente sofrido pelo administrado. Rompido, total ou parcialmente, o nexo de causalidade, ficará excluído o dever de ressarcir na exata proporção da relevância do elemento perturbador.

Lembra José Cretella Júnior que, para a doutrina que aceita a responsabilidade pública, fundada na *culpa administrativa, o caso fortuito* é assimilado à *força maior,* porque ambas as causas não podem acarretar a responsabilidade pessoal do autor aparente do dano: o funcionário público capitula fisicamente diante da *força maior,* porque humanamente é impossível deter-lhe os efeitos e sucumbe ante as consequências danosas do *caso fortuito,* cuja previsibilidade ficou além de sua captação intelectual. Ao contrário, para a doutrina que aceita a responsabilidade pública, fundada no *risco integral,* a distinção entre a *força maior* e

---

[164] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 781; CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 71; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 1, p. 413.

caso fortuito se impõe, pelo interesse prático de que se reveste, visto que a *força maior* é causa excludente de responsabilidade, o *caso fortuito*, não[165].

Agora, interessa-nos o estudo da força maior e do caso fortuito como possíveis causas de exclusão da responsabilidade objetiva do Estado do dever de indenizar quando da ocorrência de uma e de outra.

O princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da responsabilidade civil extracontratual do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – tais como o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva e atribuível à vítima.

Todavia, embora se pretenda o reconhecimento indiscriminado da excludente de responsabilidade da Administração Pública tanto nos casos de *força maior* como nos *casos fortuitos*, é certo que somente nos casos de dano provocado por *força maior* se legitima a exclusão do dever de indenizar[166].

Caracterizada por possuir causa conhecida, mas impossível de ser contida pela ação humana, a força maior é exterior, irresistível, inevitável e, de certa forma, imprevisível, inelutável (pode até mesmo ser previsível, mas necessariamente irresistível), independente da vontade humana, sendo exemplificada, geralmente, pelos fatos da natureza, como raios, terremotos, erupções vulcânicas [167].

No caso fortuito, interioriza-se o fato, a causa do evento danoso permanece desconhecida, aludindo a doutrina, à hipótese de responsabilidade pública, à culpa anônima do serviço, ao acidente mecânico, à culpa ignorada do serviço, ao seu mau funcionamento. Subsiste, nesta hipótese, a responsabilidade estatal quanto ao ressarcimento do dano.

José Cretella Júnior faz a seguinte distinção:

> *Força maior* é o acontecimento exterior, independente da vontade humana, fato imprevisível e estranho à vontade do homem, acidente cuja causa é conhecida, mas que se apresenta com nítido caráter de irresistibilidade. Fenômenos da natureza (cataclismos, terremotos, ciclones, furacões, raios, inundações, erupções vulcânicas, maremotos, trombas d'água), entre outros fatos que, comprovados, se apresentam com o traço de *inevitabilidade*. O

---

[165]CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 136.

[166]TJSP, 3ª C., 26-4-73, *RJTJSP* 30/36.

[167]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 781.

> *caso fortuito ocorre*, essencialmente, quando o acidente, causador do prejuízo, resulta de causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando incêndio: o fato não dependeu de nenhum fato estranho à Companhia, nem resultou de *força maior*, que tenha acarretado a ruptura do cabo. A ruptura é o resultado de causa desconhecida[168].

Dentro desse sistema de responsabilidade objetiva, o Estado não será obrigado a indenizar quando se tratar de causas excludentes, apenas e tão somente quando se romper o nexo de causalidade.

Diogenes Gasparini [169] bem situa a questão da demonstração do estado de imprevisibilidade e irresistibilidade do evento danoso, que libera o Estado dessa obrigação de reparar o dano que a vítima venha a sofrer. E adverte:

> Observe-se que, em certos eventos, o fato de os danos não terem sido causados pelo Estado não o libera da responsabilidade de indenizar se o comportamento público em relação a eles foi culposo ou doloso. Logo, se cabia ao Estado desobstruir as galerias de águas pluviais e não o fez, ocorrida a inundação em razão dessa negligência, a indenização é devida. Pela mesma razão a indenização é obrigatória se durante um temporal cai uma rede telefônica em mau estado de conservação, e seus fios, em contato com os elétricos, vitimam uma criança.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *força maior* é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração. Todavia, pondera a mesma autora:

> [...] ocorrendo motivo de *força maior*, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada à força maior, ocorrer a omissão do Poder Público na realização de um serviço. Por exemplo, quando as chuvas provocam enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinado serviço de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente. Porém, nesse caso, entende-se que a responsabilidade não é *objetiva*. Porque decorre do mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público. (*faute du service)*; é a culpa anônima,

---

[168]CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 134-135 (grifos do autor).

[169]GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 903.

> não individualizada; o dano não decorreu de atuação do agente público, mas da **omissão** do poder público[170].

Na hipótese de *caso fortuito,* em que o dano é decorrente de ato humano, de falha da Administração, não ocorre, segundo Di Pietro, a mesma exclusão; quando se rompeu, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros, não se pode falar em força maior, de modo a excluir a responsabilidade do Estado [171].

Sobre as excludentes de responsabilidade, denominadas *caso fortuito* e *força maior,* é válido o magistério de Themistocles Brandão Cavalcanti:

> caso fortuito e força maior têm elementos comuns, a imprevisibilidade e a irresistibilidade, mas se separam quanto à interioridade (caso fortuito) ou exterioridade (força maior). Enquanto na força maior é um elemento estranho à atividade exercida, e da qual decorre a obrigação, que determina o dano, no caso fortuito é uma causa interna, inerente ao próprio serviço, à própria atividade, que ocasionou o dano: força maior será a tempestade, será a inundação, será o raio; caso fortuito será o cabo de uma instalação que se rompe, será a peça de uma máquina que despenca, produzindo acidente e danos materiais ou pessoais[172].

No que se refere ao conceito de força maior, contrapondo-se ao de caso fortuito, José de Aguiar Dias sustenta:

> Apresentando ambos efeitos liberatórios, não pode ser considerado uma questão de fato ensejando decisões contraditórias sobre um mesmo e único fato. É claro que dos fatos nasce o direito. Mas a definição jurídica permanece. Tem havido, por outro lado, deslocamento da sua caracterização, que o Código Civil de 2002, art. 393 parágrafo único, assim como já fazia o Código Civil de 1916, atribui *os efeitos* e não ao *fato necessário*. A inevitabilidade e a imprevisibilidade são geralmente atribuídas ao último, quando a lei as fixa nos efeitos. Sem dúvida, o fato necessário pode conter, ele também, carga de imprevisão e inevitabilidade. Ela, porém, não basta à caracterização de caso fortuito ou força maior[173].

Alexandre de Moraes observa que nas hipóteses de ocorrência de força maior (chuvas torrenciais que acabam provocando inundações no Município) ou caso fortuito, geradora de danos a terceiros, em regra exclui-se a responsabilidade civil do Estado, salvo,

---

[170]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 652.

[171]Id. Ibid., p. 652.

[172]CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 417.

[173]DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil.* XI. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 940.

porém, se a essa ocorrência de força maior ou caso fortuito somar-se a omissão do Estado (por exemplo, a não-limpeza da cidade que acarretou entupimento dos bueiros e galerias pluviais).

Entendemos que nestes casos haverá responsabilidade pela omissão estatal, consagrada pelo § 6º, do artigo 37 da Constituição Federal[174].

A respeito do tema, Edmir Netto de Araújo tem posição diferente e peculiar a respeito das excludentes de responsabilidade *força maior* e *caso fortuito*, dizendo que certas posições doutrinárias colocavam como causas excludentes de responsabilidade não só a *força maior*, como também o *caso fortuito*: na realidade, seus conceitos, apesar de semelhantes (e por isso mesmo controvertidos) não se confundem.

A doutrina da culpa administrativa assimilava o caso fortuito à força maior, em razão da impossibilidade de responsabilização pessoal do autor direto ou indireto do dano: a irresistibilidade humana da força maior e a impossibilidade de previsão das consequências do caso fortuito, situariam o prejuízo fora da órbita da responsabilidade do Estado.

Todavia, não é o que prevalece na atualidade: o Estado, tal e qual uma imensa companhia de seguros, aceita, na prática de suas atividades, o risco da *imprevisão*, e por ele se responsabiliza.

Assim, pela teoria do risco integral, diferentemente do que ocorria com a teoria da culpa administrativa, a *força maior é excludente* de responsabilidade estatal, o que não acontece, em princípio, com o caso fortuito [175].

E o mesmo autor completa sua posição:

> chuvas anormais que causam danos podem se configurar força maior ou caso fortuito. Mas quando a prevenção e as obras necessárias para evitar que se repitam os eventos danosos não são realizadas, doutrina e jurisprudência indicam a responsabilidade do ente público respectivo. Não se pode negar, por exemplo, que uma explosão, de um depósito de armas e munições do poder público, que cause danos aos particulares, vizinhos ou a circunstantes, empenha a responsabilidade do Estado, mesmo que não se identifique a causa da explosão, ou ainda qualquer ato ou omissão do agente público[176].

---

[174] MORAES, Alexandre de. *Direito Administrativo Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 236. Nesse mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 652. Na jurisprudência: *RTJ* 47/378; *RTJ* 70/704.

[175] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo.* 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.781-782 e 791; Id. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 38.

[176] Id. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 781-782 e 791.

Vem à colação, novamente, a advertência de Themístocles Brandão Cavalcanti:

> Aqui se impõe a distinção entre o caso fortuito e a força maior, porque, se a força maior decorre de um fato externo, estranho ao serviço, o caso fortuito provém do seu mau funcionamento, de uma causa interna, inerente ao próprio serviço; admite-se, por conseguinte, a exclusão da responsabilidade no caso de força maior, subsistindo, entretanto, no caso fortuito, por estar incluído este último no risco do serviço; na força maior, nenhuma interferência tem a vontade humana, nem próxima nem remotamente, enquanto que, no caso fortuito, a vontade apareceria na organização e no funcionamento do serviço[177].

Alexandre de Moraes, abordando novamente o tema, entende por *força maior* a ocorrência da natureza imprevisível e inevitável, absolutamente independente da vontade das partes (por exemplo: maremotos, terremotos etc.).

Dessa forma, segundo o mesmo autor, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela exclusão da responsabilidade civil do Estado em face de força maior, entendendo que [178] "a força maior exclui a responsabilidade civil do Estado, quando descaracteriza o nexo de causalidade entre o evento danoso e o serviço público" [179].

Concluindo, podemos dizer que, abraçando a posição defendida por Edmir Netto de Araújo, José Cretella Júnior, Themístocles Brandão Cavalcanti, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Alexandre de Moraes, embora se pretenda o reconhecimento indiscriminado da excludente de responsabilidade estatal tanto nos casos de *força maior* como nos *casos fortuitos*, é certo que somente nos casos de *força maior* se legitima a exclusão do dever de indenizar, como foi dito anteriormente.

Essa observação de José Cretella Júnior é secundada por Edmir Netto de Araújo: "de acordo com a doutrina[180] que aceita a responsabilidade pública, fundada no *risco integral*, a distinção entre força maior e caso fortuito se impõe, pelo interesse prático de que se reveste, visto que a força maior é causa excludente de responsabilidade, o caso fortuito não"[181].

---

[177] CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 415.

[178] MORAES, Alexandre de. *Direito Administrativo Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 235.

[179] *STJ* – 2ª T. – Resp. nº 135.259-0/SP – Rel, Min. Ari Pargendler, *RSTJ*, 105/190.

[180] CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. v. 8, p. 103.

[181] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 38.

2.4.2. A culpa da vítima

Quando houver a *culpa da vítima*, há que se distinguir se é sua culpa exclusiva ou concorrente com a do Poder Público; no primeiro caso, o Estado não responde; no segundo, atenua-se a sua responsabilidade, que se reparte com a da vítima (*RTJ* 55/50, *RT* 447/82 e 512/99)[182].

Importante distinguir, em um primeiro momento, a culpa da vítima, também chamada de *fato da vítima.* Se a culpa é exclusiva da vítima, não responde o Estado, ou se a culpa é concorrente com o Estado, nesse caso, atenua-se a responsabilidade, repartindo-se esta com a vítima[183].

Entende também Alexandre de Moraes que a culpa da vítima afasta a responsabilidade civil do Estado, desde que exclusiva. Na hipótese de concorrência de culpas, a responsabilidade estatal permanecerá[184].

Diogenes Gasparini observa que, provado que a vítima participou, de alguma forma, para aquele resultado, "exime-se o Estado da obrigação de indenizar; na mesma proporção, sua responsabilidade será parcial ou total conforme tenha sido, numa ou noutra dessas direções, a colaboração das vítimas no evento"[185]. Pode ocorrer, no entanto, que a vítima apenas concorreu para o evento danoso, não sendo a única responsável pelo resultado. Ela e o Estado, em partes iguais ou não, contribuíram para a ocorrência do evento danoso. O dano, no caso, tem origem em dupla causa, pois decorre da ação do Estado e do comportamento da vítima[186].

---

[182]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 652.

[183]BÜHRING, Márcia Andréa. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p.161.

[184]MORAES, Alexandre de. *Direito Administrativo Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 236.

[185]GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 592.

[186]Id., Ibid., p. 903.

Sobre a excludente da responsabilidade estatal, Edmir Netto de Araújo dá o exemplo de um usuário de uma concessionária de transporte coletivo que, por brincadeira ou qualquer outro tipo de imprudência, perturbe violentamente o volante do veículo que está sendo dirigido pelo motorista da concessionária, e com isso cause um acidente, lesionando-se. Ou então uma pessoa que se atire na frente do veículo, com o intuito de suicidar-se. Estão presentes os dados: existência da vítima, realização de serviço público e lesão. Mas a culpa, decisivamente, não foi do agente público, não sendo objeto de responsabilização estatal, pois a causa não foi idônea: a vítima concorreu para o evento [187].

Weida Zancaner explica que

> o direito positivo brasileiro não proíbe que o Estado legitimamente se defenda, provando que em culpa incidiu a vítima, dirimindo ou atenuando, dessa forma, a sua responsabilidade. Neste caso, o nexo causal não chega a nascer e, caso nasça, o evento é híbrido, não podendo gerar direitos para o administrado, pois a culpa viciou o nexo de causalidade que deve haver entre o evento danoso e a atividade da Administração. Nesta hipótese, o Estado pode alegar, quase como se fosse uma preliminar em que se discute o nexo de causalidade entre a atividade da Administração e o evento danoso, a culpa da vítima. O Estado, e isto não é um mero jogo de palavras, não tem que provar que não é culpado; prova, apenas, que o culpado é a vítima[188].

2.4.3. A culpa de terceiro

Não se cogita de responsabilizar o Estado por dano decorrente de ato de terceiro.

Na culpa de terceiro, também chamada de *fato de terceiro*, não há responsabilidade para o Estado quando a conduta culposa é de terceiro que provocou o dano à vítima, e não de agentes públicos.

Estabeleceram-se, assim, dois conceitos fundamentais para resolver a questão em matéria de responsabilidade: em primeiro lugar, *quem* deve ser considerado *terceiro* e, em segundo lugar, qual *a natureza e extensão do comportamento* do *terceiro*, em relação ao evento danoso. Caio Mário da Silva Pereira, oportunamente, defende:

---

[187] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 780.

[188] ZANCANER, Weida *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: RT, 1981. p. 70-71.

> Conceitua-se em termos mais sutis a caracterização do *terceiro como excludente de responsabilidade civil*. Esta se decompõe, nos dois pólos, ativo e passivo: as pessoas do *agente* e da *vítima*. Considera-se, então, terceiro *qualquer outra pessoa*, estranha a este binômio, que influi na responsabilidade pelo dano. Mas para que seja excludente, é mister que por sua conduta atraia os efeitos do fato prejudicial e, em consequência, não responda o agente, direta ou indiretamente, pelos efeitos do dano [...] a conduta do terceiro é *ativa*, porque é o seu comportamento que implica a realização do fato danoso. O segundo aspecto relevante é a *determinação do comportamento do terceiro*, na etiologia da responsabilidade. Em linguagem estrita, ocorre, nesse caso, a excludente da responsabilidade, quando se pode estabelecer que o terceiro é o causador do dano[189].

Maria Sylvia Zanella Di Pietro pondera que, quando se trata de ato de terceiros, como é o caso de danos causados por multidão ou por delinquentes, o Estado responderá se ficar caracterizada a sua omissão, a sua inércia, a falha na prestação do serviço público. A culpa do serviço público, demonstrada pelo seu mau funcionamento, não-funcionamento ou funcionamento tardio, é suficiente para justificar a responsabilidade do Estado.[190] Hoje, porém, a autora modificou sua posição, dizendo que "a *culpa de terceiros*" também tem sido apontada como excludente de responsabilidade. No entanto, nem sempre é essa a solução diante de inovações introduzidas pelo Código Civil de 2002, conforme já demonstrado no item 15.3 de sua obra, no caso de deterioração ou destruição de coisa alheia ou lesão a pessoa, a fim de preservar o perigo iminente (conforme previsto no artigo 188, II, do Código Civil), a regra é a de que incide a responsabilidade de quem praticou tais atos. Essa responsabilidade se exclui com a invocação da culpa da vítima (art. 929), mas não se exclui com a culpa de terceiro, contra o qual é possível ser exercido o direito de regresso (art. 390)[191].

A equação dos dados dirigidos à causalidade responsabilizante não chega a se formar, pois não ocorre, no caso de culpa *devidamente comprovada* de terceiro, quer a ação danosa, quer a omissão prejudicial do Estado, mas, sim, de um terceiro, estranho, naquele exato momento, à relação Estado-administrado[192].

---

[189]PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 300-301.

[190]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 531.

[191] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 653.

[192]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo,* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 780.

Há por parte de um terceiro uma interferência na relação jurídica do Poder Público com os particulares, causando este terceiro os danos; neste caso, não há por que responder o Estado pelo evento; só o fará se concorreu de alguma forma para que esse fato lesivo exista[193].

Nessa hipótese, ou seja, nessa espécie de culpa de terceiro também não há que se falar em responsabilidade civil para o Estado, pois sequer houve participação de agentes públicos, o que qualificaria o dever de responder pelos danos causados ao particular.

2.4.4. Estado de necessidade

Estão insertas, no estado de necessidade, certas situações em que, mesmo se o dano houver sido causado pela ação do Estado, ele o faz no intuito de proteger um interesse maior da coletividade[194].

Oreste Nestor de Souza Laspro sustenta que:

> O estado de necessidade caracteriza-se pela ausência de responsabilidade em razão do bem maior a ser tutelado, como própria finalidade e razão de ser do Estado (são exemplos as situações de guerra, as convulsões sociais) em que são causados prejuízos a indivíduos em nome da proteção da sociedade, razão de se afastar o nexo de causalidade. Naturalmente, o prejuízo à vítima deve ser o menor possível, razão pela qual, mesmo no estado de necessidade, o Estado responde diante de eventual ação ou omissão culposa[195].

Nessa espécie de excludente não há uma agressão propriamente dita, mas perfaz-se uma situação de fato "em que o indivíduo vê uma coisa sua na iminência de sofrer um dano", e, no intuito de remover ou evitar esse dano, sacrifica a coisa alheia, o que a própria lei justifica, "eximindo o agente do dever de indenizar, tendo em vista preservar os bens mediante a remoção de perigo iminente" [196].

---

[193]DELGADO, José Augusto. Responsabilidade do Estado. *Revista Jurídica.* Porto Alegre, v. 4, n. 226, p. 16, ago. 1996; ver, nesse sentido, LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: RT, 2000. p. 86.

[194]BÜHRING, Márcia Andréa. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 166.

[195] LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz.* São Paulo: RT, 2000. p. 84-85.

[196]PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 297.

Para José Cretella Júnior, o *status necessitatis* ocorre em momentos de graves perturbações ou comoções sociais, quer por fatos exteriores, ou de *guerra*, quer por fatos internos, ou de *revolução.*

O *estado de necessidade* é também excludente da obrigação de indenizar e, portanto, da responsabilidade, afigurando-se como situação em que predomina o interesse geral sobre o interesse pessoal, a conveniência, e mesmo direitos individuais: "os danos causados aos cidadãos pelas forças armadas do Estado, em decorrência de *fato de guerra*, deveriam ser considerados como produzidos em *estado de necessidade*, o que excluiria a ilicitude do fato"[197].

Então, nos casos de estado de necessidade, também não há, em princípio, que se cogitar da responsabilidade para o Estado.

2.4.5. Agente fora das atividades funcionais

O agente público que estiver fora de suas atividades funcionais e que vier a causar danos a uma terceira pessoa não obriga o Estado a responder por esses danos, visto que o Estado, por força do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, não responderá pelos danos que seus agentes causarem a outrem quando não estiverem exercendo sua função, ou em razão dela.

Por isso não se pode cogitar de responsabilidade para o Estado quando quem causa dano, mesmo que seja um agente público, não esteja agindo na qualidade de agente, como bem observado por Cármen Lúcia Antunes Rocha:

> O agente público pratica atos em sua vida que não têm pertinência com a função correspondente ao cargo, função ou emprego público no qual se encontra investido, vale dizer, não são todos os seus atos praticados na sua condição de servidor público. O que exorbita daquela qualidade, ainda que

---

[197]CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 2. ed. p. 137. "*A desapropriação por necessidade pública* (utilidade pública ou interesse social), bem como a *requisição* obrigam a pessoa jurídica pública à reparação, e a própria lei estabelece as condições em que o Estado entre na posse dos bens particulares. Épocas anômalas na vida dos povos justificam o emprego de medidas excepcionais e o exercício de poderes discricionários que recaem sobre o particular, restringindo-lhe as áreas dos direitos diante do interesse público".

> ocasione dano, não terá qualquer relação obrigacional gerada para a entidade a cujo quadro ele pertença[198].

O dispositivo constitucional referido é enfático no sentido de que a responsabilidade estatal cinge-se aos danos decorrentes do comportamento de servidor quando atua no exercício de suas atividades, pois os danos que este vier a provocar a terceiros, fora da sua atividade funcional, própria de servidor público, desobriga o Estado[199].

2.4.6. A qualidade de agente na prática do ato

Quando o prejuízo é causado pelo servidor, agindo nessa qualidade, a um particular, o regime de responsabilidade para a composição do dano é o da *responsabilidade do Estado,* com a *regressividade* contra o servidor, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal[200].

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, é induvidoso o engajamento do Estado quando o dano produzido pelo sujeito o foi porque seu autor era um agente estatal. Vale dizer: porque a pessoa que o produziu detinha aquele *status* jurídico.

Não importará, de conseguinte, para efeitos de responsabilidade estatal, estabelecer se o agente atuou culposa ou dolosamente. Não importará, para tais fins, saber se os poderes que manipulou de modo indevido continham-se ou não, abstratamente, no campo de suas competências específicas. O que importará é saber se a sua qualidade de agente público foi determinante para a conduta lesiva. Se terceiros foram lesados, *em razão de o autor ser funcionário,* ocorreu o bastante para desenhar-se hipótese de responsabilidade estatal [201].

---

[198] ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 28, n. 111, pp.79-122, jul./set. 1991. p. 79-122.

[199]FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 518.

[200]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 786-787.

[201]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 983.

No dispositivo da Constituição de 67-69, utilizava-se o termo *funcionário*, alterado pela Constituição de 1988 para *agente*. Nesse sentido, Sérgio Cavallieri Filho, afirma que o termo não era apropriado porque 'funcionário', em seu sentido técnico, é somente aquele que ocupa cargo público, sujeito ao regime estatutário. Já então prevalecia o entendimento de ter sido o termo empregado em sentido amplo, para indicar *servidor* ou *agente público*, isto é, todo aquele que era incumbido da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório:

> [...] a Constituição atual, por conseguinte, ao utilizar o vocábulo *agente*, deu guarida a esse entendimento doutrinário, deixando claro que a responsabilidade do Estado subsistirá ainda que se trate de ato praticado por servidor contratado, funcionário de fato ou temporário, qualquer que seja a forma de sua escolha ou investidura [...]. Incluem-se na qualidade de *agente público* desde as mais altas autoridades até os mais modestos trabalhadores que atuam pelo aparelho estatal[202].

Na observação de Romeu Filipe Bacellar Filho,

> a expressão funcionário público é utilizada em sentido genérico, abrangendo para fins de responsabilidade todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público ou de alguma atividade estatal, seja de caráter permanente ou temporário. Ou seja, abrange tanto a pessoa que praticou o ato no exercício de atribuições públicas, quanto aquela que o consumou a pretexto de exercê-las [...]; agente público é todo aquele em condição de efetuar comportamentos imputáveis ao Estado no seu sentido amplo[203].

Constata-se, pois, que o conceito de agente público é bem mais amplo do que o de funcionário, incluídos aí os agentes políticos, os que são contratados temporariamente e também os particulares que estão em colaboração com a Administração. Entretanto, a conotação de *funcionário* continua importante, pois outros textos legais, infraconstitucionais, utilizam-na ainda[204].

Em conclusão: tem-se que a Carta Magna de 1988 foi muito clara ao estabelecer que a responsabilidade pelos danos é atribuída aos seus agentes somente quando agirem nessa qualidade ou em função dela, ou, ainda, a pretexto de exercê-la.

---

[202]CAVALLIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 250.

[203] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, n. 6, abr./jun., 2000. p. 24-27.

[204]FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Curso de direito administrativo.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 273-274. Como a Lei nº 1.533/51, art. 1º, § 1º (Lei de Mandado de Segurança); Código Penal, art. 327.

CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS

Como preâmbulo deste capítulo, oportuna a observação de José Guilherme de Souza, lembrando que três os poderes, três tipos fundamentais de atividade desenvolvidas pelo Estado: legislativa, administrativa e judiciária. Quanto às duas primeiras, importantes como o são, refogem, todavia, ao âmbito desta tese. Passemos, pois, a analisar a atividade judiciária do Estado[1].

Ao Poder Judiciário está afeta, por excelência, a edição dos atos denominados *jurisdicionais.* Trata-se dos *formais* ou *orgânicos,* manifestações típicas e inconfundíveis daquele poder, atos que, afinal, se concretizam na *sentença judiciária,* momento culminante da atividade jurisdicional do Estado.

O ato jurisdicional não esgota, entretanto, toda a atividade do poder judiciário, embora seja, repetimos, a manifestação inerente àquele poder. É que, ao lado da *função jurisdicional*, tendente à aplicação da lei ao caso concreto, sempre que ocorre *contestação,* existe outra função, de natureza administrativa, *voluntária, graciosa* ou *não contenciosa,* desenvolvida de maneira intensa no âmbito do Poder Judiciário[2].

Este capítulo trata de tema concernente à responsabilidade do Poder Público por ato jurisdicional, ou seja, ato praticado por juiz ou tribunal judiciário em sua função específica de elaboração e entrega da prestação jurisdicional, ato que, viciado, cause dano pessoal, moral ou patrimonial ao administrado.

Trata-se de tema particularmente complexo e difícil, matéria controvertida na esfera jurisprudencial e doutrinária, conforme assinalam eminentes juristas entre os quais André de Laubadère[3], Charles Debbasch[4], Georges Vedel[5] e Philippe Ardant[6], relutando os

---

[1] SOUZA, José Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária. In: *RT* 652/29.

[2] CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 99, p. 13, jan./mar. 1970.

[3]LAUBADERE, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1957. p. 493.

[4]DEBBASCH, Charles. *Droit administratif*. Paris: Editions Cujas, 1968. p. 353.

[5]VEDE, Georges. *Droit administratif*. 5. ed. Paris: PUF, 1973. p. 421-422.

juízes e tribunais pátrios a adotar essa linha de orientação, em razão principalmente: (a) dos conceitos de soberania do Poder Judiciário em sua função judicante; (b) da coisa julgada; e (c) do *status* especial do magistrado. Na verdade, a própria condição de julgadores, julgando membros da própria classe, influi, sem qualquer dúvida, em grande parte das decisões que concluem pela irresponsabilidade do Poder Público por atos danosos, praticados no exercício de sua função de dizer o Direito[7].

João Sento Sé argumenta que

> o funcionamento do serviço judiciário pode acarretar sérios prejuízos aos particulares. Uma vítima de *erro judiciário* fica no presídio muitos anos. Um acusado absolvido, estando o processo já encerrado e arquivado, permanece na cadeia durante vários meses, por desídia do magistrado. Uma pessoa, desmoralizada por um jornalista, vê prescrever, em virtude da morosidade do aparelho judiciário, a queixa-crime que contra ele ofereceu. Menores são lesados por um juiz, que, ilegalmente, requisita e se apodera de dinheiro a eles pertencente. Surge então a questão de saber se o Poder Público deve reparar os danos dessa natureza. Em outros termos: pode-se cogitar de uma responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais?[8].

Essa indagação será respondida no decorrer desta tese.

Segundo Edmir Netto de Araújo,

> as funções de elaboração do seu direito positivo, de dizer o direito aplicável a interesses em litígio, e de execução das leis e organização dos serviços públicos - legislar, judicar e administrar - constituem atributos indisponíveis da soberania de um determinado Estado, soberania esta indivisível e exercida pela referida entidade abstrata através de seus *agentes públicos.*
> Tais agentes públicos são conceituados como representantes do Estado. E, diante da indivisibilidade apontada, existem nos órgãos dos três Poderes dos Estados que possuem essa separação, e não apenas nos do Poder Executivo.
> Parece-nos, e isto será demonstrado no decorrer desta exposição, sem sombra de dúvida, que o juiz é um agente público, mais exatamente um funcionário público, quer pratique atos administrativos de sua competência, quer pratique atos jurisdicionais [9].

---

[6]ARDANT, Philippe. *La responsabilité de l'état du fait de la fonction juridictionnelle*. Paris: LGDJ, 1956. p. 135.

[7] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 11.

[8]SÉ, João Sento. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais.* São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 41-65.

[9]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Op.cit*. p. 13.

Não há espaço, aqui, para um exame detalhado da evolução histórica e dogmática do instituto, em face dos objetivos visados pela presente tese.

Todavia, é certo que vem se acentuando, mais recentemente, uma expressiva manifestação doutrinária e jurisprudencial, no sentido do reconhecimento da responsabilidade do Estado pelos danos consequentes de suas falhas e omissões na prestação jurisdicional.

É certo, também, que a Comissão Revisora da Constituição de 1988, em seus trabalhos realizados em 1992, propôs *expressamente* que se introduzisse, no art. 95, parágrafo afirmando a responsabilidade civil do Estado por atos dos juízes.

Consta do Relatório apresentado pelo então Deputado Nélson Jobim: "Estamos propondo, com a inclusão de novo parágrafo no art. 95 do texto constitucional, a instituição da responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a terceiros por juízes, no exercício de suas funções, assegurando-se o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou fraude". Parece-nos que já seja tempo de afastar, entre nós, a tese da irresponsabilidade do Estado por atos dos juízes, predominante ainda hoje tanto em doutrina quanto na jurisprudência firmada nos tribunais. Esta a lição do Desembargador Ruy Rosado Aguiar Júnior, em seu estudo sobre o tema, publicado na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*:

> Nos últimos anos está surgindo movimento vigoroso em favor da ampliação do conceito [responsabilidade civil do Estado por atos dos juízes], por motivos de ordem política e razões de ordem jurídica. Do ponto de vista político, porque a marcha para a plena realização do Estado de Direito – aspiração que a todos deve orientar – impõe a gradual extinção da ideia da irresponsabilidade, quando resquício de privilégios antes concedidos a classes e pessoas para mantença de poderes e benefícios injustificáveis à luz do Estado moderno, democrático, igualitário e solidário. Juridicamente, porque o ato estatal praticado através do juiz não se distingue ontologicamente das demais atividades do Estado, estas geradoras do dever de indenizar uma vez presentes os requisitos. Isto é, o Estado-juiz é uma fração do Poder Público que pode, através de seu agente, nessa qualidade, causar dano injusto, não havendo razão jurídica para impor ao lesado o sofrimento do prejuízo daí decorrente[10].

[10]AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul apud* CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 594-595.

No mesmo sentido, José de Aguiar Dias, quando afirma categoricamente que a absoluta irresponsabilidade do Estado está, como já acentuamos, definitivamente prescrita *(sic)* como doutrina[11].

E, nessa mesma linha de raciocínio, José de Aguiar Dias cita Edmir Netto de Araújo, dizendo que esse autor demonstra, literalmente, a teoria segundo a qual o Estado não responde pelos danos oriundos dos atos jurisdicionais, e mostra, com abundância de argumentos, que o juiz é funcionário público *lato sensu,* incluído, por isso mesmo, na acepção a que o art. 37, § 6º, da Constituição de 1988 se refere ao estatuir a responsabilidade estatal com base no risco, segundo o qual "havendo dano ao particular, e configurando inequivocadamente o nexo causal (Estado – omissão ou ação do dano do administrado), observadas as excludentes de responsabilidade [...] isto será suficiente para o estabelecimento da obrigação indenizatória da Administração Pública" (Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, p. 34) .[12]

Como bem observa Cármen Lúcia Antunes Rocha (repetindo a sua posição já exposta anteriormente), a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado não persegue a natureza do comportamento estatal do qual tenha decorrido o dano para que se imponha como obrigação inafastável do Estado. Qualquer que seja o comportamento, desde que dele decorra dano a alguém e que se comprove o elo causal entre aquela conduta e a lesão ou violação de direitos, ensejará a responsabilidade. Seja, pois, o ato estatal de natureza administrativa, legislativa ou jurisdicional [13].

E a mesma autora adverte:

> Não se excluem, por qualquer argumento ou fórmula mágica que tentasse criar espaço inexpugnável ao direito do indivíduo de se ver a salvo de condutas danosas do Estado, os atos legislativos e os judiciais. Todavia, quando se cuida de erro judiciário ou de restrição ao direito à liberdade de locomoção, a gravidade do comportamento estatal patenteia-se pela natureza

---

[11] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil.* XI. ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2006. p. 784.Conforme consta do texto.

[12] Id., Ibid., p. 878.

[13]ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 28, n. 111, pp.79-122, jul./set. 1991. p. 117.

> do direito ofendido e põe-se, de modo inquestionável e salientado constitucionalmente, a garantia da responsabilidade estatal [14].

Negar indenização às vítimas importa em negar a própria missão do Poder Judiciário, já que sua função é a de semear a justiça. Daí não se conceber que, sob o manto de uma arcaica teoria da irresponsabilidade, os atos jurisdicionais danosos injustos fiquem sem reparação.

No mesmo sentido, afirma Lúcia Valle Figueiredo:

> Quanto a nós, não vemos empeços para responsabilizar o Estado por atos praticados por uma de suas funções, a judiciária. Efetivamente, encarna o Judiciário também a figura do agente público, de alguém que diz o Direito em normas concretas e por conta do Estado. Se assim é, dentro de certas comportas, que o regime jurídico da função postula, há de ser também responsabilizada na hipótese de lesão [15].

Portanto, são objeto de análise, aqui, quer a atividade jurisdicional, quer a judiciária, em sentido amplo, desde que operacionalizada pelo juiz. A atividade judiciária exercida pelo juiz compreende a atividade jurisdicional e a não jurisdicional.

3.1. DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

Hely Lopes Meirelles sustenta ainda a tese da irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, dizendo que o *ato jurisdicional típico*, que é a sentença ou decisão, enseja a responsabilidade civil da Fazenda Pública, nas hipóteses do art. 5º, LXXV, da CF/88. Nos demais casos, tem prevalecido, no STF, o entendimento de que ela não se aplica aos atos do Poder Judiciário e de que o erro judiciário não ocorre quando a decisão judicial está suficientemente fundamentada e obediente aos pressupostos que a autorizam. Ficará, entretanto, o juiz individual e civilmente responsável por dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providências de seu ofício, nos expressos termos do artigo 133 do Código de Processo Civil, cujo ressarcimento do que foi pago pelo Poder Público deverá

---

[14]ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 28, n. 111, pp.79-122, jul./set. 1991. p. 117.

[15]FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Curso de direito administrativo.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 287.

ser cobrado em ação regressiva contra o magistrado culpado. Porém, nos casos do referido art. 5º, LXXV, a responsabilidade pelo dano é do Estado, não do juiz[16].

Justificando essa posição, entende que

> quanto aos *atos legislativos* e *judiciais*, a Fazenda Pública só responde mediante a comprovação de culpa manifesta na sua expedição, de maneira ilegítima e lesiva. Essa distinção resulta do próprio texto constitucional, que só se refere aos *agentes administrativos (servidores)*, sem aludir aos *agentes políticos (parlamentares* e *magistrados)*, que não são *servidores* da Administração Pública, mas sim membros de Poderes de Estado [17].

Como já exposto por Edmir Netto de Araújo, o juiz não é um *agente político*, porque não é integrante da alta esfera da Administração, eleito ou nomeado em comissão, em termos transitórios. Todavia, se prestar serviços de natureza profissional, não eventual, com vínculo de dependência para com o Estado, esse agente será catalogado como *Servidor Público* em sentido amplo, como se entendia antes das ECs ns. 19/98 e 20/98.

Assim, pode-se ver facilmente que o juiz *não* é um *agente político*, como outrora se alegou, pois este último, como vimos, tem a vocação de *transitoriedade* para o exercício do cargo, em comissão ou eletivo.

Portanto, o magistrado é, sem dúvida, catalogado como *funcionário público*, em sentido tradicional, ou *servidor público em sentido estrito*, no entendimento constitucional atual.

Essa é a posição da maioria dos juristas brasileiros, mesmo daqueles que ainda relutam em admitir a integral responsabilidade do Estado em decorrência de atos jurisdicionais, na atualidade [18].

Esse é o mesmo entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando expõe que *servidor público*, como se pode depreender da Lei Maior, é a designação genérica ali utilizada para englobar, de modo abrangente, todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho *profissional* com entidades governamentais, *integrados em cargos ou empregos* da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público. Em suma: são os que entretêm *com o Estado e com as pessoas de Direito Público da*

---

[16]MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 707-708.

[17] Id., Ibid., p. 707 (grifos do autor).

[18] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 831-833.

Administração indireta relação de trabalho de natureza *profissional* e caráter não eventual *sob vínculo de dependência* [19].

No que diz respeito à classificação dos agentes públicos, Celso Antônio Bandeira de Mello aponta os *agentes políticos*, dizendo que são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores [20].

Entre os *servidores públicos, estritamente considerados estão os titulares de cargos públicos* na Administração Direta (anteriormente denominados funcionários públicos), nas autarquias e fundações de Direito Público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como no Poder Judiciário e na esfera administrativa do Legislativo [21].

Nelson Nery Júnior assume posição contrária ao entendimento de Hely Lopes Meirelles, ao expor que

> 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 juiz o dever de indenizar, pode acarretar, em tese, esse dever para o poder público (CF, 37, § 6º)[22].

Como se demonstrou efetivamente e com robustos argumentos, o juiz é, de fato, *agente público*, e não *agente político.*

A responsabilidade civil do Estado por atos judiciais é matéria que tem suscitado acesos debates. Trata-se de tema complexo e, sem nenhuma dúvida, de grande atualidade.

---

[19] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.242-243.

[20] Id., Ibid., p.241-242.

[21] Id., Ibid., p. 243.

[22] NERY JÚNIOR, Nélson. *CPC e Legislação Processual Civil extravagante em vigor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, art. 133, nºs. 1 e 2. p. 612-613.

Prevalece, na jurisprudência pátria, o ponto de vista segundo o qual o Estado, em relação aos atos dos membros do Poder Judiciário, apenas responde civilmente nos casos expressamente declarados em lei, como ocorre na hipótese do art. 630 do Código de Processo Penal.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a tese da irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais típicos praticados por juízes (atos judiciais) estava fundada nos argumentos de que o Poder Judiciário seria dotado de uma soberania que não se compatibilizaria com a responsabilização; a necessidade de independência que devem ter os juízes ao agir não poderia ser ameaçada pelo temor de serem responsabilizados por suas decisões; os juízes não seriam funcionários públicos, e somente estes estariam sujeitos à disciplina da responsabilidade do Estado; a responsabilização infringiria a regra da imutabilidade da coisa julgada, porque implicaria no reconhecimento de que a decisão foi proferida com violação da lei[23].

É a tese da irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais que efetivamente prevaleceu de início: Amaro Cavalcanti, *Responsabilidade Civil do Estado*, 1905, II/446; Pedro Lessa, *Do Poder Judiciário*, 1915, p. 163 e seguintes; Ruy Cirne Lima, *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, 1954, p. 202; José Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, 1954, II/635.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, ainda mantém o seu velho ponto de vista de que o Estado, em relação aos membros do Poder Judiciário, responde apenas nos casos expressamente declarados em lei.

Fora da hipótese da reparação do *erro judiciário*, de longa tradição no direito brasileiro, predomina a regra da irresponsabilidade do Poder Público por atos judiciais, por atos dos juízes.

Nesse sentido, João Sento Sé afirma que "a imunidade é reconhecida, frequentemente, sob o argumento de que os magistrados são *órgãos da soberania nacional*. De outras vezes, ela é justificada com base na *independência do Poder Judiciário*, ou na *autoridade da coisa julgada*" [24].

---

[23]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 662.

[24]SÉ, João Sento. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Bushatsky, 1976; p. 41-65.

A doutrina, entretanto, tem evoluído no sentido de refutar essa tese de irresponsabilidade, já que seus fundamentos, verdadeiramente, não se sustentam[25].

Segundo Yussef Said Cahali, o que se tem como certo, contudo, é que se vem acentuando, mais recentemente, uma expressiva manifestação doutrinária, com reflexos antecipatórios na jurisprudência, no sentido do reconhecimento da responsabilidade do Estado pelos danos consequentes de suas falhas e omissões na prestação jurisdicional [26].

Iremos demonstrar que não há necessidade de lei que estabeleça a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. Entendemos que a obrigação de indenizar não precisa vir expressa em lei, como na hipótese do erro judiciário ou daquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença, a teor do art. 5º, LXXV da Constituição Federal de 1988, pois o artigo 37, §6º, da CF, aplica-se aos juízes, ou ao serviço judiciário, anonimamente considerado.

3.1.1. O falso dogma da irresponsabilidade civil do Estado-juiz

Afirma-se que o Poder Judiciário é soberano, motivo pelo qual o Estado está desobrigado de reparar os danos provenientes dos seus atos. Recorre-se, ainda, para explicação da imunidade, à independência dos magistrados. Invoca-se, também, como razão do privilégio, a autoridade da coisa julgada, e o argumento de que o Juiz não é funcionário público, na acepção jurídica do termo, ou agente público.

Ousamos discordar da doutrina tradicional e da antiga posição do Supremo Tribunal Federal, que ainda reluta em aceitar a responsabilidade do Estado por atos do Poder Judiciário. Analisaremos os aspectos do emaranhado tema, refutando, um a um, os fundamentos da posição que defende a irresponsabilidade estatal por atos dos magistrados, na qualidade de agentes públicos, e contamos com a posição de admiráveis companhias nessa empreitada.

---

[25]GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público.* Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 210-211.

[26] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 470.

Como já foi comentado linhas atrás, o Supremo Tribunal Federal já vem admitindo a responsabilidade do Estado por atos de seus agentes, inclusive os do Poder Judiciário, superando daí o velho entendimento de que o Estado só responde civilmente por atos dos membros do Poder Judiciário nos casos previstos em lei, citando, inclusive, a hipótese de indenização pelo Estado no caso do artigo 630 do Código de Processo Penal.

As considerações feitas ao longo desta tese autorizam a conclusão de que não se justifica essa exigência de texto expresso[27].

3.1.2. Argumentos que refutam a responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais e sua crítica

3.1.2.1. O Poder Judiciário é soberano, exercendo suas funções acima da lei, não empenhando a sua atuação a responsabilidade do Estado

No que diz respeito à soberania, José Cretella Júnior aponta diversos autores estrangeiros e nacionais que demonstram que a soberania é atributo do Estado, e não dos poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), sobrelevando a posição de Léon Duguit, o qual diz que "Se a soberania é uma realidade, ela não se manifesta de modo mais intenso no ato administrativo, e se ela não se opõe à responsabilidade do Estado administrador, não há motivo para que se oponha à responsabilidade do Estado Juiz" (*Traité de droit constitutionnel*, 2. ed. vol. III, p. 499)[28].

Com relação à soberania, Maria Sylvia Zanella Di Pietro refuta esse argumento dizendo que seria o mesmo para os demais poderes; a soberania é *do Estado* e significa a inexistência de outro poder acima dele; ela é una, aparecendo nítida nas relações externas com outros Estados. Os três Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – não são soberanos, porque devem obediência à lei em especial à Constituição. Se fosse aceitável o argumento da

---

[27] SÉ, João Sento. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 77.

[28] CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 99, p. 13-32, jan./mar. 1970. p. 21.

soberania, o Estado também não poderia responder por atos praticados pelo Poder Executivo, em relação aos quais não se contesta a responsabilidade[29].

No mesmo sentido, João Sento Sé:

> A soberania do Poder Judiciário não desobriga o Estado de indenizar os prejuízos oriundos dos seus atos: (a) porque é uma concepção ultrapassada a de que existe antinomia entre a responsabilidade e a soberania; (b) porque, a prevalecer o argumento, a prerrogativa não seria apenas do Judiciário, mas também do Executivo, em relação ao qual ninguém sustenta, hoje, o privilégio[30].

Maria Emília Mendes Alcântara afirma que a soberania deve ser reconhecida ao Estado como unidade e não a qualquer de seus poderes. No Estado de Direito inexiste um poder que, à diferença dos demais, seja em si mesmo soberano[31].

Como observou o Min. Aliomar Baleeiro, "[...] o Poder Judiciário não será responsável se nós acobertarmos com o manto da indulgência, ou com essa figura misteriosa da soberania do Estado – para usar a expressão de Duguit – a falta, culpa ou dolo dos juízes" [32].

Os que invocam tal argumento aduzem que a função jurisdicional é uma manifestação da soberania do Estado. Assim, o Poder Judiciário, no exercício de suas funções, era colocado em uma posição de *supra legem.*

Para Odoné Serrano Júnior, tal argumento representa um pedantismo arcaico que, ao invés de salvaguardar o prestígio do Poder Judiciário, o transforma em um "monstro", isento do controle da sociedade.

O "monstro judiciário" que pode tudo, posto que intocável e imbatível, não é a figura que queremos enxergar ao lembrarmos do Estado-Juiz.

---

[29]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 662- 663.

[30]SÉ, João Sento. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 99-103.

[31]ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade civil do estado por atos judiciais.* Curitiba: Juruá, 1996. p. 27-28.

[32]BALEEIRO, Aliomar. RE 70.121 – STF – Relator Min. Djaci Falcão. Ementa: "O Estado não responde civilmente pelos atos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário, salvo nos casos expressamente declarados em lei, porquanto a administração da justiça é um dos privilégios da soberania". RDA, 114/298.

Ao revés, ao lembrarmos do Poder Judiciário, queremos lembrar do valor justiça, da virtude de ponderação, independência, maturidade e, principalmente, do valor responsabilidade.

Cada vez que o argumento da soberania absoluta do Poder Judiciário é invocado, quer-se ressuscitar das tumbas a vetusta e já mofada filosofia do "*The king can do no wrong*".

A soberania não é um atributo exclusivo do chamado Poder Judiciário; ela é um atributo da pessoa jurídica do Estado, de forma una, indivisível e inalienável. Soberano é o Estado e não seus órgãos administrativos, legislativos e judiciários[33].

Segundo José Cretella Júnior,

> não militam a favor da irresponsabilidade do Estado, por atos judiciais, nem o argumento da *soberania*, nem o da *incontrastabilidade da coisa julgada*, em primeiro lugar porque soberano é o Estado, em segundo lugar porque a *coisa julgada* pode ser atacada no cível pela rescisória, ou pela revisão no crime [34].

Na observação de Léon Duguit[35]:

> *si la souveraineté est une réalité, elle ne se manifeste pas d'une manière plus intense dans l'acte jurisdictionnel que dans l'acte administratif, et si elle ne s'oppose pas à la responsabilité de l'Etat administrateur, il n'y a pas de raison qu'elle s'oppose à la responsabilité de l'Etat juge [36].*

Este argumento de soberania, nos dias de hoje, conforme assinala Philippe Ardant, "*ne constitue plus qu'un argument de musée*"[37]. Ainda, nas palavras de João Sento Sé, "não se diga que, sendo o Poder Judiciário soberano, o Estado está desobrigado de indenizar os prejuízos provenientes dos seus atos. Esse argumento não resiste à menor análise"[38].

---

[33]SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do estado por atos judiciais.* Curitiba: Juruá, 1996. p. 135.

[34]CRETELLA JÚNIOR., José. *O Estado e a obrigação de indenizar.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 260 (grifos do autor).

[35]DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Boccard, 1930. v. 3, p. 537.

[36] Se a soberania é uma realidade, ela não se manifesta de modo mais intenso no ato jurisdicional do que no ato administrativo, e se ela não se opõe à responsabilidade do Estado-administrador, não há razão para que se oponha à responsabilidade do Estado-juiz (tradução livre).

[37]ARDANT, Philippe *La responsabilité de l'état du fait de la fonction juridictionnelle*. Paris: LGDJ, 1956. p. 179.

[38]SÉ, João Sento. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 78.

Eis a observação de Lafayette Ponde, que fulmina o argumento da soberania:

> Relativamente aos atos judiciários, ninguém pode hoje acobertá-los de imunidade, sob pretexto de serem expressão de *soberania*. Este argumento provaria de mais, porque daria com a irresponsabilidade mesmo da administração e do Legislativo, já que o Judiciário não é um super-poder colocado sobre estes dois. Aquela arguição é destituída de todo e qualquer fundamento jurídico. O serviço judiciário é um setor de funcionamento do Estado, como o são todos os demais serviços públicos: distingue-se deste tão só pela função jurisdicional, que preferentemente ele exerce. Isto, porém, não o eleva acima da ordem jurídica, a cuja fiel e exata aplicação ele se destina. E, até mesmo por esta sua destinação específica, os danos que ele cause devem ser mais prontamente reparados, para que não permaneça sem remédio a violação sofrida pela vítima, que buscaria sedenta de justiça [39].

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz afirma:

> A soberania, no Estado de Direito, é reconhecida à Nação e não a qualquer de seus poderes, em si mesmo. Mesmo que se admitisse a soberania do Judiciário, este fato não exonera o Estado do dever de ressarcir danos causados por atos judiciais, por não haver autonomia entre soberania e responsabilidade, pois soberania não quer dizer infalibilidade ou irresponsabilidade[40].

A soberania, cabe lembrar, é atributo do Estado e não pode ser confundida com atuação arbitrária, ilegal e inconstitucional dos poderes. A admitir essa tese, que por vezes prevalece nos tribunais, inclusive no Supremo Tribunal Federal, não seria o caso de se indagar se soberanos também não são os poderes Legislativo e Executivo? Admitida a tese, não seriam acaso os demais poderes também soberanos? A questão é, nesse aspecto, mal compreendida. Não há que se confundir independência com soberania, visto que nenhum exercício de soberania pode se sobrepor à Constituição da República.

Assim, para concluir, podemos afirmar que o argumento da soberania, se fosse aceito nos limites em que alguns autores o colocaram e defenderam, levaria à irresponsabilidade total do Estado por seus atos e não apenas pelos atos judiciais.

---

[39]PONDÉ, Lafayette. Da responsabilidade civil do Estado por atos do Ministério Público. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, n. 152, p. 44, 1952; In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade da Bahia*. Salvador, v. 28, p. 174-188, 1953.

[40]DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 7, p. 443.

3.1.2.2. A independência dos juízes como fator de irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais

Segundo Maria Emília Mendes Alcântara, outro argumento, ligado ao da soberania, em favor da irresponsabilidade do Estado por ato jurisdicional vem a ser a independência da magistratura. Os juízes devem agir com absoluta independência, não se submetendo a qualquer espécie de pressão que possa entorpecer-lhes a autonomia funcional, tornando-os temerosos de sentenciar pelas consequências que daí poderiam advir.

Parece-nos que esse argumento pode servir para demonstrar exatamente o contrário: precisamente porque a responsabilidade seria do Estado e não do juiz é que a independência deste estaria assegurada[41].

A independência, por sua vez, também não pode justificar que se coloquem os atos jurisdicionais ao abrigo da responsabilidade do Estado. Acaso não seriam então também independentes os demais poderes?

Mônica Nicida Garcia diz que o mesmo raciocínio em relação à soberania aplica-se, também, à independência dos juízes, já que essa independência deve pautar a atuação de outros agentes públicos – especialmente os agentes políticos – como os parlamentares e os ocupantes de cargos eletivos do Poder Executivo – sem que isso signifique sua subtração da esfera de responsabilidade civil[42].

É a mesma posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, argumentando que a ideia de *independência* do Judiciário também é inaceitável para o fim de excluir a responsabilidade do Estado, porque se trata de atributo inerente a cada um dos Poderes. O mesmo temor de causar dano poderia pressionar o Executivo e o Legislativo[43].

---

[41]ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 28.

[42]GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público.* Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 212.

[43]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 663.

Para João Sento Sé[44],

> a independência dos magistrados é apontada, às vezes, como razão da imunidade: se eles fossem obrigados a reparar os prejuízos causados, ficariam tolhidos na sua liberdade de aplicação do Direito. Ardant informa que o argumento, formulado antigamente a respeito de outros serviços, envelheceu, sendo desprezado nos nossos dias. Schwartz, por seu turno, nota que uma consideração daquela natureza pode ser feita com igual força quanto aos agentes da Administração, já muito censurada por falta de iniciativa. Salta aos olhos a improcedência do argumento.

De fato, os magistrados são independentes no exercício de suas funções, da judicatura, mas essa circunstância não impede que o Estado seja responsabilizado por seus atos danosos, nem obsta a responsabilização pessoal daqueles, quando obrarem com dolo ou com culpa. Além do mais, o jurisdicionado não pode intentar uma ação diretamente contra o magistrado, mas, sim, contra o Estado, se houver sofrido um dano pela atividade jurisdicional. Desse modo, o juiz só será incomodado na via de regresso, em ação indenizatória autônoma, ajuizada pelo Estado, e ainda assim, quando se vislumbrarem indícios de que agiu com dolo ou com culpa, e apenas nesses casos, consoante a regra consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 [45]. No ponto, a posição de Maria Helena Diniz:

> A independência da magistratura não é argumento viável para afirmar a irresponsabilidade do Estado, pois é precisamente porque a responsabilidade seria do Estado e não do juiz que a independência deste estaria assegurada. Não há oposição entre a independência do juiz e a responsabilidade estatal, uma vez que esta não atinge, de modo algum, a independência funcional do magistrado[46].

Por outro lado, o argumento da independência da magistratura é também parcial. Isto porque ele só serviria, se impeditivo fosse, para justificar a irresponsabilidade pessoal do juiz, nunca para afastar a responsabilidade do Estado por ato do seu agente: *in casu* o magistrado[47].

---

[44]SÉ, João Sento. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 80-81.

[45]SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 127.

[46]DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 7 v. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 443.

[47]SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais.* Curitiba: Juruá, 1996. p.128-9.

3.1.2.3. O magistrado não é funcionário público

Juiz, como veremos, é um agente público, também um servidor público e mesmo um funcionário público, segundo a regra consagrada no art. 37, § 6º, da CF.

Agente público é todo aquele que, sob qualquer categoria ou título jurídico, desempenha função ou atividade considerada pelo Estado como pertinente à sua condição e prerrogativa de Poder Público. Aquele que desempenha atividade estatal, enquanto o fizer, será um agente público.

Segundo José Cretella Júnior[48], embora complexo, suscitando muita controvérsia entre os administrativistas, o tema da obrigação de indenizar por parte do Estado, em decorrência de atividades judiciais, quer jurisdicionais, quer não-jurisdicionais (administrativas), não há a menor dúvida de que a matéria é administrativa, porque se trata de serviço público – aspecto material –, desempenhado por agente do Estado, já que o magistrado é, sem sobra de dúvida, *funcionário público*.

Nota Edmir Netto de Araújo que

> não procede, absolutamente, o argumento de que o juiz não seria um funcionário público, por isso estaria eximido o Estado da ação de ressarcimento, pois, como ficou demonstrado, o juiz é, na verdade, um funcionário público, com todas as letras. E mesmo que não o fosse, catalogando-o de outra forma, pelo menos agente público seria, e isto seria suficiente para que a norma geral constitucional de responsabilidade estatal fosse normalmente aplicada[49].

Complementando essa ideia, Edmar Vianei Marques Daut ressalta que a posição tanto da jurisprudência como da doutrina foi acolhida pelo legislador constituinte, que inseriu a expressão *agente* em substituição à de *funcionário*, como se observa em seu comentário:

> A utilização de expressão *agentes* também serviu para consolidar a ideia de que a responsabilidade do Estado abrange outros atos que não os do Poder Executivo, uma vez que é indicativa do gênero. Engloba, além dos servidores públicos em geral e autárquicos, outras pessoas que não são funcionários públicos em sentido estrito, os agentes políticos, tais como: o

---

[48]CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 142.

[49]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 67.

> governador, o prefeito municipal, seus secretários, os juízes de Direito, os senadores, os deputados e os vereadores, os agentes honoríficos, como por exemplo, os mesários eleitorais e os jurados, os agentes delegados, entre os quais se incluem os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os leiloeiros e tradutores públicos e os serventuários de ofícios não-estatizados e, ainda, os agentes credenciados [50].

Nesse tema, oportuna a citação, mais uma vez, do voto do Ministro Aliomar Baleeiro:

> Assim, a meu ver, o art. 105 da C.F. de 1967 abarca em sua aplicação os órgãos e agentes do Estado, como os chefes do Poder Executivo, os Ministros e Secretários do Estado, os Prefeitos, ainda que não sejam funcionários no sentido do Direito Administrativo. E, com maior razão, também os juízes, como agentes do Estado para a função jurisdicional deste, que os coloca sob regime especial de garantias no interesse de tal função. Esse regime especial e a natureza específica de sua atividade não lhe tiram o caráter de funcionário, *lato sensu*[51].

Observa Edmir Netto de Araújo[52], que como reflexo da posição teórica por cada um assumida, pugnando pela irresponsabilidade do Poder Público na prática de atos jurisdicionais defeituosos, muitos juristas e magistrados têm procurado contestar a incidência dessa responsabilidade, através dos mais variados argumentos.

Época houve, inclusive, em que se procurava afastar essa ideia, fundamentando-se na assertiva de que os juízes não seriam, de forma alguma, mas especialmente para fins de responsabilidade estatal, "representantes" ou "prepostos" [53] do Estado, mas órgãos da soberania nacional, independentes. Assim, não seriam também[54] funcionários públicos.

---

[50] DAUT, Edmar Vianei Marques. Pressupostos da responsabilidade civil do Estado. In: *Revista Justiça do Direito*, São Paulo, v. 9, n. 9, p. 180-181, 1996.

[51] BALEEIRO, Aliomar. RE 70.121 – STF - Relator Min. Djaci Falcão, Ementa: "O Estado não responde civilmente pelos atos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário, salvo nos casos expressamente declarados em lei, porquanto a administração da justiça é um dos privilégios da soberania", RDA, 114/298.

[52] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 132.

[53] Acórdão do STF, de 29.10.1926, em *Revista do Direito*, v. 86, p. 536: "Não é a União civilmente responsável pelas decisões contenciosas ou administrativas, proferidas pelo Poder Judiciário, porque este não é representante ou preposto dela, mas um dos órgãos da soberania nacional".

[54] Decisão do juiz Cunha Mello, em 9.1.1936, *Arquivo Judiciário*, v. 37, p. 274: "Mas sendo assim, como de fato é, não se configure na hipótese um caso de responsabilidade civil do Estado que, em regra, apenas responde por culpa ou negligência de seus funcionários ou prepostos, e, como tais, a melhor doutrina, sufragada entre nós pela jurisprudência, não conceitua os julgadores membros do Poder Judiciário".

É óbvio que, frente à Constituição Federal em vigor, esse tipo de alegação não mais ocorre. O juiz é, claramente, em nosso direito positivo, um funcionário público.

Argumenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que

> Quanto a não ser o juiz funcionário público, o argumento não é aceitável no direito brasileiro, em que ele ocupa cargo público criado por lei e se enquadra no conceito legal dessa categoria funcional. Ainda que se entendesse ser ele agente político, seria abrangido pela norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que emprega precisamente o vocábulo *agente* para abranger todas as categorias de pessoas que, a qualquer título, prestem serviços ao Estado[55].

Segundo Luiz Antonio Soares Hentz[56], age em nome do Estado na distribuição da Justiça o juiz, assim chamados os integrantes dos órgãos singulares e colegiados de Jurisdição. Por atuar em nome do Estado, o Juiz é tido por agente público, categoria que o coloca como passível de responsabilização pelos danos causados aos particulares (art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988).

Oreste Nestor de Souza Laspro, ao abordar o tema da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do atual art. 133 do Código de Processo Civil, e depois de lembrar que parte da doutrina manifesta-se no sentido da inconstitucionalidade de todas as normas infraconstitucionais que preveem a responsabilidade direta do juiz, aponta que já à luz da Constituição de 1967 e após a promulgação do Código de Processo Civil e da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, entendia Edmir Netto de Araújo[57] que o texto constitucional era expresso no sentido de determinar que a vítima da atividade jurisdicional deve demandar em face do Estado, cabendo tão-somente a este o direito de regresso em caso de culpa. Segundo este autor, somente a relutância injustificada de nossos magistrados em aceitar a inequívoca aplicação do art. 107 da Emenda Constitucional nº. 1, de 1969, à Constituição de 1967 (equivalente ao art. 37, § 6º, da atual Constituição) à atividade jurisdicional é que mantém a discussão em torno da extensão dessas normas infraconstitucionais.[58]

---

[55]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 663 (grifos do autor).

[56]HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: Leud, 1996. p. 94.

[57] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 59 ss.

[58]LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: RT, 2000. p. 266.

Oreste Nestor de Souza Laspro[59] cita mais um trecho da obra de Edmir Netto de Araújo, nos seguintes termos:

> não é lícito ao legislador ordinário restringir onde a Constituição não o faz, e muito menos inovar sobre o direito explicitado na Lei Magna, especialmente quando essa inovação se opõe frontalmente ao sistema de responsabilização que a Constituição preconiza, como é o caso do art. 107 do texto constitucional vigente em confronto com o citado dispositivo da lei processual, que é posterior[60].

Edmir Netto de Araújo [61], já mesmo antes da Constituição Federal de 1988, deslindou a noção de agente público mediante a exposição de suas características: a titularidade de um cargo, a investidura legal, a posse e a sujeição a regime jurídico de direito público. Apontou a presença dessas condições na figura do juiz, colocando-o entre os agentes públicos e, por fim, o enquadrou na categoria de funcionário público contida no art. 107 da Constituição Federal de 1969.

"Assim sendo, é inquestionável que o juiz atua em nome do Estado, pertencendo à categoria dos agentes públicos, cuja noção é perfeitamente adequada à figura a que alude a nova redação que a Constituição Federal de 1988 deu à regra da responsabilidade estatal, no § 6º do art. 37" – concluiu Luiz Antonio Soares Hentz[62].

Novamente, aqui, convém repetir e enfatizar a posição de Edmir Netto de Araújo. Este autor demonstra, literalmente, e mostra, com abundância de argumentos, que o juiz é funcionário público *lato sensu*, incluído, por isso mesmo, na acepção a que o art. 37, § 6º, da Constituição de 1988 se refere ao estatuir a responsabilidade estatal com base no risco, segundo o qual "[...] havendo dano ao particular, e configurando inequivocadamente o nexo causal (Estado – omissão ou ação do dano do administrado), observadas as excludentes de

---

[59]LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: RT, 2000. p. 29.

[60] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.p. 63.

[61]Id. Ibid., p. 49-50.

[62]HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: Ed. Leud, 1996. p. 97.

responsabilidade [...] isto será suficiente para o estabelecimento da obrigação indenizatória da Administração Pública"[63].

Conforme relata Maria Emília Mendes Alcântara,

> há quem sustente a irresponsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais pelo fato de o artigo 133 do Código de Processo Civil ter firmado a responsabilidade civil do juiz, quando o mesmo tenha agido com dolo ou fraude. Isto poderia induzir à errônea conclusão de que se o Código de Processo Civil estabeleceu a responsabilidade pessoal do juiz foi porque pelos atos deste é irresponsável o Estado [64].

E a mesma autora conclui que o art. 133 do CPC é mera repetição do art. 121 do Código de 1939, entendendo que [o período que decorreu entre a vigência do Código de 1939 e a promulgação da Constituição Federal de 1946] poder-se-ia, de alguma forma, aceitar o entendimento supra, mas a partir do art. 194 da Constituição de 1946, sendo sua opinião que o art. 121 do CPC de 1939 teve a sua eficácia paralisada. O que não se compreende é que o atual Código contenha idêntico dispositivo fazendo total e absoluta abstração do texto constitucional[65].

Juary C. Silva tem idêntico entendimento e posição, dizendo que juridicamente, a contraposição entre um dispositivo constitucional e um ordinário se resolve em detrimento deste, pois do contrário se obliteraria o discrímen entre a Constituição e as leis ordinárias. Em relação ao Código de Processo Civil de 1939, tivemos o ensejo de sustentar que o art. 121 daquela codificação foi revogado pelo art. 194 da Constituição de 1946, promulgada posteriormente, visto como, em nosso entendimento, o problema da constitucionalidade só se coloca no atinente aos dispositivos posteriores à Constituição; os anteriores não poderiam conflitar com o texto constitucional não existente ao tempo em que foram editados, devendo assim entender-se que são revogados pela entrada em vigor de dispositivo constitucional em sentido diverso a seu enunciado[66].

---

[63]ARAÚJO, Edmir Netto de. Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1981, p. 34. Essa posição de Edmir Netto de Araújo também é acolhida por DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. XI. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p.878.

[64]ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 29.

[65]Id., Ibid., p. 29.

[66]SILVA, Juary C. *Responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 218-219.

No que concerne ao art. 133 do atual Código de Processo Civil, completa o mesmo autor, o problema que surge, portanto, é o da inconstitucionalidade, por isso o novo Código, ao ser editado em 1973, encontrou em vigor dispositivo constante da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda n. 1, de 1969. Despiciendo, pois, o perquirir no caso se esta Emenda tem a natureza de nova Constituição, ou se apenas deu outra redação ao texto originário, porque em qualquer dessas hipóteses o dispositivo constitucional é anterior ao novo Código de Processo Civil.

Cuida-se aí, por conseguinte, a nosso ver, de inconstitucionalidade, na medida em que o art. 133 do Código de Processo Civil dispôs de modo diverso sobre matéria já disciplinada na Constituição[67]: a inconstitucionalidade do art. 49, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN).

Ora, se o art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional repete o texto do art. 133 do atual Código de Processo Civil, dito dispositivo, pelas razões acima expostas, também é inconstitucional, pela mesma razão, uma vez que dispõe diversamente sobre o assunto já disciplinado pelo art. 107 da Constituição[68].

Rui Stoco, todavia, com fortes argumentos, refuta essa posição, dizendo que:

> Cabe obtemperar, contudo, que o legislador não foi redundante, nem inseriu no preceito do art. 133 do CPC e do art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional palavras inúteis. Se dispôs que a responsabilidade do juiz é pessoal quando agir: (I) com dolo ou fraude e quando (II) recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo a prática de ato, temos que se a culpa em sentido estrito não estivesse incluída na previsão o item 11 seria dispensável [69].

Odoné Serrano Júnior entende que o dispositivo do art. 133 do CPC contempla a responsabilidade pessoal do magistrado por seus atos funcionais, sendo confirmado pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC nº 35/79), que repetiu a regra em seu art. 49, com irrelevantes variações de redação.

Porém, não se pode olvidar que dentro da sistemática do art. 37, § 6º, da CF, que estabelece a responsabilidade primária do Estado por atos de seus agentes, os dispositivos do

---

[67] SILVA, Juary C. *Responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 218-219.

[68] Id., Ibid., p. 218-219.

[69] STOCO, Rui. *Responsabilidade civil do Estado por erro judiciário*. Disponível em: www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5112.htm. Acesso em: 02 dez. 2011.

art. 133 do CPC e art. 49, da LOMAN hão de ser invocados somente por ocasião da ação de regresso, movida pelo Estado contra o magistrado faltoso [70].

Estamos nos referindo à inconstitucionalidade em tese; o art. 133 do Código de Processo Civil não foi até hoje objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o STF, pelo que, se presume, ele subsiste. Poderia, porém, essa questão ter sido discutida incidentalmente, pelo método difuso de controle de constitucionalidade, em qualquer juízo ou tribunal. Fatos estes que fogem ao nosso conhecimento.

Pessoalmente, entendemos que não se sustenta, hoje, o art. 133 do Código de Processo Civil, perante o texto da atual Constituição Federal de 1988 (art. 37, § 6º, da CF), como também era insustentável a mesma redação do art. 121, do Código de Processo Civil de 1939, perante os termos do art. 194 da Constituição Federal de 1946.

Como bem afirmou José Cretella Júnior, dizendo que é insustentável o disposto no artigo 121 do Código de Processo Civil, principalmente depois da Constituição Federal de 1946. E acrescentou:

> pessoalmente o juiz não é responsável. Nem pode ser. Responsável é o Estado. Juiz é órgão do Estado. Estado e juiz formam um todo indissociável. Se o magistrado causa dano a particular, o Estado indeniza, exercendo depois o direto de regresso contra o causador do dano. [...] Sobrepõe-se o art. 194 da Constituição de 1946 ao art. 121 do Código de Processo Civil (redação anterior correspondente ao art. 133 do Código de Processo Civil atual), revogando-o. [...] Mesmo, porém, que não o houvesse feito, o próprio art. 121 não subsistiria, bastando considerar-se que a relação processual não se verifica entre as partes e a pessoa física do juiz, mas entre as partes e o Estado, do qual o juiz é o representante [71].

A doutrina, todavia, tem evoluído no sentido de refutar a tese da irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, já que seus fundamentos, verdadeiramente, não se sustentam.

Como oportunamente lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro, merece atenção uma importante decisão do STF que pode significar mudança na orientação da jurisprudência no que diz respeito à responsabilidade do Estado por atos judiciais. Trata-se de acórdão proferido no Recurso Extraordinário 228.977/SP, em que foi relator o Ministro Néri da Silveira, julgado

---

[70] SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade extracontratual do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá Editora, 1996. p. 85.

[71] CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. *RDA*, Rio de Janeiro, n. 99, p. 13-32, jan./mar. 1970. p. 18-19.

em 4-3-2002 (*DJU* de 12-4-2002). Nele se decidiu que a autoridade judicial não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados, devendo a ação ser proposta contra a Fazenda Estadual, a qual tem o direito de regresso contra o magistrado responsável, nos casos de dolo ou culpa[72].

Nesse sentido:

> Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de 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. (RE 228977 / SP - SÃO PAULO – Relator Min. Néri da Silveira - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA - Julgamento: 05/03/2002, Órgão Julgador: Segunda Turma).

Parece que essa decisão coloca um ponto final na discussão sobre a validade ou não do artigo 133 do Código de Processo Civil, e do art. 49, da LOMAN, uma vez que o magistrado só pode responder perante o Estado, em ação regressiva, se ficar provado que agiu com dolo ou com culpa, mas não nos termos do contestado artigo 133 do CPC, assistindo razão aos autores Juary C. Silva e Maria Emília Mendes Alcântara.

E é por isso que tais agentes (os magistrados), portanto, não agem em nome próprio, mas em nome do Estado, exercendo função eminentemente pública, de modo que não há como lhes atribuir responsabilidade direta por eventuais danos causados a terceiros no desempenho de suas funções. Com efeito, o magistrado, ao outorgar a prestação jurisdicional, atuou em nome do Estado-Juiz, exercendo a atribuição que lhe fora imposta constitucionalmente, o que torna inúteis os dispositivos citados (art. 133 CPC e art. 49, da LOMAN, porque, ainda que não estivessem presentes, as normas neles contidas não seriam

---

[72] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 664.

aplicáveis – como, aliás, ao que se sabe, nunca foram – tendo em vista a norma constitucional do Art. 37, § 6ª, da Constituição Republicana de 1988.

Foi exatamente isso que reconheceu o RE 228.977-2/SP, acima citado, de relatoria do Ministro Néri da Silveira:

> 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. 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.

É essa a nossa posição, mas sem chegar ao extremo de considerar a norma do art. 133, do Código de Processo Civil, e art. 49, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN -, inconstitucionais, visto que, para que essa posição seja alcançada, será preciso, antes, a propositura, perante o STF, de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – Adin, o que, pelo que sabemos, ainda não aconteceu.

3.1.2.4. A imutabilidade da coisa julgada

Outro argumento para afastar a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais é a imutabilidade da coisa julgada, associada à presunção de verdade que daquela situação jurídica emana.

A coisa julgada é instituto que visa atender a necessidade de estabilização das decisões judiciárias, a desejável garantia do juiz contra o ressentimento das partes, e a segurança jurídica oferecida aos jurisdicionados.

Quanto à importância da divisão entre coisa julgada formal e coisa julgada material, conforme Odoné Serrano Júnior, a coisa julgada formal é gerada pela sentença que não é mais suscetível de reforma por meio de recurso, transitando em julgado, e tornando-se

imutável dentro do processo. Já a coisa julgada material tem como pressuposto a coisa julgada formal[73].

No dizer de Humberto Theodoro Júnior, "a coisa julgada formal pode existir sozinha em determinado caso, como ocorre nas sentenças meramente terminativas, que apenas extinguem o processo, sem julgar a lide. Mas a coisa julgada material só pode ocorrer de par com a coisa julgada formal![74].

Enquanto a coisa julgada formal torna a sentença imutável dentro do processo, como um ato processual, pondo-a, com isso, ao abrigo dos recursos, a coisa julgada material torna imutáveis os efeitos por ela lançados fora do processo. É a imutabilidade da sentença no mesmo processo ou em qualquer outro entre as mesmas partes, pelo que, nenhum juiz poderá novamente julgar, nem as partes litigar, nem o legislador dispor, sobre relação jurídica que foi objeto de pretensão jurídica com julgado dotado de tal qualidade[75].

Para José Cretella Júnior, o argumento da coisa julgada fundamenta-se no brocardo clássico de Ulpiano - *res judicata pro veritate habetur (D.12.2.3.1)* - confirmada pelo Código Civil francês, art. 1.351 ("A coisa julgada é tida como verdadeira"), visto que a decisão do juiz, em última instância, transforma o branco em negro e o quadrado em redondo, por trazer em si a *presunção da verdade.*

A *irretratabilidade* ou *incontrastabilidade da coisa julgada*, como razão suficiente para eximir o juiz – e, pois, o Estado – da responsabilidade patrimonial pelos danos causados em virtude de sentença judicial, tem sido apresentada por eminentes autoridades, estrangeiras e nacionais[76].

O mesmo autor[77] aponta renomados escritores que defendem a irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais tendo por pretexto a imutabilidade da coisa julgada, citando Tessier, que sustenta que "permitir a um indivíduo reclamar indenização a pretexto de que

---

[73]SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do estado por atos judiciais.* Curitiba: Juruá, 1996. p.132.

[74]THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 521.

[75]Op. cit., p. 133.

[76]CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. *RDA*, Rio de Janeiro, n. 99, p. 13-32, jan./mar. 1970. p. 18-19.; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 799.

[77] Id., Ibid., p. 21-22.

houve violação da lei é pôr em crise a coisa julgada, o que é socialmente impossível"; admitir a responsabilidade, por motivo de erros judiciários, é afrontar o princípio fundamental de utilidade social incontestável, gerador de segurança: a autoridade da coisa julgada" (*apud* DUEZ, 1927, p. 147).

Bielsa, partidário desta tese, mostra que

> as resoluções judiciais alcançam, quando muito, a pessoa do juiz, mas não responsabilizam o Estado, porque a sentença, erigida em coisa julgada, traz em si a presunção da verdade. Em razão desse princípio, o ato judicial não pode ser impugnado. Em suma, o Estado não é responsável pelo ato judicial[78].

Pedro Lessa é categórico:

> Já o mesmo princípio não vigora em relação aos atos do Poder Judiciário. A responsabilidade do Poder público, neste caso, é corolário fatal da autoridade da *res judicata* [...]; reclamar uma indenização por essa decisão inalterável fora iniciar um novo litígio sobre a questão já ultimada por sentença passada em julgado[79].

Ninguém nega a força da *coisa julgada.* Para Alcino de Paula Salazar,

> A irretratabilidade da coisa julgada, porque é também um princípio fundamental, peculiar a determinados atos do poder público, tornando-os insuscetíveis de revisão, impede necessariamente que os efeitos desses atos sejam contrariados ou infirmados pelos de outros que sobrevenham. Este princípio, em verdade, não comporta contestação. Negá-lo será subverter a ordem jurídica com a inutilização do aparelhamento da justiça[80].

Paul Duez afirma que:

> *La compensation prévue l'erreur judiciaire n'est pas toujours incompatible avec le principe de l'autorité de la chose jugée. Bien au contraire, il y a des cas où l'octroi d'une indemnité est juste un hommage à ce principe. Absolutório un procès, l'objet poursuivi devant les tribunaux, qui bénéficie d'un tel procès, demande à être indemnisée. Là où il y a une violation de la chose jugée? Fondée sur le demandeur, contrairement à la décharge du procès pour étayer son allégation. L'autorité de la chose jugée ne se pose que contre une décision judiciaire d'accorder la garantie, qui a annulé un procès avant la sentence. Il faut d'abord examiner la peine, en utilisant les voies légales, mais une fois cet obstacle procédural disparu, le principe de*

---

[78] BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Depalma, 1957. p. 24.

[79] LESSA, Pedro *Do Poder Judiciário.* Rio de Janeiro: Livr. Francisco Alves, 1915.

[80] SALAZAR 1941, p. 77 *apud* CRETELLA JÚNIOR, 1970, p. 22.

> *compensation est l'opposition n'est pas plus fondée sur l'autorité de la chose jugée* [81].

Contestando e refutando com absoluta propriedade todos os argumentos desses autores, não obstante a excelência deles, José Cretella Júnior observa que, ao abordar o argumento da coisa julgada como a irretratabilidade ou incontrastabilidade da *res judicata* como razão suficiente para eximir o juiz – e, pois, o Estado – da responsabilidade patrimonial pelos danos causados em virtude da sentença judicial, é "elevar a *res judicata* à categoria de muralha sacrossanta, absolutamente impenetrável, é admitir a infalibilidade do julgamento humano ou a intransigência obstinada e incompreensível, mesmo diante de erro manifesto" [82].

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro[83],

> o argumento mais forte é o que entende que o reconhecimento de responsabilidade do Estado por ato jurisdicional acarretaria ofensa à coisa julgada. [...] No direito brasileiro, a força da coisa julgada sofre restrições na medida em que se admite a ação rescisória e a revisão criminal. O fato de ser o Estado condenado a pagar indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial não implica mudança na decisão judicial. A decisão continua a valer para ambas as partes; a que ganhou e a que perdeu continuam vinculadas aos efeitos da coisa julgada, que permanece inatingível. É o Estado que terá que responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência de erro judiciário.

Novamente, em outro artigo publicado na Revista de Direito Administrativo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro acrescenta que somente se pode falar em imutabilidade da sentença quando ela não seja mais possível de revisão ou de ação rescisória; apenas nesse caso existe a chamada *coisa soberanamente julgada*. Mas, ainda nessa hipótese, em que não

---

[81] DUEZ, Paul. *La responsabilité de la puissance publique*, Paris: Librairie Dalloz, 1927, p. 148 *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 99, p. 13-32, jan./mar. 197. p. 22. Tradução livre: A indenização em virtude do erro judiciário nem sempre é incompatível com o princípio da autoridade da coisa julgada. Bem ao contrário, há casos em que a outorga da indenização é precisamente uma homenagem a esse princípio. Num julgamento absolutório, o indivíduo perseguido em juízo, que se beneficia com tal julgamento, reclama a indenização. Em que se verifica a violação da coisa julgada? Funda-se o reclamante, ao contrário, no julgamento liberatório para apoiar sua pretensão. A autoridade da coisa julgada só se ergue contra uma decisão judiciária que conceda indenização, deixando de lado um julgamento condenatório anterior. É preciso, primeiro, proceder à revisão da sentença condenatória, recorrendo às vias legais, mas uma vez desaparecido tal obstáculo processual, o princípio da indenização não encontra mais oposição fundada na autoridade da coisa julgada.

[82] CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 230, p. 41, abr./jun. 1970.

[83] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 663.

cabe mais ação rescisória, por estar prescrita, não há por que recusar-se o reconhecimento do direito à indenização a quem foi lesado pela decisão; não se trata de pleitear sua alteração, pois já se tornou imutável, mas de, em outro processo, entre partes diversas (já que o Estado é, necessariamente, o réu) pleitear indenização decorrente do erro judiciário. Há que se procurar um equilíbrio entre o ideal de segurança jurídica proporcionado pela coisa julgada e o princípio de *justiça*, que exige recomposição de prejuízos injustamente causados por uma sentença errada, principalmente em casos de erros judiciários reconhecidamente graves[84].

Edmir Netto de Araújo[85], mostrando as divergências doutrinárias a respeito do assunto, coloca de forma adequada a questão, dizendo que "uma coisa é admitir a incontrastabilidade da coisa julgada, e outra é erigir essa qualidade como fundamento para eximir o Estado do dever de reparar o dano", acrescentando, ainda, que "o que se pretende é possibilitar a indenização ao prejudicado, no caso de erro judiciário, mesmo que essa coisa julgada não possa, dado o lapso prescricional, ser mais modificada".

Segundo Edmir Netto de Araújo, "na verdade, não se procura demolir ou destruir o princípio da imutabilidade da coisa julgada, expresso no brocardo clássico de Ulpiano ("*Res judicata pro veritate habetur"*- Digesto, 12.2.3.1)", consagrada a presunção legal de verdade do julgamento[86]. E finaliza: "como fazer prevalecer a ideia rígida, formal, da coisa julgada sobre a ideia de justiça, quando se comprova um julgamento errado ou ilegal?"[87].

No mesmo sentido, situa-se Odoné Serrano Júnior, quando afirma que a ação de indenização não busca a desconstituição da sentença lesiva, mas a mera reparação dos danos.

Por outro lado, na ação de indenização contra o Estado (bem como na ação de regresso deste contra o juiz, nos casos de dolo ou culpa), nem se pode argumentar com a afronta à autoridade da coisa julgada[88].

---

[84] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 198:I-V,I-414, out/dez. 1994, p. 88.

[85] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 139.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981p. 138-140.

[87] Id. Ibid.,.p. 140.

[88] SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do estado por atos judiciais.* Curitiba: Juruá, 1996. p. 146.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa, indignada, que

> a jurisprudência brasileira, todavia, como regra, não aceita a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, salvo nas hipóteses de revisão criminal e ação rescisória, o que é lamentável porque podem existir erros flagrantes não só em decisões criminais, em relação às quais a Constituição adotou a tese da responsabilidade, como também nas áreas cível e trabalhista. Pode até ocorrer o caso em que o juiz tenha decidido com dolo ou culpa; não haveria como afastar a responsabilidade do Estado. Mas, mesmo em casos de inexistência de culpa ou dolo, poderia incidir essa responsabilidade, se comprovado o erro da decisão" [89].

José Cretella Júnior, reiterando sua posição anterior já exposta nesta tese, faz a seguinte indagação:

> Podem as vítimas do erro judiciário, no campo criminal, sofrer penas privativas da liberdade e passar no cárcere durante muitos anos? Podem, em alguns sistemas jurídicos, sofrer, inclusive, a pena capital, ou prisão perpétua, casos em que os familiares da vítima têm o direito de pleitear indenização, em juízo. Além desses casos extremos, que não são hipotéticos, há outras hipóteses de detenções preventivas, que se prolongam abusivamente; de processos que terminam pelo arquivamento, mas que deixam mácula irreparável no crédito e na reputação de uma pessoa. Quem será responsabilizado pelo prejuízo pecuniário e moral (este sendo, inúmeras vezes, causa daquele), ocasionado pelo mau funcionamento dos serviços judiciários? [90].

Maria Emília Mendes Alcântara menciona diversas hipóteses em que o ato jurisdicional deveria acarretar a responsabilidade do Estado:

> A não concessão de liminar em mandado de segurança engendra responsabilidade do Estado. Por exemplo, a não concessão de liminar nos casos em que seria cabível, em mandado de segurança, fazendo perecer o direito; retardamento injustificado de decisão ou despacho interlocutório, causando prejuízo à parte; a concessão de liminar ou de medida cautelar em casos em que não seriam cabíveis podem causar danos indenizáveis pelo Estado [91].

Fazendo coro a essa tese, Odoné Serrano Júnior entende que, ao contrário do que muitos sustentam, a concessão em mandado de segurança não é ato discricionário, mas ato

---

[89]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 664.

[90] WALINE, Marcel. *Droit Administratif.* 9. ed. Paris: Sirey, 1963, p. 909-910 *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 230, pp. 36-46, abr./jun., 1970. p. 37-45.

[91]ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. Responsabilidade ou irresponsabilidade do Estado? In: *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986. p. 75-79.

vinculado. Presentes os requisitos do art. 7º, II, da Lei 1.533/51, quais sejam: (a) fundamento relevante; (b) possibilidade de ineficácia do provimento mandamental final pelo ato impugnado, caso não seja deferida a liminar – o juiz é obrigado a concedê-la, sob pena de denegação de justiça. O indeferimento da tutela liminar, quando devida, ou vice-versa (deferimento indevido), são aptos a gerar danos e, de conseguinte, deflagrar a responsabilidade estatal. Isso porque presentes os pressupostos para a concessão da liminar, o juiz é obrigado a fazê-lo. Por outro lado, não estando presentes, o juiz não poderá, de forma alguma, conceder a ordem liminar. Trata-se de decisão acerca da concessão da liminar de um *ato vinculado.* Não há discricionariedade alguma porque a lei não contempla pluralidade de soluções, mas somente uma: concede se estiverem presentes os pressupostos; não a concede no caso contrário. Caso não conceda a liminar quando devida, estará patente a *denegação de justiça.* Se daí exsurgirem danos, surge a responsabilidade do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da CF, com base na teoria da *faute du service.* Ao revés, quando não é cabível a concessão da liminar, e mesmo assim o juiz a defere, se em virtude desse "erro" advierem danos ao requerido, ele poderá postular indenização do Estado, pois o serviço público judiciário, *in casu***,** funcionou mal, impondo-lhe um gravame ilegal e impertinente. Da mesma forma, desaparecendo os pressupostos da tutela liminar – por exemplo, desaparecimento da situação de perigo – o juiz deverá revogar a liminar, sob pena de causar gravame sem razão alguma ao réu[92].

Como ensina Betina Rizzato Lara: "para a parte, portanto, requerer do Estado o pagamento pelos prejuízos sofridos, basta ficar demonstrado o nexo de causalidade entre o dano ocorrido e o ato do juiz, não se perquirindo, neste caso, sobre dolo ou culpa do mesmo" [93].

No mesmo sentido, afirma Augusto do Amaral Dergint:

> Exsurge a responsabilidade estatal notadamente quando o órgão jurisdicional, tendo o dever de impedir a ocorrência de um dano, não o evita. Tal sucede nos casos em que, não obtida a concessão de uma medida liminar requerida, prolata-se decisão final favorável, porém no momento em que o bem, para o qual se buscou proteção, deteriorou-se ou mesmo pereceu. A inoportuna concessão da medida denota a ineficácia da respectiva sentença e

---

[92]SERRANO JÚNIOR, Odoné. Responsabilidade extracontratual do Estado por atos judiciais. Curitiba: Juruá, 1996. p. 161-162.

[93]LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil.* 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994. p. 78.

> o defeituoso funcionamento do serviço judiciário, que engendra a responsabilidade do Estado-Juiz. Se a concessão, a não-concessão ou a omissão da medida liminar (a causar dano injusto) decorrer de culpa ou dolo do juiz, responde, de qualquer forma, o Estado, cabendo-lhe, sim, ação regressiva contra este agente público (nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal) [94].

3.1.3. Atos jurisdicionais típicos

Edmir Netto de Araújo diz que, na verdade, a melhor técnica para a conceituação da atividade judicial é o enfoque *ratione personae.* Assim, tudo que emerge do magistrado do Poder Judiciário será atividade judicial, quer se considere o aspecto formal, quer o material de seus atos.

Portanto, teremos a atividade judiciária como *gênero,* do qual decorrem duas espécies: a atividade *contenciosa* (aplicação contenciosa da lei ao caso concreto), que é a *atividade jurisdicional,* básica e específica, *atividade fim* do Poder Judiciário; e a de natureza *voluntária,* graciosa (*não contenciosa),* qualificada em termos gerais como *administrativa,* exercida também intensamente pelo Poder Judiciário, mas como *atividade-meio,* e por isso, secundária e inespecífica[95].

O ato jurisdicional não esgota, entretanto, toda a atividade do poder judiciário, embora seja, repetimos, a manifestação inerente àquele poder. É que, ao lado da *função jurisdicional*, tendente à aplicação da lei ao caso concreto, sempre que ocorre *contestação,* existe outra função, de natureza administrativa, *voluntária, graciosa* ou *não contenciosa,* desenvolvida de maneira intensa no âmbito do Poder Judiciário [96].

A posição de José Cretella Júnior é idêntica à de Edmir Netto de Araújo quanto aos atos típicos do Poder Judiciário, entendendo aquele primeiro autor que "os atos do Poder Judiciário ou são *atos jurisdicionais,* decorrentes da correspectiva função jurisdicional, ou são

---

[94]DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: RT, 1995. p. 189.

[95]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 835.

[96]CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, n. 99, p. 13-32, jan./mar. 1970. p. 13.

atos administrativos, oriundos da função judicial*, lato sensu,* que é gênero do qual as duas outras funções, a *contenciosa* e a *voluntária,* são espécies" [97].

Ainda segundo José Cretella Júnior, os *atos administrativos materiais,* praticados pelo Poder Judiciário, tais como nomeações e demissões de funcionários, concessão de licenças, férias, correições, se causam danos aos administrados, empenham a responsabilidade civil do Estado, de acordo com o regime comum da responsabilidade do Estado por atos de seus funcionários.

Os atos da chamada jurisdição voluntária, tais como os referentes às contas de tutelas ou curatelas, arrecadações de espólios, quando causam prejuízo aos administrados, empenham a responsabilidade do Estado, conforme orientação pacífica da jurisprudência (RT, 135:686)[98].

Diogenes Gasparini aponta que a lei e a sentença, atos típicos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, dificilmente poderão causar dano reparável (certo, especial, anormal referente a uma situação protegida pelo Direito e de valor economicamente apreciável). A sentença não pode propiciar qualquer indenização por eventuais danos que possa acarretar às partes ou a terceiros, dado que é ato da essência da soberania (posição já contestada)[99] .

Não obstante a excelência do autor e de sua posição, pedimos vênia ao ilustre administrativista para dele divergir, pelos fundamentos já anteriormente expostos.

A função jurisdicional é típica e iniludível incumbência do Estado, prestada através do Poder Judiciário.

Conforme assinala José Cretella Júnior, reivindicando para o campo do direito administrativo o estudo da responsabilidade civil do Estado,

> em consequência dos danos causados pelo mau funcionamento do serviço judiciário que é, antes de tudo, serviço público, dividiremos a indagação em dois momentos, o de obrigatoriedade do Estado de indenizar em consequência de ato não jurisdicional danoso e, depois, a obrigação de indenizar em consequência de ato iminentemente jurisdicional[100].

---

[97]CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, n. 99, p. 13-32, jan./mar. 1970. p. 37.

[98] Idem. *O Estado e a obrigação de indenizar.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 259.

[99]GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 905.

[100] Op.cit., p. 142.

Como observa Edmir Netto de Araújo: “a expressão ato jurisdicional tem sentido *lato*, compreendendo a própria sentença e as circunstâncias em que é prolatada”[101].

Galeno Lacerda sustenta que os atos judiciais, decisórios ou não, inserem-se logicamente no exercício da função jurisdicional, uma vez que, para decidir sobre a *res in iudicium deducta*, o juiz desenvolve uma série de atos legais, com que dirige o processo à prolação da sentença de mérito, ponto culminante da prestação da tutela jurisdicional[102].

Segundo Juary C. Silva, nem sempre no âmbito de suas atribuições o juiz está a exercer a jurisdição. Aderentes à função judicante estão também atribuições de índole não-jurisdicional, como a erroneamente designada jurisdição voluntária, cuja natureza é administrativa, a fiscalização da atividade de serventuários e auxiliares da Justiça e diversas outras tarefas de cunho administrativo. À guisa de exemplos: certas incumbências do juiz na administração da falência; a composição do Júri; o alistamento eleitoral; determinadas providências burocráticas em relação a menores etc.

Por extensão lógica, são designados como jurisdicionais os atos praticados pelo juiz no curso do processo, muito embora sem conteúdo decisório, atributo primacial do exercício da jurisdição. Os atos do juiz, decisórios ou não, se inserem logicamente no desempenho da função jurisdicional [103].

Anota Carlos Roberto Gonçalves que cumpre distinguir as diversas atividades desenvolvidas no âmbito do Poder Judiciário. O gênero “funções judiciais” comporta diversas espécies, como as funções “jurisdicionais” (“contenciosas” ou “voluntárias”) e as “administrativas”. Neste último caso, o juiz ou o tribunal atua como se fosse um agente administrativo. É quando, por exemplo, concede férias a servidor, realiza concurso para provimento de cargos ou faz tomada de preços para a aquisição de materiais ou prestação de

---

[101] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 179. Sobre a obrigação de indenizar, em decorrência de ato jurisdicional, veja-se o recurso extraordinário 38.529 (acórdão de 14.07.1959 – RDA 66, p. 160-163), do STF, relator Min. Afrânio da Costa, sobre a condenação da União a ressarcir perdas e danos porque o Dr. Péricles Pinto teria perdido a sua posição na ordem dos suplentes em favor do Dr. Carlos Campos: Ementa – “Cabe à União indenizar o suplente de deputado, afastado do exercício por decisão da Justiça Eleitoral, afinal reformada”.

[102] LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 8, t. 1, p. 25.

[103] SILVA, Juary C. *Responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 150-153.

serviços. A responsabilidade do Estado, então, não difere da dos atos da Administração Pública.

A atuação judiciária propriamente dita, a atividade jurisdicional típica de dizer o direito no caso concreto contencioso ou na atividade denominada de jurisdição voluntária sujeita o magistrado à responsabilidade de que trata o art. 133, do Código de Processo Civil[104].

Em suas conclusões, porém, Carlos Roberto Gonçalves reconhece que as mais modernas tendências apontam no sentido da admissão da responsabilidade civil do Estado pelos danos experimentados por particulares, decorrentes do exercício da atividade judiciária [105].

A atividade ou função jurisdicional manifesta-se, em essência, pelo *julgamento* ou *ato jurisdicional*. O ato jurisdicional, clímax do funcionamento dos serviços judiciários, pode produzir danos os mais variados, entre os quais o mais grave é o *erro judiciário,* que implica a própria negação da justiça, a não ser que possibilite, no devido tempo, a respectiva reparação [106].

Considerando-se que o serviço judiciário é um serviço público (consoante já demonstrado no decorrer desta tese), todo e qualquer ato jurisdicional (isto é, ligado ao exercício da jurisdição), é potencialmente apto a deflagrar a responsabilidade estatal.

"Na realidade, é serviço público toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins", pondera Mário Masagão, identificando dois tipos de serviço público – o judiciário e o administrativo: a atividade do Estado divide-se em duas espécies: a judiciária e a administrativa. Daí a circunstância de o serviço público abranger as duas províncias.

> Essa distinção funda-se diretamente na natureza das coisas. Na esfera administrativa, o Estado exerce operação primária, decidindo sobre o seu próprio procedimento, ao passo que, na esfera judiciária, desempenha função de terceiro, a apreciar o procedimento das partes, tanto no cível como no crime. Ainda quando a Fazenda Pública se acha em juízo como parte, o

---

[104]GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 210-211.

[105] Id., Ibid., p. 215.

[106]CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. *Revista Forense.* Rio de Janeiro, n. 230, pp. 36-46, abr./jun., 1970. p. 38.

> Estado, pelo poder judiciário, conserva a sua posição de terceiro imparcial, a distribuir justiça[107].

Serviço público, portanto, "é toda atividade exercida pelo Estado, através de seus poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), para a realização direta ou indireta de suas finalidades"[108].

A acepção de serviço público não se cinge, pois, à atividade administrativa do Estado. Como assevera Pontes de Miranda, "serviço público é todo aquele que concerne ao desenvolvimento da atividade do Estado, nos seus três ramos: legislativo, judiciário e executivo"[109].

E em matéria de responsabilidade do Estado, adverte Edmir Netto de Araújo, deve-se considerar

> não só o ato jurisdicional em si, pontualmente, como também os momentos ou estágios processuais, como um encadeamento ininterrupto de atos tendentes à realização da prestação jurisdicional, anteriores ou posteriores à sentença, tudo em direção à execução da vontade da lei manifestada na sentença definitiva[110].

O Estado é civilmente responsável por danos causados ao administrado em decorrência de ato jurisdicional. A atividade jurisdicional é uma função do Estado: não é serviço administrativo, mas é serviço público.

Se a sentença produz prejuízo, cabe à doutrina indagar do nexo causal entre o agente, o dano e as circunstâncias que informaram o magistrado ao sentenciar.

A sentença pode ser errada, tanto no cível como no crime. No campo penal, poderá levar o réu à prisão, e causar-lhe prejuízos morais e patrimoniais de relevância. Descoberto o erro, em qualquer caso, o prejudicado move ação ordinária de indenização contra o Estado, e o Estado paga, em dinheiro, nos termos constitucionais.

---

[107]MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo.* 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974. p. 267-268.

[108] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 45.

[109]MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967* - com a Emenda n. 1, de 1969. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970. p. 421.

[110]ARAÚJO, Edmir Netto de. Op.cit., p. 84.

Cremos ter respondido à sábia indagação feita de início deste capítulo por João Santo Sé, linhas atrás, (p. 41, de seu livro: Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais), quando ele pergunta: "pode-se cogitar de uma responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais?" E o fizemos com apoio no admirável voto do então Ministro Aliomar Baleeiro proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 32.518, do Supremo Tribunal Federal que manteve seu velho ponto de vista de que o Estado, em relação aos membros do Poder Judiciário, responde apenas nos casos expressamente declarados em lei.

Como se vê, nesse acórdão do STF julgado em 21.6.66 (Recurso Extraordinário nº 32.518), publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 64, páginas 689, a mais alta Corte de Justiça considerou necessário um texto expresso prevendo a responsabilidade civil do Estado por atos do Poder Judiciário. Na ocasião, o voto magistral do então Ministro Aliomar Baleeiro, conforme relato de João Sento Sé[111]:

> De início, admito a tese do Recorrente: 'funcionários', no art. 105 da C.F. de 1967, ou 194 da C.F. de 1946, são os mesmos 'representantes' do art. 15 do C. Civ., inclusive os órgãos e agentes dos três poderes, e não apenas aqueles que as leis antigas chamavam de 'empregados públicos' da Administração.
> 'Critério estritamente objetivo e, portanto, mais largo, exige que se considerem funcionários públicos do art. 194 todos os que praticarem atos, ou incorrerem em omissão, no exercício de função pública, sem se dever entrar, sequer, na apuração da legalidade ou ilegalidade da investidura', adverte Pontes de Miranda (Comentários C.F. 1946, VI, pág. 370).
> Assim, a meu ver, o art. 105 da C.F. de 1967 abarca em sua aplicação os órgãos e agentes do Estado, como os chefes do Poder Executivo, os Ministros e Secretários do Estado, os Prefeitos, ainda que não sejam funcionários no sentido do Direito Administrativo. E, com maior razão, também os juízes, como agentes do Estado para a função jurisdicional deste, que os coloca sob regime especial de garantias no interesse de tal função. Esse regime especial e a natureza específica de sua atividade não lhe tiram o caráter de funcionários, *lato sensu*[112].

As considerações feitas ao longo desta tese autorizam a conclusão de que não se justifica essa exigência de texto expresso [113].

---

[111] SÉ, João Sento. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais.* São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 76-77.

[112] Nesse sentido, voto do Ministro Relator Aliomar Baleeiro: RE 32518 / RS - Rio Grande do Sul - Julgamento: 21/06/1966 - Órgão Julgador: STF: Segunda Turma: 1) Ação criminal privada. Demora no seu andamento. 2) A atividade jurisdicional do Estado, manifestação de sua soberania, só pode gerar a responsabilidade civil quando efetuada com culpa, em detrimento dos preceitos legais reguladores da espécie. 3) Recurso extraordinário conhecido e não provido.

[113] SÉ, João Sento. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais.* São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 77.

CAPÍTULO IV - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ERRO JUDICIÁRIO E PRISÃO INDEVIDA: PENAL E CIVIL (ART. 5º, INCISO LXXV, DA CF)

4.1. O ERRO JUDICIÁRIO COMO ATO JURISDICIONAL

Nenhuma espécie de deficiência na estrutura administrativa-jurisdicional do Estado pode fazer com que o profissional ou operador do direito, moralmente competente, comprometido com a Justiça, se cale ou se acomode frente a um erro judiciário ou a uma detenção ilegal.

Nas palavras de Luiz Antonio Soares Hentz, nem seria necessário, em princípio, a identificação do erro judiciário e do dever de indenizar. Como em todos os casos de responsabilidade patrimonial, parte-se da verificação de dano indenizável, bastando que tenha havido evento danoso imputável ao ente público e que este tenha sido a causa eficaz para a verificação daquele[1].

4.1.1. Conceito de erro judiciário penal

> *"Qual o juiz que pode dormir na véspera de uma condenação à morte? E, depois, o peso da sentença proferida é apenas sobre o juiz que cai; o pavor do erro, o angustioso pensamento de ter atirado para a cadeia com um inocente, obcessionam-no e fazem-no vergar" (Piero Calamandrei)* [2]

---

[1]HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: Ed. Leud, 1996. p. 17

[2] CALAMANDREI, Pietro. *Eles, os juízes, vistos por um advogado.* São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 390.

Considera-se erro judiciário a má aplicação do direito ou a deficiente apreciação dos fatos da causa, por parte do órgão jurisdicional, que resulta em decisão contrária à lei ou à verdade material[3].

Buscando conceituar o "erro judiciário", Luís Antonio de Camargo diz que não pode ser outra a definição, senão "aquele que decorre de toda atividade judicial danosa, enquanto exercício da função relativa ao Poder Judiciário"[4].

O erro faz parte da natureza humana. Daí o antigo adágio latino *errare humanum est*, reconhecendo a limitação e a falibilidade do homem.

Erro Judiciário em síntese, para Luiz Antonio Soares Hentz, é toda atuação judicial danosa enquanto exercício da função estatal atinente ao Poder Judiciário[5].

Edmir Netto de Araújo observa que o completo desconhecimento ou falso conhecimento poderá ter sido originado do fato de o juiz não haver estudado devidamente o caso, sem possibilidade, portanto, de enquadrá-lo no direito aplicável. Ou mesmo, ao julgar o caso "A", sem o devido cuidado, sem conferir, imagina estar julgando o caso "B", que é diferente. Nesses casos, a culpa do juiz, nas modalidades de imprudência ou negligência, levará a sentença a um resultado diverso da vontade da lei, ocasionando prejuízos muitas vezes irreparáveis ao administrado.

O erro ou a ignorância, portanto, podem ser atribuídos ou não à culpa do magistrado, que pode ter sido induzido a erro. São condicionantes também da sentença defeituosa, o erro e a ignorância[6].

Para Manoel Cavaleiro de Ferreira, "ignorância e erro são conceitos diferentes, mas que têm idêntico regime jurídico. Ignorância é a falta, a ausência de conhecimento de uma realidade; erro é um conhecimento falso de uma realidade. Mas o erro, sendo conhecimento do que não é, é também ignorância do que é"[7].

---

[3]MÉDICI, Sergio de Oliveira. *Revisão criminal.* 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 215.

[4] CAMARGO, Luís Antonio. *A responsabilidade civil do Estado e o erro judiciário*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 71.

[5] HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: Ed. Leud, 1996. p. 18.

[6] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 100.

[7]FERREIRA, Manoel Cavaleiro de. *Lições de direito penal*: parte geral. 4. ed. Lisboa: Ed. Verbo, 1992. p. 332.

Erro é a noção falsa; ignorância é a falta de noção. Errar é saber mal, ignorar, é não saber”[8] .

Edmir Netto de Araújo entende, com prudência, por erro judiciário, a sentença equivocada “quer seja emitida em um processo criminal quer tenha origem em um procedimento não-penal”[9] .

Por sua vez, Luis Guilherme Catarino considera erro judiciário toda situação processual em que, por dolo, negligência, desconhecimento ou má interpretação do direito, ou errônea apreciação dos fatos, é proferida decisão judicial que não se ajusta à verdade dos fatos ou à realidade jurídica, merecendo, em face de tais razões, o qualificativo de injusta[10] .

Oreste Nestor de Souza Laspro conceitua, como erro judiciário, todo ato jurisdicional que, seja pelo mau enquadramento dos fatos ao mundo do direito, seja pela errônea aplicação das normas, viola regras de natureza processual e material, em qualquer dos ramos do direito[11].

Segundo Luiz Antonio Soares Hentz, o erro judiciário é, dentre as hipóteses de cabimento de ressarcimento em razão da atividade jurisdicional, a mais aceita (se é que se pode falar em aceitação nesse tema, face às rígidas restrições impostas, em geral, pela doutrina e, mais ainda, pela jurisprudência), embora de difícil conceituação, em razão da própria ausência de harmonia na doutrina acerca do tema[12].

Yussef Said Cahali, a respeito do tema, leciona:

> As raízes do instituto e sua evolução histórica determinam o desdobramento do tema conforme se trate de dano consequente da atividade jurisdicional penal ou da atividade jurisdicional civil. Esta discriminação, inclusive, determina uma diversidade de nomenclaturas: tradicionalmente, quando se fala em *erro judiciário*, sem ulteriores especificações, trata-se de erro judiciário no juízo criminal. Mas existem erros judiciários fora da órbita

---

[8]CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano.* 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.181.

[9] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 113.

[10]CATARINO, Luis Guilherme. *A responsabilidade do Estado pela administração da justiça*: o erro judiciário e o anormal funcionamento. Coimbra: Almedina, 1999. p. 105.

[11]LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz.* São Paulo: RT, 2000. p. 223.

[12]HENTZ, Luiz Antonio Soares *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: Ed. Leud, 1996. p. 17.

> penal; estes demais erros estão compreendidos nos *atos judiciais,* de que aquele é mera especialização[13].

Adiante, o mesmo autor arremata:

> Aliás, essa discriminação também facilita o encaminhamento do tema, pois, a rigor, sempre houve disciplina legal específica quanto à responsabilidade civil do Estado pelo chamado *erro judiciário*, agora ampliada para o caso em que o condenado "ficar preso além do tempo fixado na sentença" (art. 5º, LXXV, da CF de 1988); instaurando-se a controvérsia em sede específica da responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes de seu monopólio na prestação jurisdicional[14].

Para Sérgio de Oliveira Médici, "erro judiciário" é o cometido pelos juízes, voluntária ou involuntariamente, em suas sentenças e acórdãos. A decisão judicial, contaminada pelo erro, projeta-se em oposição à verdade ou, mais adequadamente, à certeza. Resulta, o erro judiciário, conforme Silvio Macedo, da não observância da lei ou é fundado em engano resultante de ato e documentos da causa. É inerente aos atos do processo, judiciários, judicativos ou das partes. Álvaro Vilela alerta que "um *fantasma negro* acompanha sempre o organismo judiciário, como se fosse a sua sombra. É a projeção de um *quid* ínsito a todos os juízos humanos - a eterna falibilidade, e chama-se *erro judiciário*"[15]. E, depois de considerar extremada a afirmação de Orano, que julga o erro judiciário mais desastroso que os terremotos, as tormentas e as epidemias e mais lacrimantes do que as guerras, concorda com Ortolan, para quem as decisões judiciais erradas constituem uma calamidade pública, e, quando não prevenidas nem remediadas, transformam-se em fator de dissolução social[16].

Sobre o tema, assim resenha Fabiano André de Souza Mendonça:

> Tem-se uma decisão judicial que, transitada em julgado, provocou dano a alguém. Salvo a apuração de culpa da vítima na ocorrência dessa decisão, a responsabilização do Estado, que é um *terceiro* na relação, não afetará o

---

[13]CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 472.

[14] Id., Ibid., p. 472 (grifos do autor).

[15]MÉDICI, Sergio de Oliveira. *Revisão criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 218-219.

[16]Id. Ibid., p. 219-220, Cf. VILLELA, Álvaro. *A revisão no processo criminal.* Coimbra: s/ed., 1897. p. 10, referindo-se o autor ao jurista italiano Giuseppe Orano (*Sulla revisione dei giudicati penali,* Roma, Tip. Centrale, 1888, p. 3/13 e ao penalista francês J. Ortolan **Eléments de droit pénal*, Paris, 1875) *apud* MÉDICI, Sergio de Oliveira. *Revisão criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 219-220.

> cumprimento dos atos impostos pela decisão. Este apenas responsabilizar-se-á, *patrimonialmente*, seja qual for o tipo de decisão: condenatória, declaratória, constitutiva ou desconstitutiva, ou ainda em processo cautelar, executivo ou mandamental, pela decisão que achou por proferir. Às partes envolvidas caberá cumpri-la e, à prejudicada, buscar recompor o dano.

Mas adverte e deixa claro que "a responsabilidade não vai ao encontro do Juiz. Vai de encontro ao Estado. Caso contrário, ela seria um óbice à democracia. Na verdade, é um preço que o Estado paga pela paz social, pelo risco assumido nessa tarefa"[17].

Augusto do Amaral Dergint, ao se reportar aos escândalos provocados pelos erros judiciários, lembra que foram esses rumorosos casos que conduziram, na França, à elaboração da Lei de 8 de junho de 1895, estabelecendo a responsabilidade do Estado pelos erros judiciários penais, e esta lei, abrindo uma brecha no princípio da irresponsabilidade, estabeleceu a reparação como uma obrigação a cargo do Estado, e não como um simples ato gracioso e facultativo[18].

Paul Duez, depois de citar a lei francesa, como uma brecha do sistema francês da irresponsabilidade do Estado pela prática de atos jurisdicionais, cujo objeto é a ampliação dos casos de revisão criminal, consagrando a inovação, em referência àquela época sensacional do julgamento errôneo e injusto do Capitão Dreyfus, na França[19], e sua condenação por erro judiciário, ao pagamento de uma indenização à vítima do erro judiciário, esclarece:

> É o direito à reparação em proveito da vítima, a obrigação de reparar o prejuízo causado, e não uma simples reparação graciosa e facultativa, que o legislador estabeleceu a cargo do poder público. É uma brecha no princípio da irresponsabilidade. A obrigação jurídica da reparação se funda no risco social: reconhecido, sob certas condições, o erro, deve seguir-se a indenização, sem que a vítima do dano tenha de provar que o erro judiciário se deve a uma falta do serviço público[20].

---

[17] MENDONÇA, Fabiano André de Souza. (artigo citado, *RT*, v. 738, p. 18-19) *apud* STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civi*l, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1019-1020.

[18] DARGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 167.

[19] Acrescente-se que os eventos que conduziram à prisão do Capitão Dreyfus, já descritos muitas vezes na literatura mundial sobre o erro judiciário mais rumoroso da história, se deram em 24 de julho de 1894, e o oficial francês foi injustamente condenado em 22 de dezembro de 1894, e sua degradação pública se deu em 5 de janeiro de 1895, no pátio principal d'École Militaire.

[20] DUEZ, Paul. *La resdponsabilité de la puissance publique* (em dehors du contrat). Paris: Librairie Dalloz, 1927. p. 143.

E o mesmo autor francês - a respeito da doutrina corrente, que é no sentido de que os atos derivados do exercício da função jurisdicional não empenham a responsabilidade do Estado, salvo as exceções expressamente estabelecidas na lei - formula sua estranheza ante o fato de não se reconhecer à vítima do dano provindo de atos jurisdicionais o direito à reparação pecuniária, pelo prejuízo material ou moral que tenha sofrido. O único esforço registrado em atenção a essa situação é o empenho em tornar o erro judiciário o mais raro possível. Como é evidente que, apesar de tudo, a justiça dos homens é falível, a não reparação se torna uma gritante iniquidade, a que tanto mais sensível será a consciência pública quanto mais imbuída estiver do espírito de legalidade[21].

Ordinariamente, segundo José de Aguiar Dias, considera-se erro judiciário a sentença criminal de condenação injusta. Em sentido mais amplo, a definição alcança, também, a prisão preventiva injustificada. Com efeito, não há base para excluí-la do direito à reparação. Se há erro judiciário em virtude da sentença condenatória, haverá também em consequência da prisão preventiva ou detenção. Danos e tragédias decorrem, por igual, de uma e de outros. Onde existe a mesma razão, deve valer a mesma disposição[22].

Em conclusão, assinala José Aguiar Dias que dessa classificação acima enunciada excluem-se: (a) os casos de má-fé, abuso ou desvio de poder do magistrado, que tem consequências distintas das que derivam do equívoco involuntário do magistrado; (b) o erro jurídico. O erro judiciário abrange, porém, o erro material. Reconhece-se a inatacabilidade do Poder Judiciário na aplicação e interpretação das leis; não seria possível, entretanto, aceitar a infalibilidade dos juízes no que concerne à matéria de fato, pois é aí que, de preferência a qualquer outra atividade humana, se manifesta a verdade do *errare humanum est*[23].

Rafael Bielsa sustenta que, na concretização da função jurisdicional (não somente na judicial ou administrativa), o Estado-juiz, por vezes, gera graves prejuízos aos jurisdicionados, levando-os a suportar um ônus indevido, notadamente nos casos de funcionamento do serviço judiciário, como a demora na prestação jurisdicional, o erro judiciário, a prisão indevida, erro judiciário fora da hipótese clássica (art. 630, do CPP), a

---

[21] DUEZ, Paul. *La resdponsabilité de la puissance publique* (em dehors du contrat). Paris: Librairie Dalloz, 1927. p. 138.

[22] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil.* XI.ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 857.

[23] Idem, Ibidem, p. 857-858.

atuação culposa ou dolosa do magistrado ou mesmo a denegação da justiça. A exigência de reparação dos erros dos juízes assenta em pressuposto jurídico-político indiscutível: "A mesma solidariedade que nasce em face do perigo e do delito, deve surgir ante a inocência castigada" [24].

Para Yussef Said Cahali, apesar da presunção de verdade que cobre a coisa julgada, e não obstante a responsabilidade pessoal civil e penal do juiz, é obrigação do Estado atender à reparação do dano causado às vítimas do erro judiciário. Obrigação, sem dúvida nenhuma, inevitável[25].

Romeu Pires de Campos Barros diz que a séria dificuldade enfrentada pela ciência do processo é a consistente em evitar o erro judiciário. Daí afirmar Carnelutti que o problema do processo é o problema do erro, mas, quando ocorre, maior é a dificuldade em descobri-lo e minorar os seus prejudiciais efeitos. Talvez seja esse o principal motivo da conceituação desse inolvidável mestre, quando afirma: "todo processo é pena", visto que não se pune sem impor sofrimento ao que se pretende punir. Essas considerações devem ser rememoradas quando se cuida de estudar a imposição de medidas que, muitas vezes, importam na antecipação da pena definitiva, consoante ocorre no campo da tutela penal. A identidade estrutural entre algumas das medidas cautelares e a pena, em especial a prisão preventiva, a imposição provisória das penas acessórias e medidas de segurança, embora com distinção funcional, levam a uma concepção de que se permitindo essas restrições a direitos fundamentais do acusado, no curso do processo, afastam o princípio da presunção da inocência, admitido como orientação sistemática na Convenção Americana dos Direitos Humanos [26].

A questão não é virgem – acrescenta o mesmo autor – nem nova no campo da dogmática jurídico-processual. Basta se relembrem as páginas de inegável clareza e realismo que Francesco Carrara, nos albores da Escola Clássica, legou aos posteros, anatematizando o desgraçado que tanto sofreu na prisão, suportando os danos patrimoniais, as dores causadas à

---

[24] BIELSA, Rafael, "Las víctimas de los errores judiciales em las causas criminales y El derecho a La reparación", In: *Estudios de derecho publico*. 2. ed. III, § 18, *apud* DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil do Estado*. XI ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 858; CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 472.

[25] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 472.

[26] BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 502.

sua família e que era inocente, sendo essa medida efeito de um equívoco da polícia judiciária, ou da obstinada alucinação de algum funcionário, tendo o erro resultado de obra de qualquer agente ou funcionário do Estado, impondo-se a este reparar os danos causados [27].

Segundo Romeu Pires de Campos Barros, na Itália, desde o fim do século passado e no início deste, a questão da reparação dos danos decorrentes do erro judiciário, não só nos casos de revisão criminal como no de prisão preventiva, foi objeto de propostas, discussões legislativas e até mesmo de projetos de lei processual. Para o autor, se a pronúncia da condenação não é confirmada, isto significa que ilegítima era já a sua existência anterior [28].

Conforme salientam Juliana F. Pantaleão e Marcelo C. Marcochi, 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 tanto no âmbito não penal como 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, 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[29].

Nesse sentido, a oportuna observação de José Cretella Júnior, quando assinala que a *sentença judiciária* pode ser *criminal* ou *civil,* envolvendo ambas atos jurisdicionais do Poder Judiciário. Pela *sentença criminal* que pode conter erros maiores ou menores, o mais grave dos quais o *erro judiciário,* pode envolver prisão prolongada e até pena capital. Será o Estado responsável ou irresponsável, em virtude de *erro judiciário*? As vítimas ou parentes das vítimas, atingidas pelo *erro judiciário,* têm direito à reparação pecuniária, em virtude dos

---

[27] BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar.* Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 501-502.

[28] CAPALOZZA Enzo. *Contributo allo Studio dell'errore giudiziario. in matéria penale.* Padovva: CEDAM, a962, p. 13 e segs. *apud* BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar.* Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 502-504.

[29] PANTALEÃO, Juliana F.; MARCOCHI, Marcelo C.. Indenização: erro judiciário e prisão indevida. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 416, 27 ago. 2004. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5642>. Acesso em: 4 jun. 2011.

prejuízos causados? Por outro lado, há a *sentença civil* que também pode conter erros, prejudicando as partes, ou uma das partes. Em qualquer das sentenças, penal ou civil, pode haver erros: erros *in procedendo* e erros *in judicando*, enganos de boa-fé do juiz no decorrer do julgamento, mas haverá casos em que o julgador, desempenhando anomalamente suas funções, viola os deveres inerentes ao cargo decidindo com parcialidade, auferindo lucros, perseguindo, fazendo *seu* o processo[30].

Para Yussef Said Cahali, as contingências humanas tanto neutralizam as boas intenções das leis processuais como o empenho de acertar o magistrado honesto, não se devendo esquecer, ademais, que o zelo excessivo é das mais frequentes causas de injusta aplicação das medidas judiciárias. Os erros judiciais que atingem a liberdade e a honra justificam mais energicamente a reparação que aqueles que prejudicam tão somente o patrimônio[31].

Romeu Pires de Campos Barros, citando Santi Romano, que, apesar de elogiar a construção de Arturo Rocco, na Itália, combateu o entendimento desse grande mestre, dizendo:

> Deixando de fora a hipótese do fato ilícito do magistrado, a sentença gravatória e injusta é um ato ilegítimo, tanto faz que derive de erro inevitável ou fortuito, que, melhor examinada a decisão, uma exata avaliação do fato e uma regular aplicação da lei, levam à reforma ou anulação[32].

Salienta Paul Duez, a respeito da caracterização do erro judiciário que este 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[33].

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.

---

[30]CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 261.

[31] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 472.

[32] BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 503-504.

[33] DUEZ, Paul. *La resdponsabilité de la puissance publique* (em dehors du contrat). Paris: Librairie Dalloz, 1927. p. 143.

Entende Luiz Wanderlei 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 etc. [34].

Tal posicionamento é complementado pelo escólio de Juary C. Silva, afirmando que 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 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[35].

Segundo Romeu Pires de Campos Barros, um ligeiro aceno é acrescentado ao direito comparado, referindo-se, o autor, à reparação do dano proveniente de erro judiciário; antes mesmo de se precisar em que consiste esse erro, tem por finalidades mostrar a importância que assume no processo cautelar, qualquer defeito de percepção por parte daqueles que o fazem atuar. O processo cautelar apresenta peculiaridades atentas a sua finalidade, e cujo procedimento é célere, por ter como característica a *urgência* e a *provisoriedade*, sendo as decisões neles proferidas ao *estado do ato*; tanto que Calamandrei, ao conceituá-lo, afirma que o objetivo do processo de conhecimento é conduzir a um julgamento bom e certo, mas como não se pode conseguir isso com rapidez, usa-se para assegurar o resultado daquele as medidas cautelares, deixando o problema da certeza para as repousadas formas da decisão final. Assim, o processo cautelar desenvolve-se nesse campo movediço, onde o problema do erro apresenta-se com mais assiduidade de que no processo de conhecimento. Daí por que o erro pode manifestar-se não só nos seus pressupostos basilares,

---

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

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

como na avaliação *fática* desses pressupostos. A ocorrência do *periculum in mora* como o *fumus boni júris*, que justificam a aplicação da medida cautelar, pode apresentar-se de forma a induzir o magistrado a uma falsa concepção de tais requisitos, levando-o ao erro [36].

Edmir Netto de Araújo[37] entende por erro judiciário a sentença equivocada, "quer seja emitida em processo criminal, quer tenha origem em procedimento não penal"; mas que, "quando se fala em erro judiciário, comumente se pensa na sentença criminal passada em julgado, erroneamente editada. E por extensão, prisão ou detenção ilegais e injustificadas, cujos danos são óbvios na órbita patrimonial e moral". Para Luiz Antonio Soares Hentz, "Erro judiciário, em síntese, é toda atuação judicial danosa enquanto exercício da função estatal atinente ao Poder Judiciário"[38].

No Brasil, conforme relata Yussef Said Cahali, a primeira lei a garantir o direito à reparação pelo erro judiciário penal foi a Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe, aprovada pelo decreto 22.213, de 14.12.1832, cujo artigo 86 assim determinava:

> A reabilitação consiste na reintegração do condenado em todos os direitos que houver perdido pela condenação, quando foi declarado inocente pelo Supremo Tribunal Federal, em consequência da revisão extraordinária da sentença condenatória. § 1º. A reabilitação resulta imediatamente da sentença de revisão passada em julgado. § 2º. A sentença de reabilitação reconhecerá o direito do reabilitado a uma justa indenização, que será liquidado em execução, por todos os prejuízos sofridos com a condenação. A Nação ou o Estado são responsáveis pela indenização [39].

Para Augusto do Amaral Dergint, o erro judiciário é o equívoco da sentença judicial, seja no âmbito criminal[40], seja no âmbito civil[41].

Edmir Netto de Araújo assim resume o que mais sucede em matéria de erro judiciário: (a) dolo do juiz; (b) culpa do juiz, nas modalidades de negligência ou imprudência;

---

[36] BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 506-507.

[37] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 113.

[38] HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: Ed. Leud, 1996. p. 18.

[39] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 599-600.

[40] Quando se fala em erro judiciário (penal), refere-se normalmente à sentença criminal, porém ele abrange, por extensão, também a prisão preventiva ilegal ou injusta, cujos danos patrimoniais e morais são patentes.

[41] DERGINT, Augusto do Amaral. op. cit., p. 164.

(c) decisão contrária à prova dos autos; (d) indução a erro, através de elementos juntados ou não aos autos; (e) erro na análise das provas, na aplicação do direito cabível, ou até erro profissional; (f) aparecimento de fatos ou elementos que venham contradizer ou anular provas ou elementos relevantes dos autos, e que influíram decisivamente na prolação da sentença[42].

José Guilherme de Souza, ao discorrer sobre o tema, assinala que

> é o erro judiciário a mais conhecida das atividades judiciárias danosas, e isso por ser, acima de tudo, a mais espetacular, em função de ser a que mais gravemente lesiona e ofende os direitos individuais. Via de regra, ocorre na justiça criminal e consiste na aplicação, a uma pessoa posteriormente reconhecida inocente, de um gravame de grandes proporções a ponto de atingir a vida, os bens, a honra e a família do lesado[43].

Esse mesmo autor, citando Piero Calamandrei, pergunta: "qual o juiz que pode dormir na véspera de uma condenação à morte? E, depois, o peso da sentença proferida é apenas sobre o juiz que cai; o pavor do erro, o angustioso pensamento de ter atirado para a cadeia com um inocente, obcessionam-no e fazem-no vergar" [44].

Aos atos jurisdicionais culposos relativos a hipóteses de errônea aplicação da lei, opõem-se os atos jurisdicionais dolosos, que envolvem o dolo, a fraude, a intenção nítida de estar procedendo em desacordo com o direito, querendo o resultado antevisto[45].

Sérgio de Oliveira Médici anota que fala-se em *error in judicando* e em *error in procedendo* para separar as duas modalidades de erro verificadas em uma decisão judicial.

Os *errores in judicando*, segundo opinião doutrinária generalizada, são aqueles cometidos pelo juiz, relativamente ao juízo de direito, quer no tocante ao direito material, quer ao direito processual. Em outras palavras, a violação ou a errada aplicação da lei, pelo juiz ou tribunal, ao julgar, configura *error in judicando.*

A não-observância, pelo juiz, dos preceitos estabelecidos nas leis processuais, relativamente à disciplina do procedimento, configura o *error in procedendo* [46].

---

[42]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*, cit., p. 109.

[43]SOUZA, José Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 652, p. 29-49, fev. 1990.

[44]CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados.* Traduzido por Ary dos Santos. Lisboa: Livraria Clássica Ed., 1940. p. 192.

[45] CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indeniza*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 261.

[46]MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 221.

Nesse tema, conclui Luis Antonio de Camargo:

> É enfim o erro judiciário decorrência, de todo e qualquer *error in procedendo* ou *error in judicando* que ocorreu em quaisquer esferas processuais, processos cíveis, criminais, trabalhistas, etc., sendo certo, entretanto, de que seja lá onde se instale o erro em questão, capaz de causar dano ao jurisdicionado, por óbvio ele irá se valer do processo civil como meio instrumental de permitir-lhe a justa reparação, fundada no direito material próprio[47].

Enfim, erro judiciário são todos os atos típicos de mau funcionamento do serviço público jurisdicional, evidenciando menosprezo do órgão jurisdicional ao princípio da eficiência do serviço público, o que suscita a obrigação de indenização por parte do Estado.

Assim, observa Edmir Netto de Araújo, quando alguém se refere a *erro judiciário,* geralmente está aludindo a alguém que foi condenado, e depois descobriu-se que não era o culpado, ou que o crime não existiu, ou ainda que ocorreram excludentes ou descriminantes. Em suma, sua condenação, da forma como foi decretada, não era correta segundo o fato e o direito[48].

No nosso ordenamento, a indenização pela prisão decorrente de erro judiciário, cuja disciplina estava limitada às disposições do art. 630 e parágrafos do Código de Processo Penal, com o reforço do princípio estabelecido no artigo 107 da Emenda Constitucional nº. 1, de 1969, adquiriu maior amplitude com a inovação contida no art. 5º, LXXV, da Constituição de 1988: "O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

Segundo Alexandre de Moraes, o inciso LXXV do art. 5º da Constituição de 1988 estabeleceu uma nova espécie de direito fundamental, o direito à indenização por erro judiciário, ou ainda por excesso ilegal de tempo de prisão fixada pela sentença[49]. Assim, esse

---

[47]CAMARGO, Luis Antonio de. *A responsabilidade do Estado e o erro judiciário.* Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 71.

[48]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 792.

[49]TJ-SP, Recurso: AC 149.809-1, Origem: SP, Órgão: CCIV 4, Relator: ALVES BRAGA, Data: 07/11/91, "Indenização - Responsabilidade civil do Estado - Erro Judiciário - Apelado que, por omissão da autoridade policial, permaneceu preso por mais de 30 dias, além da condenação - aplicabilidade do art 5º, LXXV da CR/88, eis que o direito à indenização nasce a partir do momento em que a permanência do apelado na prisão ultrapassar o tempo da pena imposta - fixação do "quantum" da indenização, que não pode ser arbitrária, visto que há de se fixar um valor de acordo com as condições do condenado - Recurso parcialmente provido.

novo preceito constitucional traz dois objetos passíveis de indenização: *erro judiciário* e *excesso de prisão*[50].

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que:

> A Constituição da República, em razão da magnitude conferida ao "*status libertatis*" (art. 5º, XV), inscreveu no rol dos direitos e garantias individuais regra expressa que obriga o Estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado na sentença (art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes à de quem foi submetido à prisão processual e posteriormente absolvido[51].

Na expressão de Canotilho e Moreira Vital, ao analisar previsão semelhante à do art. 5º, LXXV, da Constituição Federal brasileira de 1988, constante da Constituição Portuguesa (art. 29, nº 6),

> é um caso tradicional de responsabilidade do Estado pelo facto da função jurisdicional o ressarcimento dos danos por condenações injustas provadas em revisão de sentença [...]. Note-se, porém, que não só os erros judiciários os únicos actos jurisdicionais suscetíveis de provocar graves danos morais e materiais aos cidadãos. Também a prisão preventiva ilegal ou injustificada pode originar lesões graves e ilegítimas, devendo merecer igual protecção o ressarcimento dos danos provocados[52].

A posição de José Frederico Marques[53]:

> Perfilhamos, assim, a corrente doutrinária que entende ser necessária a desconstituição e cessação dos efeitos do julgado de que não caiba mais recurso, através da revisão criminal, como condição fundamental para o reconhecimento do erro judiciário e a declaração do dever de indenizar por parte do Estado.

Em outras palavras: "a obrigação de indenizar se torna certa depois que o Tribunal, concedendo a revisão, reconhecer ao condenado 'o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos' (CPP, art. 630, *caput*)", segundo José Frederico Marques.

---

[50]MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 241.

[51]STJ – 6ª T. – Resp. nº 61.899-1/SP – Rel. Min. Vicente Leal. Ementário *STJ*, 15/220.

[52]CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada.* 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 195.

[53]MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. v. 4, p. 428.

O erro judiciário penal com sentença transitada em julgado pode ser atacado através do instituto da revisão criminal, previsto pelos arts. 621 a 631 do Código de Processo Penal, e capitulado entre os recursos.

Sua natureza é objeto de controvérsia doutrinária, uns considerando-a como recurso, outros catalogando-a como ação especial. Em princípio seria mais atraente contestar a primeira hipótese, pois a revisão criminal tem como pressuposto (art. 625, § 1.°, do Código de Processo Penal) justamente o não cabimento de recursos[54].

A jurisprudência também não resolveu o assunto, conforme o Ministro Luiz Galotti: "A revisão não é recurso propriamente dito, mas *remedium juris* diferente, corresponde à rescisória"[55].

Como anota Rogério Lauria Tucci:

> Trata-se, outrossim, de *ação – ação de conhecimento de caráter constitutivo* –, destinada, precipuamente, a desconstituir a condenação imposta na sentença "de que já não caiba recurso"; vale dizer, uma autêntica *ação rescisória penal*. Assim por nós definida: "ação adequada ao reexame da causa penal finalizada com sentença condenatória, a fim de, no interesse da justiça, reparar-se um erro judiciário[56].

Feitas essas considerações doutrinárias, o que realmente importa saber são as condições de sua admissibilidade e as suas consequências.

Na observação de Edmir Netto de Araújo[57], o pressuposto inicial é a condenação passada em julgado, como exige o art. 625, § 1.°, do Código de Processo Penal.

A partir daí, e nisso difere fundamentalmente da ação rescisória, a revisão poderá ser requerida (arts. 622 e 623) a qualquer tempo, inclusive depois da extinção da pena, ou mesmo da morte do réu (para, nesses casos, reabilitação ou mesmo ação civil), desde que ocorra qualquer das três hipóteses enunciadas pelo art. 621 do Código de Processo Penal.

Para Alexandre de Moraes, no caso de erro judiciário, serão a revisão criminal e a ação própria no juízo cível os instrumentos cabíveis para seu reconhecimento e consequente

---

[54]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 793.

[55]Recurso Extraordinário 21.398.

[56]TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuas no processo penal brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 435.

[57] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 111; Id. *Curso de direito administrativo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 793.

fixação de indenização. O acórdão em revisão criminal ou a sentença civil que reconhecem o direito à indenização por erro judiciário consistem em um título judicial executório ilíquido, devendo ser liquidado no juízo cível[58].

Por derradeiro, é oportuno lembrar que, no Brasil, a correção do erro judiciário penal vincula-se ao instituto da revisão criminal, que "jamais tropeça no obstáculo da coisa julgada para alcançar um novo julgamento elisivo do primeiro"[59]. De fato, a revisão pode ser requerida, de acordo com os artigos 622 e 623 do Código de Processo Penal, a "qualquer tempo", inclusive após a extinção da pena ou a morte do réu, desde que suceda uma das hipóteses enumeradas no artigo 621 do mesmo diploma legal[60].

Quanto às ressalvas contidas nas alíneas "a" e "b" do § 2º, do art. 630, do Código de Processo Penal: "a indenização não será devida: (a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder; (b) se a acusação houver sido meramente privada"; Yussef Said Cahali faz a seguinte observação: regendo-se a responsabilidade civil do Estado pelo princípio de causalidade, tem-se que, em tais hipóteses, a causa da condenação errônea do sentenciado imputa-se por inteiro ao próprio ofendido[61].

Em suma, observa Espínola Filho: "é preciso que, para ter direito à indenização, o réu não tenha provocado, intencionalmente, a condenação injusta"[62]. Nesse sentido, TJSP[63].

---

[58]MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 242-243.

[59]PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade do Estado pelos atos dos seus juízes. In: *Ed. Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 563, p. 9-14, set. 1982.

[60]"Art. 621-A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas da inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

[61]CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 486.

[62]ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado.* 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1995. v. 6, p. 391.

[63]TJSP, Cs. Crims. Conjs., 31-10-56, RT 261/88: "se contribuiu o peticionário, usando de vários nomes, para a confusão havida e da qual resultou sua condenação e consequente prisão, permitindo, outrossim, com sua inércia, que aquela passasse em julgado, não tem direito à indenização pelos prejuízos que alega ter sofrido em virtude do erro judiciário, reconhecido em revisão por ele requerida".

Para Yussef Said Cahali, ocorrendo erro judiciário na ação penal em que "a acusação houver sido meramente privada", se já então discutível a excludente de responsabilidade do Estado pela indenização em face do art. 630, § 2º, do Código de Processo Penal, essa ressalva já não mais prevalece diante da literalidade do art. 5º, LXXV, da Constituição de 1988, que não estabelece nenhuma distinção entre os processos criminais em que terá falhado a máquina judiciária na prestação jurisdicional[64].

E o mesmo autor acrescenta:

> Nos casos de crime contra a honra, de injúria, difamação, calúnia ou denunciação caluniosa, mesmo que a ação penal não tenha sido instaurada por iniciativa meramente privada, o Código Civil assegura ao ofendido o direito de ser indenizado, pelos danos sofridos, em ação direta contra o autor do ato ilícito, independentemente de se ter configurado, no caso, também um ilícito penal; a situação não se altera "se a acusação houver sido meramente privada", quer tenha sido julgada improcedente desde logo a ação penal, quer tenha sido acolhida a revisão, que desconstituiu a sentença penal condenatória[65].

Diz Mário Moacyr Porto:

> estranhável a ressalva constante da letra "b" do § 2º, do art. 630: "a indenização não será devida se a acusação houver sido meramente privada". Ora, quem julga é o juiz, é o Estado, pouco importando que a ação tenha sido instaurada por iniciativa do Ministério Público ou queixa privada. A restrição, ao que parece, é de todo descabida[66].

No escólio de Rui Stoco, acerca da dicção do art. 630, § 2º, letra "b", do CPP, ele afirma que "a disposição, ademais de equivocada, mostra-se injusta".[67]

É esta a nossa posição a respeito da equivocada e injusta ressalva do § 2º, letra "b" do artigo 630, do Código de Processo Penal.

Para finalizar, no que toca ao erro judiciário penal, verdadeiramente a demanda indenizatória sequer depende de anterior revisão criminal da sentença penal condenatória,

---

[64]CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 488.

[65] Id., Ibid., p. 488.

[66]PORTO, Mário Moacyr. *Temas de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 14.

[67]STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil.* 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 1011.

mesmo porque não objetiva a sua desconstituição, mas, sim, a reparação dos prejuízos por ela causados[68].

4.1.2. Erros judiciários: Casuística (casos célebres de erro judiciário)

O erro judiciário traduz uma situação casuísta e que, portanto, exige que se analise caso a caso. Rui Stoco adverte que

> não se justifica nos dias atuais o estabelecimento de uma regra específica para o erro judiciário, tal como posto no artigo 630 do CPP e no art. 5º da Constituição Federal se já existe uma regra geral, ao nível constitucional, estabelecendo a responsabilidade objetiva do Estado, por danos que seus agentes causarem a terceiros (CF/88, art. 37, § 6º). O erro judiciário típico pode ser corrigido por outro julgado superior, através de medida específica e criada para tal – a Revisão Criminal – prevista no art. 621 do Código de Processo Penal e que no direito imperial tinha o nome de "recurso de revista".
> Do que se infere que o *habeas corpus* é meio inadequado e sede indevida para obter o reconhecimento do erro judiciário[69].

E o mesmo Rui Stoco resenha, depois de se referir às lições de Yussef Said Cahali, José de Aguiar Dias e Luiz Antonio Soares Hentz sobre o conceito e significação do erro judiciário, nos seguintes termos:

> Podemos agora acrescentar que em sentido amplo abrange, também, o excesso de pena ou o cumprimento de pena além do tempo fixado na sentença, por força do preceito constitucional contido no art. 5, LXXV, da CF/88.
> Nada justifica – hoje – excluir da possibilidade do erro, no sentido genérico a que se refere a Carta Magna, qualquer tipo de prisão, seja definitiva, decorrente de sentença; seja ela, ainda, preventiva, cautelar ou provisória.
> Aqui, nesta quadra, esta-se referindo ao erro judicial *in genere* e não apenas ao erro judiciário típico (*in specie*)[70].

---

[68] O art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, aliás, ao determinar a indenização do condenado por erro judiciário, não a vincula à revisão criminal.

[69] STOCO,Rui. Responsabilidade do Estado por erro judiciário. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6 n. 27 – janeiro-março-1998, p. 2-3.*

[70] Idem. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1009.

Sobre a formação da literatura a respeito do erro judiciário, ressaltamos a observação de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, já exposta linhas atrás:

> pode-se dizer que o erro judiciário foi a brecha encontrada pela doutrina ao atacar a fortaleza medieval da teoria da irresponsabilidade do Estado por ato jurisdicional, de sorte a conseguir sua capitulação, o que não é de se estranhar, se atentarmos para o fato de que a história do Direito tem mostrado o surgimento de teorias excêntricas que persistem no tempo, assim, convertidas em mal-atacadas, porém nunca inexpugnáveis. Ao mesmo tempo, a doutrina costuma apontar que os erros judiciários sempre foram objeto de fartos noticiários críticos da imprensa, gerando escândalo e indignação nos meios forenses e provocando clamor público na sociedade[71].

Por sua vez, sobre os rumorosos casos de erro judiciário que abalaram a opinião pública, Luis Guilherme Catarino considera que "os escândalos judiciais foram durante muito tempo o motor da evolução legislativa neste domínio da responsabilidade por acto danoso da função jurisdicional"[72].

Com efeito, assinalam os doutrinadores que, na França, a mudança legislativa do seu *Code de Procedure Penal* (Código de Processo Penal), alterando o texto normativo do artigo 446º, efetivada por Lei de 8 de junho de 1895, teve sua marca histórica e gênese em rumorosos escândalos judiciários, entre os quais sobressaiu o célebre caso *Dreyfus*, de grande repercussão pública na época, projetando-se para o campo internacional, conforme citam Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias[73], Luis Guilherme Catarino[74], Edmir Netto de Araújo[75], José Cretella Júnior [76], José de Aguiar Dias [77] e Augusto do Amaral Dergint[78].

---

[71]DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 183.

[72] CATARINO, Luis Guilherme. *A responsabilidade do Estado pela administração da justiça*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 66.

[73]DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. op. cit., p. 183-184.

[74]CATARINO, Luis Guilherme. op. cit., p. 65-67.

[75] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 144-146

[76]CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 261-264.

[77]DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil.* XI. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 851.

[78] DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: RT, 1995. p. 167.

Segundo relata Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, referida lei, pela primeira vez, estatuiu um regime indenizatório a cargo do Estado francês por erro judiciário penal, concedendo ao condenado criminalmente, posteriormente declarado inocente em processo de revisão, o direito de ser indenizado em razão dos prejuízos materiais e morais sofridos com a errônea e injusta condenação. O direito à indenização surgia simultaneamente ao direito de revisão penal e o juízo perante o qual fosse suscitada a revisão criminal também era o competente para apreciar a questão referente à indenização[79].

Edmir Netto de Araújo[80] cita diversos casos de erro judiciário no âmbito internacional e no Brasil: (a) "No âmbito internacional, talvez o caso mais famoso tenha sido o do jovem capitão Alfred Dreyfus, cujo julgamento que suscitou as maiores polêmicas entre políticos e intelectuais da época (1894), na França e em outros países"[81]. Este foi um caso típico de indução a erro dos magistrados franceses, que julgaram com base em documentos e testemunhos falsos; (b) "O caso da colaboracionista francesa, relatado por Cretella Jr."[82], é conhecido em nossos dias; em continuidade ao já relatado, Edmir Netto de Araújo lembra mais um caso conhecido na literatura do erro judiciário: (c) "[...] é o do "Padeiro da Ilha de Malta", princípio do século XVIII; tanto Edmir Netto de Araújo[83], como também José Cretella Júnior[84], relatam pelo menos três casos conhecidos na literatura acerca do erro judiciário no Brasil: (d) "No Brasil, pelo menos três casos são conhecidos na literatura como exemplos de erros judiciários; comecemos pelo caso Mota Coqueiro[85], ocorrido em 1852; (e)

---

[79] DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 183-184.

[80] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 144-148.

[81] LUIS CARLOS, Làsinha. *Erros judiciários.* São Paulo: Ed. São Paulo, Vaner Bígego, 1973. v. 1, p. 151-181.

[82] CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo.* V.8. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 88.

[83] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. op. cit., p. 144-150.

[84] CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 262-264.

[85] LUIS CARLOS, Làsinha. op. cit., p. 11-35.

igualmente famoso, o caso dos Irmãos Naves[86], em Araguari (MG), 1938; (f) finalmente, um caso mais recente: no Rio de Janeiro, em 6.4.1952, o Tenente Bandeira (Alberto Jorge Franco Bandeira) foi condenado a quinze anos de reclusão pelo assassínio de Afrânio Arsênio de Lemos, no famoso "Crime do Cítröen Negro"[87].

José Cretella Júnior cita ainda o reconhecimento de inequívoco *erro judiciário* no caso do capitão Dreyfus, na França, o que empenhou, depois, embora tarde e grandes danos para o acusado, a responsabilidade civil do Estado francês.

Alfred Dreyfus foi acusado injustamente pela prática de atos de espionagem contra a pátria e condenado (1894), foi mais tarde contemplado com o instituto penal da *graça* (1899) e, finalmente, com a *reabilitação* (1906), depois de apaixonada campanha interna e internacional para a revisão do processo (1897-1899), desvirtuada várias vezes por incidentes políticos, raciais e religiosos. Eis típico exemplo de *erro judiciário,* que empenhou a responsabilidade civil da Fazenda Pública francesa[88].

Depois do segundo conflito mundial (1938-1945), uma senhora francesa, acusada também sem razão, de haver colaborado com o inimigo durante o período de ocupação alemã em solo francês, foi condenada, em 1945, a trabalhos forçados, à degradação nacional e ao confisco dos bens, mas, em 29 de fevereiro de 1956, o Tribunal Permanente das Forças Armadas de Bordeaux, em pedido de revisão, considerou-a inocente, condenando a Fazenda Pública a pagar-lhe a indenização de cinco milhões de francos[89].

Como já citado no curso desta tese, José Cretella Júnior lembra mais um caso famoso no Brasil, o mais conhecido caso de *erro judiciário*, relativo a Mota Coqueiro, ocorrido há mais de 100 anos (1852).

Habitando numa fazenda, na região de Macaé, Estado do Rio de Janeiro, Mota Coqueiro era homem de posses, dado a conquistas amorosas. Tendo havido, certa ocasião, verdadeiro morticínio na fazenda, Mota Coqueiro foi acusado, julgado e condenado à morte

---

[86]LUIS CARLOS, Làsinha. *Erros judiciários.* São Paulo: Ed. São Paulo, Vaner Bígego, 1973. v. 1, p. 37-67.

[87]LIMA, Carlos de Araújo. *Os grandes processos do júri.* Rio de janeiro: Ed. Artenova, 1970. p. 275-366.

[88] CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 261.

[89] WALINE, Marcel *Droit Administratif.* 9. ed. Paris: Sirey, 1963. p. 910; CRETELLA JÚNIOR, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 261.

pela forca, em razão de testemunho de inúmeros empregados que o acusaram do crime. Mais de vinte anos após a execução de Mota Coqueiro, o escravo Herculano, então liberto, confessou o crime, contando que efetuara a chacina a mando da esposa do executado, movida por violento acesso de ciúmes do marido que tivera caso amoroso com a filha de Francisco Benedito, um de seus meeiros na fazenda, do que resultara altercação e consequente rixa, seguida de expulsão da terra, bem como de queixa à autoridade policial.

O meeiro e sua família, expulsos da fazenda, apareceram mortos, pouco depois, com a casa incendiada e os corpos carbonizados.

O Imperador D. Pedro II, que havia negado indulto ao fazendeiro em 1855, impressionado com a injustiça e com sua absoluta impossibilidade de reparação, resolveu em 1884, abolir, pelo menos indiretamente, a pena de morte no Brasil[90].

> Na história do nosso direito penal, vê-se o magnânimo Pedro II, usando do direito de graça para, sistematicamente, evitar pena de morte, que era imposta, mas não executada. Convertia-se em galés perpétuas. Assim, a legislação criminal da República encontrou praticamente abolido o suplício extremo (cf. Basileu Garcia, *Instituições de Direito Penal*, 1952, vol. I, tomo 2, p. 674)[91].

"L'erreur judiciaire, La vérité sur l'affaire Dreyfus"[92].

"J'accuse". Le debuts de l'affaire Dreyfus (1894) [93].

O jovem Capitão Alfred Dreyfus, vítima de erro judiciário, embora sempre sustentasse sua inocência, no ano de 1894, foi acusado de crime de traição e de espionagem a favor da Alemanha (revelação de segredos e informações militares privilegiadas), o que lhe resultou perda da patente militar, degradação pública e condenação à prisão perpétua, sendo deportado para a Ilha do Diabo, na Guiana Francesa, em 1895. Tendo sido negado o primeiro recurso de revisão, posteriormente veio a ser declarado inocente, reabilitado, indultado e

---

[90] CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 262.

[91] Id., Ibid., p. 262.

[92] BERNARD, Lazare. *L'erreur judiciaire, La vérité sur l'affaire Dreyfus*. 6,.Novembre, 1896. Paris. Livreto distribuído em 6 de novembro de 1896 a membros da Câmara dos Deputados e do Senado e também a intelectuais eminentes e às elites francesas.

[93] ZOLA, Émile. *J'accuse*. Paris: La bibliothéque Gallimard, 2003. p. 5-6 (o início do caso Dreyfus).

indenizado, após descoberto o verdadeiro traidor e demonstrada a falsificação de documentos nos quais se fundamentou a sentença condenatória[94].

Eis, pois, em apertada síntese, o arrêt ou "Affaire Dreyfus". Esse episódio foi fielmente retratado pelo célebre escritor francês Émile Zola quando da "arrestation e procès inique contre Alfred Dreyfus (15 octobre 1894-15 janvier 1895)", em carta aberta ao presidente Felix Faure publicada no jornal de esquerda "L'Aurore", na qual Zola trabalhara durante dois dias e uma noite inteira para produzir uma obra prima de literatura política, sob o título de "J'accuse", que fez inserir em seu preâmbulo, *"Le debuts de l'affaire Dreyus (1894)"*[95].

Conforme preciosa e detalhada narração de Louis Begley, em 1894, uma denúncia de espionagem abalou o alto escalão do Exército francês - dizia-se que um oficial estaria fornecendo informações sobre um novo canhão aos alemães. A suspeita logo recaiu sobre Alfred Dreyfus, jovem e brilhante capitão da Artilharia. Apesar de ser um soldado exemplar e com nenhuma falta no currículo, o fato de ser judeu pesou profundamente - na época, o antissemitismo estava disseminado na França. Além disso – acrescenta Louis Begley – Dreyfus não tinha o perfil de um espião ou traidor. Ele era rico, tinha um casamento feliz e dois filhos pequenos, era um homem sem dívidas nem vícios, formado em duas instituições de elite, a École Polytechnique e a École Supérieure de Guerre (equivalente, no Exército francês, ao *Army War College* dos Estados Unidos), e nesta última instituição graduara-se bem classificado em sua turma, obtendo assim a cobiçada posição de oficial em treinamento do Estado-Maior. Nada lhe barrava o caminho para se tornar um general. Por que um homem desses iria vender documentos secretos ao adido alemão? Só havia uma resposta possível: ele era judeu[96].

---

[94] BEGLEY, Louis. *O Caso Dreyfus – Ilha do Diabo, Guantánamo e o pesadelo da história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 11-12; BRASIL, Ubiratan. *Pesadelos Jurídicos:* Semelhanças entre o absurdo jurídico da França do século 19 e Guantánamo inspiram livro. In: O Estado de S.Paulo. ed. 02 de janeiro de 2011, caderno "Cultura".

[95] ZOLA, Émile. *J'accuse*! Paris: La bibliothèque Gallimarg, 2003. p. 5.

[96] BEGLEY, Louis. *O Caso Dreyfus – Ilha do Diabo, Guantánamo e o pesadelo da história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 25-26; BRASIL, Ubiratan. *Pesadelos Jurídicos:* Semelhanças entre o absurdo jurídico da França do século 19 e Guantánamo inspiram livro. In: O Estado de S.Paulo. ed. 02 de janeiro de 2011, caderno "Cultura".

Antes de sair da prisão de Rennes, Dreyfus escreve a seguinte declaração: “A liberdade nada significa sem honra. Vou continuar a reparação do terrível erro judiciário de que sou vítima. Quero que toda a França saiba que sou inocente. Meu coração não ficará tranquilo enquanto não houver um só francês que me impute o crime que outra pessoa cometeu” [97].

O mesmo caso é citado por Edmir Netto de Araújo [98], em apertada síntese, fazendo referência a diversos outros rumorosos casos de erro judiciário no âmbito internacional e no Brasil: “no âmbito internacional, talvez o caso mais famoso tenha sido o do jovem capitão Alfred Dreyfus, cujo julgamento suscitou as maiores polêmicas entre políticos e intelectuais da época (1894), na França e em outros países”[99].

Foi o oficial acusado de traição à pátria, com base em suposições do serviço de contra-espionagem francês, pelo fornecimento de segredos e informações militares à Alemanha. Existia, mesmo, uma carta nesse sentido, cuja autoria foi atribuída a Dreyfus, pela semelhança da caligrafia. Tendo sido declarado culpado, em 1895, foi condenado às penas de perda da patente militar, degradação e prisão, mas protestando sempre por sua inocência.

Posteriormente, descobriu-se terem sido falsificados os documentos em que se fundou a sentença. Os verdadeiros culpados apontados, um deles (Esterhazy) foi condenado à prisão, e o outro (Coronel Henry) suicidou-se.

Finalmente, em julho de 1906, foi reconhecida em definitivo sua inocência pelo “Supremo Tribunal” Francês: em consequência foi o comandante Dreyfus reabilitado, reintegrado em todos os seus direitos e feito Cavaleiro da Legião de Honra.

Este foi um caso típico de indução a erro dos magistrados franceses, que julgaram com base em documentos e testemunhos falsos[100].

Em continuidade ao já relatado, Edmir Netto de Araújo[101] lembra mais um caso conhecido na literatura do erro judiciário: é o caso do “Padeiro da Ilha de Malta”; o caso

---

[97] LUIS CARLOS, Làsinha. *Erros judiciários*. v. I. São Paulo: São Paulo, 1973. p. 177.

[98] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 171-176.

[99] LUIS CARLOS, op.cit., p. 151-181.

[100] ARAÚJO, op. cit., p. 144-145.

ocorreu na Ilha de Malta, em princípios do século XVIII. Em plena rua, pela manhã, está tombado ao chão um homem que acaba de ser assassinado, com um punhal enterrado nas costas. De seu corpo escorre sangue, formando poças ao pavimento desigual. Pouco mais adiante, encontra-se uma cesta de pães, que parece ter caído das mãos de alguém, pois os pães espalham-se pela rua. Acorrem alguns guardas, armados de lanças[102].

Segundo relato de Edmir Netto de Araújo, em um assassinato ocorrido na rua, o padeiro, que fora ver o que acontecera, viu-se preso pela polícia e acusado do crime, por ter sido encontrada, em seu poder, a bainha do punhal homicida[103].

Ainda na resenha de Edmir Netto de Araújo, baseando-se em provas circunstanciais, e em confissão obtida através de torturas policiais, o juiz Cambo condenou o acusado à morte. O réu foi executado. Todavia, posteriormente, apareceu o verdadeiro culpado, que confessou e, mais que isso, disse que o próprio juiz Cambo havia sido testemunha ocular do crime, e o reconheceu. Fugiu, na ocasião, e foi com surpresa que soube da condenação do padeiro. Mas, tendo sido preso por outro crime, resolveu confessar.

Ouvido, o juiz Cambo confirmou o relato do verdadeiro assassino, alegando que não lhe competia intervir a favor do padeiro, mas apenas julgar de acordo com a prova dos autos; não devia prestar espontaneamente declarações, pois nada lhe foi perguntado, visto que era um escravo da lei. Tinha visto o crime como um homem, mas foi como juiz que funcionou no julgamento: preferiu condenar o inocente a violentar seus escrúpulos legais.

Aqui, verificou-se o julgamento fundado em falsa acusação, ocultada a verdade por desígnios pessoais do juiz (dolo), e intransigência obstinada diante do erro manifesto, por convicções pessoais (provavelmente insanidade mental) do juiz.

A corte da Ordem dos Cavaleiros de Malta que julgou o magistrado condenou-o à perda de seu cargo, degradação e indenização à família da vítima[104].

---

[101] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 145.

[102] LUIS CARLOS, Làsinha. *Erros judiciários.* v. I. São Paulo: São Paulo, 1973. p. 69 *apud* ARAÚJO, Edmir Netto de Araújo de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 145.

[103] LUIS CARLOS, Làsinha. *Erros judiciários.* v. I. São Paulo: São Paulo, 1973. p.69-80.

[104] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p.144-146.

O juiz Cambo foi ouvido pelos Cavaleiros de Malta, sentados em um círculo, tendo ao centro o Grão Mestre. Todos com os seus trajes pretos, com capas, ao lado esquerdo do peito uma cruz de Malta[105].

Conforme relata Edmir Netto de Araújo, em nossos dias, tristemente célebre foi o caso dos irmãos Naves, ocorrido em Araguari, cidade de Minas Gerais, em 1938.

Benedito Pereira Caetano, primo e sócio de Sebastião e Joaquim Naves Rosa, visitara estes dois parentes trazendo consigo grande quantia em dinheiro, que pedira emprestado, mas depois se dirigira às festas da Semana Araguarina e não mais regressara à casa de Joaquim, onde se hospedara. Tendo combinado Joaquim uma viagem a Uberlândia com o primo Benedito, que não regressara, o primeiro dirigiu-se à Delegacia de Polícia, revelando sua preocupação ao Delegado.

Dias depois, o novo delegado acusa os irmãos Naves de haverem assassinado o primo Benedito, a fim de se apoderarem da fortuna daquele, contando com o testemunho de pessoas que afirmaram terem visto o caminhão da vítima, esperando Joaquim, na festa.

Submetidos a interrogatórios e torturas, na prisão, acabaram "confessando" o crime que não tinham praticado, tendo sido condenados a 25 anos de prisão, em novo júri, pois haviam sido absolvidos no primeiro. A pena foi depois reduzida para 16 anos e seis meses.

Tendo cumprido oito anos de prisão, os irmãos Naves foram libertados, mas Joaquim faleceu, logo depois, em consequência de moléstia contraída, enquanto preso, ao passo que o irmão ficou mentalmente perturbado.

Em 1952, Benedito, o primo "assassinado", foi localizado, vivo, em Uberlândia. Ao ser interrogado, disse que, naquele dia de festas, em Araguari, fora assaltado por terceiros não identificados que lhe levaram todo o dinheiro que pedira emprestado e, como não tinha com o quê pagar aos emprestadores, fugira envergonhado para Mato Grosso, onde se casou, sem saber o que ocorrera com os primos, condenados injustamente por sua causa.

Conclui Edmir Netto de Araújo, dizendo que esse foi um caso típico de condenação errada por defeitos na instrução processual, feita por delegado e promotor não habilitados devidamente, o mesmo se dizendo em relação ao juiz de paz interinamente nomeado juiz de direito. Realmente, é inacreditável que tenham sido condenados sem corpo

---

[105] LUIS CARLOS, Làsinha. *Erros judiciários.* v. I. São Paulo: São Paulo, 1973. p.69-80.

de delito, com provas frágeis, baseando-se em confissão que, aparentemente, foi extorquida[106].

Não há dúvida de que cabe ação contra o Estado, em decorrência desse flagrante erro judiciário.

Também se poderia citar o caso de Alberto Jorge Franco Bandeira, o Tenente Bandeira, condenado a 15 anos de reclusão pelo assassinato de Afrânio Arsênio de Lemos, no famoso "Crime do Citroën Negro" [107], e Carlos de Araújo Lima. [108]

O crime havia ocorrido - escreve Edmir Netto de Araújo -, "com características passionais, tendo sido o referido oficial da Aeronáutica envolvido pelo fato de namorar, na ocasião, a mesma moça que a vítima". O autor continua: "Alguns testemunhos o incriminaram, e seus antecedentes não eram bons. A opinião pública foi mobilizada. Estabeleceu-se a polêmica pela imprensa".

Nesse clima, a polícia, no intuito de resolver rapidamente o caso, forçou, ao que parece, provas e situações. Na verdade, certas testemunhas foram tendenciosas: seus depoimentos foram obtidos de forma irregular, e essa nulidade não foi considerada.

Houve também testemunha que se disse ocular (Avancini), que foi trazida, no caso, de forma suspeita, depois de ter ficado mais de um mês escondida por advogado que participou do caso. Seu depoimento, além disso, não foi firme, sem contradições. Mesmo assim, talvez em razão das pressões da imprensa, Bandeira foi condenado, em 1954, tendo cumprido boa parte da pena. Todavia, jamais deixou de protestar inocência.

As campanhas pró e contra Bandeira continuaram através dos jornais e revistas da época, sobressaindo-se a posição do ex-deputado Tenório Cavalcanti, clamando pelo reconhecimento do erro judiciário que, sustentava, teria ocorrido.

---

[106] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 147-148.

[107] Id., Ibid., p. 148-150.

[108] LIMA, Carlos de Araújo. *Os grandes processos do júri.* Rio de janeiro: Ed. Artenova, 1970. p. 275-366 (a referência ao "Crime do Citroën Negro" se refere ao tipo de veículo utilizado pelo denunciado no dia do crime, de propriedade da vítima Afrânio Arsênio de Lemos, conforme denúncia oferecida pelo representante do Ministério Público).

Foram envolvidos nomes de políticos da época, como mandantes. Falou-se, mesmo, de um famoso contraventor e contrabandista, na ocasião.

Após ter ficado cerca de oito anos na prisão, foi indultado pelo Presidente da República, Juscelino Kubitschek, em 27 de dezembro de 1960. Iniciando, então, nova luta: desta feita, para a reabilitação e reintegração na Aeronáutica.

Foi, entretanto, curiosa a tática judicial utilizada por seu advogado para esse fim. Impetrou o HC 50.010, visando a anular o julgamento condenatório por nulidades processuais e na composição do corpo de jurados. O Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem finalmente, em 11 de dezembro de 1972; com o que deveria ser marcado novo júri, o que efetivamente ocorreu. O juiz decretou-lhe a prisão preventiva, mas Bandeira não foi capturado, nem compareceu ao novo julgamento marcado, o que obrigou a outro adiamento.

Finalmente, conseguiu-se levar a efeito o júri, em 24 de janeiro de 1973, julgamento este que terminou empatado.

Ocorre, entretanto, que a punibilidade de Bandeira prescrevia no dia seguinte, 25 de janeiro de 1973, e, por essa razão (julgamento anterior anulado e punibilidade prescrita), não se marcou nova sessão de julgamento.

De posse das duas coisas principais que perseguia, nulidade do julgamento e prescrição da punibilidade, a batalha judicial, para Bandeira, terminou nesse ponto.

Realmente, em termos práticos, isso significava que, oficialmente, Bandeira não era acusado do crime em espécie. E como por ele não mais poderia ser processado, em razão da prescrição, não houve interesse, por exemplo, em revisão criminal, caso fosse condenado no novo júri, que, obviamente, não se realizou. Pleiteou, então, a reintegração na Aeronáutica. Essa reintegração realmente ocorreu através de providência do Presidente da República, de 7 de janeiro de 1974, que anulou o decreto de 19 de janeiro de 1955, que havia formalizado a perda da patente, tudo com fundamento na anulação do julgamento condenatório e na prescrição da pena.

O oficial recebeu os soldos atrasados, mas foi reintegrado sem promoção vertical, ficando no posto de 2° Tenente Aviador, pois não fizera os cursos a que estaria obrigado. Assim, foi promovido apenas por tempo de serviço, passando compulsoriamente para a reserva remunerada, o que, também, em nossa opinião é discutível.

Como se vê, não utilizou o remédio previsto pela legislação, que era a revisão criminal, após eventual júri condenatório: preferiu não se arriscar ao revés processual, que lhe impediria a reintegração na Aeronáutica, objetivo principal visado.

Utilizou o advogado a tática judicial que, em seu entender, era mais segura.

Oficialmente, portanto, não se declarou a inocência do Tenente Bandeira, nem se declarou a existência de erro judiciário.

Que o acusado conseguiu, ao menos em parte, o seu intento, não há dúvida: mas, erro judiciário? Jamais se saberá ...[109].

José Cretella Júnior lembra que não é muito abundante a casuística de nossos tribunais a respeito da obrigação de indenizar por parte do Estado, em decorrência de ato judicial danoso[110]. Todavia, lembra mais um caso de erro judiciário: "Oito anos de prisão injusta".

O autor começa dizendo que, em 20 de outubro de 1997, no dia exato em que completava 33 anos de idade, o segurança Wagno Lúcia da Silva foi preso em casa, no bairro Matriz de Belo Horizonte, acusado de haver matado, a golpes de faca, e roubado o chofer de praça Rodolfo Cardoso Lobo.

Nessa ocasião, estava acompanhado da filha Taís, de 3 anos de idade.

Apanhando dos policiais, na frente dos parentes e amigos, e, depois, na Delegacia, onde foi cruelmente torturado, Wagno não confessou o crime, que, aliás, nem cometera, sendo mandado para a Casa de Detenção, depois de ter sido condenado pelo Júri.

Mais tarde, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por solicitação do advogado de Wagno, reviu o caso e, por unanimidade, proclamou a inocência do acusado, que voltou para casa, abraçando a filha, então com 11anos.

O mesmo advogado, Dino Miraglia, disse aos jornalistas que está preparando uma ação de indenização contra o Estado de Minas Gerais, pelo erro judiciário que lhe causou danos morais e materiais[111].

---

[109] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 148-150.

[110] CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 264.

[111] Idem. *Crimes e julgamentos famosos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 144.

4.1.3. Importância e atualidade do tema

O Capítulo III da presente tese de doutorado trata de tema concernente à responsabilidade do Poder Público por ato jurisdicional, ou seja, ato praticado por juiz ou tribunal judiciário em sua função específica de elaboração e entrega da prestação jurisdicional, ato que, viciado, cause dano pessoal, moral ou patrimonial ao administrado.

Trata-se de matéria controvertida na esfera jurisprudencial, relutando os juízes e tribunais pátrios a adotar essa linha de orientação, em razão principalmente: (a) dos conceitos de soberania do Poder Judiciário em sua função judicante; (b) da coisa julgada; e (c) do *status* especial do magistrado. Na verdade, a própria condição de julgadores, julgando membros da própria classe, influi, sem qualquer dúvida, em grande parte das decisões que concluem pela irresponsabilidade do Poder Público por atos danosos, praticados no exercício de sua função de dizer o Direito[112].

Na percuciente observação de José Cretella Júnior: "Pelos prejuízos que os atos judiciais causem aos administrados responderá o Estado, quer se prove a culpa ou o dolo dos magistrados, quer os danos sejam ocasionados pelo serviço de administração da Justiça, que é, antes de tudo, serviço público do Estado" [113].

Como bem colocou Yussef Said Cahali, quando afirma que a irresponsabilidade dos danos causados pelos *atos judiciais,* sem embargo da concessão feita à reparação dos danos resultantes do *erro judiciário,* constitui o último reduto da teoria da irresponsabilidade civil do Estado[114].

Em prol do reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, a bem abalizada avaliação de José Cretella Júnior, quando observa: "Se o Estado, posto pelo homem, cria uma

---

[112] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 11.

[113] CRETELLA JÚNIOR, José. *Crimes e julgamentos famosos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.260.

[114] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 469.

série de serviços para atender o público, do aparelhamento estatal só devem promanar *benefícios* para a coletividade"[115].

O tema escolhido para esta tese tem por escopo dar enfoque especial, como ponto central, ao problema da responsabilidade do Estado por danos causados ao particular quando do exercício das funções jurisdicionais, ou seja, as lesões a direito do particular provocadas por erro judiciário e por prisão indevida, ou aquele que ficar preso por prazo superior ao tempo fixado na sentença, nos termos do artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal de 1988. Isto é, danos em geral decorrentes da atividade jurisdicional, que não podem ficar à margem de indenização a cargo do Poder Público, empenhando a responsabilidade estatal.

4.1.4. Identificação do erro judiciário

Erro judiciário, em síntese, é toda atuação judicial danosa enquanto exercício de função estatal atinente ao Poder Judiciário[116].

O *erro judiciário* é o equívoco da *sentença judiciária*, quer no âmbito civil, quer no âmbito criminal. O homem é falível e não abdica dessa condição ao ser alçado ao nobre cargo de julgador.

Consubstanciado na *sentença judiciária*, civil ou penal, o *erro judiciário* não pode permanecer. Cumpre à parte a iniciativa para a movimentação do aparelhamento judiciário. Quando se fala em *erro judiciário*, pensa-se na sentença criminal de condenação injusta, mas o erro judiciário por extensão abrange também a prisão preventiva injustificada ou detenção, sem justa causa, cujos danos patrimoniais e morais são patentes[117].

---

[115] CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.304.

[116] HENTZ, Luis Antonio Soares. *Indenização do erro judiciário*. São Paulo: Leud, 1996. p. 17-18.

[117] CRETELLA JÚNIOR, José. *Op.cit*. p. 253.

4.1.5. A natureza do ato jurisdicional para o direito administrativo

Edmir Netto de Araújo anota, depois de citar diversos autores admiráveis, que merece especial relevo, também, a colocação da matéria no contexto geral da ciência do Direito.

Será o tema típico de Direito Administrativo, ou deve ser estudado em outro ramo, por outra disciplina?

Para José Cretella Júnior, embora complexo, suscitando muita controvérsia entre os administrativistas, o tema da obrigação de indenizar por parte do Estado, em decorrência de atividades judiciais, quer jurisdicionais, quer não-jurisdicionais (= administrativas), não há a menor dúvida de que a matéria é administrativa, porque se trata de serviço público – aspecto material -, desempenhado por agente do Estado, já que o magistrado é, sem sombra de dúvida, *funcionário público* [118].

Waline [119], por exemplo, não o coloca entre os assuntos desta matéria. É conhecida a posição do administrativista francês sobre o problema: "A questão não é concernente ao Direito Administrativo, pois se trata, na hipótese, de serviços não administrativos. Mas, tradicionalmente, é anexada aos estudos de Direito Administrativo".

Rivero [120] estabelece distinção entre a organização dos serviços judiciários, em que incidiria em sua plenitude a possibilidade de responsabilização integral do Poder Público de acordo com a doutrina e princípios do Direito Administrativo, e o funcionamento da Justiça em si, a atividade jurisdicional propriamente dita, na qual essa possibilidade não se enquadraria no Direito Administrativo, mas no direito processual em geral.

Igualmente, aqueles que propugnam pela irresponsabilidade estatal no exercício da função jurisdicional, inclusive no direito brasileiro, emitem opiniões e conceitos tendentes à exclusão da matéria do campo do Direito Administrativo.

---

[118] CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 142.

[119] WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. 9. ed. Paris: Editions Sirey, 1963. p. 909.

[120] RIVERO, Jean, *Droit Administratif,* 8.ed. Paris: Dalloz, 1977. p. 295

Na verdade, como já demonstramos na exposição do tema, a doutrina aponta, tradicionalmente, desde Aristóteles, as três funções básicas para a entidade abstrata "Estado": deliberação, comando e justiça, às quais correspondem, em nossos dias, aquelas ao menos doutrinariamente exercidas pelos "Poderes" Legislativo, Executivo e Judiciário, como resultado da doutrina da "Separação de Poderes" do Estado.

As funções de elaboração do seu direito positivo, de dizer o direito aplicável a interesses em litígio, e de execução das leis e organização dos serviços públicos - legislar, judicar e administrar - constituem atributos indisponíveis da soberania de um determinado Estado, soberania indivisível e exercida pela referida entidade abstrata através de seus *agentes públicos.*

Tais agentes públicos são conceituados como representantes do Estado. E, diante da indivisibilidade apontada, existem nos órgãos dos três Poderes dos Estados que possuem essa separação, e não apenas nos do Poder Executivo.

Parece-nos, e isto já foi demonstrado no decorrer desta exposição, sem sombra de dúvida, que o juiz é um agente público, mais exatamente um funcionário público, quer pratique atos administrativos de sua competência, quer pratique atos jurisdicionais.

Então, na qualidade de parcela do poder estatal, ou *lato sensu,* da Administração, é caracterizado como representante dessa entidade abstrata "Estado", para a tarefa de distribuir justiça, e assim, como também já demonstrado, possuirá com o seu representado aquele liame necessário à responsabilização do Poder Público por atos danosos de seus agentes; essa responsabilidade é fundamentada no principio geral da distribuição equitativa dos ônus e encargos públicos por todos os administrados.

Ao exercer o monopólio da composição dos litígios, por meio da atividade jurisdicional, exerce o Estado um serviço público, à disposição de toda a sociedade.

A natureza de serviço público dessa atividade evidencia-se com a necessidade de se efetuar o pagamento das custas judiciais, para se obter a contraprestação estatal, materializada com a atuação judicial.

As custas judiciais, por sua vez, possuem natureza jurídica de taxas, adequando-se ao conceito preconizado no artigo 77 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

> As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Dessa forma, esclarecida a qualidade de serviço posto à disposição de toda a sociedade, a atividade jurisdicional deve ser analisada sob o mesmo prisma pelo qual se analisam as diversas formas de atuação estatal em relação à coletividade.

Segundo Luiz Antonio Soares Hentz, é imperioso que se exponha a natureza do ato jurisdicional em face do direito administrativo.

O mais singelo entendimento acerca da sentença é o que a qualifica como ato administrativo, mediante a equiparação do juiz ao administrador público na medida em que ambos aplicam a lei ao caso concreto. O preceito contido na sentença é a vontade da lei, que o Estado-juiz declara.

Valem os mesmos fundamentos para os atos jurisdicionais em geral, porque exercitados por ente que congrega a vontade do Estado, e com maior razão para os atos jurisdicionais, por conterem uma determinação, um comando, em nome do Estado.

A qualidade de agir do juiz, portanto, é o que torna o ato jurisdicional específico como espécie de ato administrativo. Não fosse a especial propriedade que tem o ato jurisdicional de ser imperativo, comportar-se-ia como um ato idêntico aos emanados dos órgãos exercentes de funções executivas.

O ato administrativo, em verdade, não foge às formulações gerais do ato jurídico, sendo, portanto, declaração de vontade realizada pela Administração no exercício de um poder-dever administrativo[121].

A essa colocação não escapa o ato jurisdicional, que não obstante as particularidades que o tornam objeto de recursos próprios, é uma emanação da vontade estatal, como ocorre com a realização do ato administrativo pela esfera de poder chamada de administração [122].

Essa colocação preliminar enquadra, inquestionavelmente, a matéria no campo de estudos do Direito Administrativo.

---

[121] HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: Ed. Leud, 1996. p. 19-20.

[122] DELVOLVÉ, Pierre. L'acte Administratif. Paris: Daliz, 1983, p. 70. Afirma o autor: *"les organes jurisdicionels adoptent des actes jurisdictionels qui, comme tels, ne peuvent faire l'objet que de certaines vois de recours qui leur son propres", apud* HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: Ed. Leud, 1996. p. 20.

4.1.6. Erro de procedimento e erro de julgamento

Luis Antonio de Camargo diz que costumamos chamar o "erro no julgamento penal" de *erro judiciário*, dando-se a equivocada impressão de se tratar referido erro como o único passível de comportar a modalidade em estudo, quando, na verdade, também ocorre em processos não-penais. Nasce, então, o hábito de alusão à modalidade de erro judiciário como sendo aquele decorrente de erro no julgamento penal, por se tratar da primeira preocupação dos efeitos do *error*, pois incide na irreparabilidade de, por exemplo, impedir-se injustamente alguém do exercício ao direito de liberdade [123].

Sérgio de Oliveira Médici anota que se fala em *error in judicando* e em *error in procedendo*, para separar as duas modalidades de erro verificadas numa decisão judicial.

Os *errores in judicando*, segundo opinião doutrinária generalizada, são aqueles cometidos pelo juiz, relativamente ao juízo de direito, quer no tocante ao direito material, quer ao direito processual. Em outras palavras, a violação ou a errada aplicação da lei, pelo juiz ou tribunal, ao julgar, configura *error in judicando.*

A não-observância, pelo juiz, dos preceitos estabelecidos nas leis processuais, relativamente à disciplina do procedimento, configura o *error in procedendo* [124].

Nesse tema, conclui Luis Antonio de Camargo:

> É enfim o erro judiciário decorrência de todo e qualquer *error in procedendo* ou *error in judicando* que ocorreu em quaisquer esferas processuais, processos cíveis, criminais, trabalhistas etc., sendo certo, entretanto, de que seja lá onde se instale o erro em questão, capaz de causar dano ao jurisdicionado, por óbvio ele irá se valer do processo civil como meio instrumental de permitir-lhe a justa reparação, fundada no direito material próprio[125].

O sistema processual conhece dois tipos de erros, expressos na nomenclatura latina, normalmente: *error in procedendo* e *error in judicando.* Quer dizer: erro de

---

[123] CAMARGO, Luis Antonio de. *A responsabilidade do Estado e o erro judiciário.* Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 70.

[124]MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 221.

[125]CAMARGO, Luis Antonio de. *A responsabilidade do Estado e o erro judiciário.* Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 71.

procedimento e erro de julgamento. A compreensão de cada tipo é facilitada pela explicação que se segue.

Só existe julgamento se, ao processo, foi dado um fim mediante sentença ou acórdão que lhe faça as vezes, qualificando o erro como sendo de *julgamento (error in judicando),* a desacertada aplicação da lei ao caso submetido à atuação judicial.

Na hipótese da ocorrência do erro judiciário, assim chamado porque a decisão jurisdicional configura um *error in judicando*, cabível a ação regressiva contra o prolator daquela decisão, salvo a comprovação de erro invencível, plenamente justificado pelas circunstâncias[126].

Se o erro advém de decisão ou despacho, diz-se que houve erro de procedimento (*error in procedendo*). Nesse caso, como o processo não atinge o seu fim, nem se encerra a entrega da prestação jurisdicional como atuação judicial dessa natureza intermediária, acontece de ser mais difícil de caracterizar-se o erro. A decisão ou despacho podem ter sido externados no legítimo exercício de dirigir o processo e com vistas à formação da convicção do juiz para o julgamento que se avizinha, o que, no entanto, não impede que o procedimento seja danoso aos interessados naquela determinada atuação judicial[127].

Para Yussef Said Cahali, a responsabilidade civil do Estado pelo erro judiciário representa o reforço da garantia dos direitos individuais.

Na França, assinala Bréchon-Monlènes, desde os fins do século XIX, os escândalos provocados pelos erros judiciários suscitaram veemente intervenção dos parlamentares, a fim de assegurar sua reparação, culminando com a Lei de 08.06.1895, reconhecendo a responsabilidade civil do Estado em matéria de erro judiciário [128].

Adverte José Guilherme de Souza que

> é o erro judiciário a mais conhecida das atividades judiciárias danosas, e isso por ser, acima de tudo, a mais espetacular, em função de ser a que mais gravemente lesiona e ofende os direitos individuais. Via de regra, ocorre na justiça criminal e consiste na aplicação, a uma pessoa posteriormente

---

[126] SOUZA, José Guilherme de. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária*. RT 652/38.

[127] HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização do erro judiciário*. São Paulo: Leud, 1996. p. 21-22.

[128] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 474.

> reconhecida inocente, de um gravame de grandes proporções, a ponto de atingir a vida, os bens, a honra e a família do lesado [129].

Estamos nos referindo, também, nessa hipótese, sobre a obrigatoriedade, ou poder-dever que o Estado tem de exigir do funcionário público, causador do dano ao particular, a *repetição* da quantia que a Fazenda Pública teve de adiantar à vítima de ação ou omissão, decorrente do mau funcionamento do serviço público, por dolo ou culpa do agente, nos termos do art. 37, § 6º, da Carta Magna, posto que a atividade judiciária é, inquestionavelmente, um "serviço público". Como acertadamente diz José Cretella Júnior: "O *serviço judiciário* é, antes de tudo, *serviço público*. Ora, o *serviço público* danoso, em qualquer de suas modalidades, é serviço danoso do Estado. Por que motivo excluir, por exceção, a espécie *serviço público judiciário*, do gênero *serviço público* geral? [130].

No ponto, o escólio 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).

No mesmo sentido, Juary C. Silva aceita 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 ideia de responsabilidade de quem o executa, em qualquer modalidade, em face da juridicização da atividade estatal e da submissão do Estado ao Direito, nos moldes do constitucionalismo subsequente à Revolução Francesa[131].

E o mesmo autor cita, a título de ilustração, dois casos, um nacional e outro estrangeiro, ambos famosos: no Brasil, na década de 1940, dois irmãos, de sobrenome Naves, foram condenados a longas penas de prisão pela morte de uma pessoa cujo cadáver não foi encontrado. Décadas depois, o verdadeiro criminoso foi identificado, o que ensejou a

---

[129] SOUZA, José Guilherme de. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária*. RT 652/37.

[130] CRETELLA JÚNIOR, José. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais.* RDA 99/13-32. Rio de Janeiro, janeiro-março de 1970.

[131] SILVA, Juary C. *Responsabilidade do Estado civil do Estado por atos jurisdicionais.* RT, vol. 351, p. 19-50.

reabertura do processo e o inocentamento dos condenados, um deles, a essa altura, já falecido na própria prisão. O condenado inocentado e sobrevivente permaneceu 26 anos na prisão. No outro caso, no início do século, o capitão Dreyfus, oficial francês, foi condenado à pena de prisão perpétua na Guiana Francesa, acusado de crime de alta traição. Reaberto o processo, foi inocentado e reabilitado, recuperando todos os títulos e honras militares que lhe haviam sido cassados em função da condenação.

Como se vê, é de sérias e graves consequências, praticamente irreparáveis, o chamado erro judiciário, pelos nefastos efeitos que provoca [132].

4.1.7. Erro judiciário no processo cautelar

Não é só no processo de conhecimento que se identifica o erro judiciário, aparecendo no processo cautelar quiçá até com mais intensidade, tanto de natureza civil quanto penal.

O processo cautelar é meio pronto e eficaz para assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingido o estágio último da prestação jurisdicional. Socorre-se da tutela antecipada para assegurar a eficácia e utilidade da definitiva, não se fugindo à subsidiariedade deste em relação a outro processo, dito principal.

Ocorre que o afã de garantir o resultado que se obterá com a tutela jurisdicional definitiva pode ser fonte fértil de medidas lesivas ao interesse dos particulares[133].

Na essência, não difere o erro judiciário proveniente do processo cautelar de qualquer outro, senão no fato de que se revela na sentença penal absolutória ou na improcedência da ação civil[134]. Faz essa distinção Romeu Pires de Campos Barros, no processo cautelar penal, dizendo que a revisão criminal volta-se contra a coisa julgada, tendo em mira o erro praticado pelo juiz no processo de conhecimento condenatório, ao passo que o

---

[132] SOUZA, José Guilherme de. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária*. RT 652/38.

[133] HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização do erro judiciário*. São Paulo: Leud, 1996. p. 27.

[134] Id., Ibid., p. 27.

erro ocorrido no processo cautelar é, ao reverso, demonstrado através da coisa julgada, justamente quando a sentença penal condenatória adquire a imutabilidade que lhe é própria. Portanto, o erro judiciário que se procura constatar por meio da revisão criminal resulta da sentença penal condenatória, enquanto o erro judiciário que infirma a imposição de medida cautelar revela-se, quase sempre, através da sentença penal absolutória, visto que esta demonstra a inocência do acusado, e a consequente injustiça da imposição da medida cautelar [135].

Segundo Luiz Antonio Soares Hentz, a prisão cautelar depois de verificado o descabimento, há de ser tida como fruto do erro judiciário. O que importa acentuar é a forma de reparação desse erro à luz da possível indenização da prisão indevida (art. 5º, LXXV, da Constituição Federal) e diante da detração penal a que se refere o art. 42 do Código Penal.

O Código Penal, pelo que se depreende do teor do citado artigo, foi lógico ao mandar que se descontasse da pena imposta na sentença o tempo que o réu permaneceu preso provisoriamente. Nada mais justo que o abatimento da pena a ser cumprida o período de prisão que antecipadamente ao condenado foi imposta.

É a detração penal, nestes moldes, evidente forma de compensação pela punição antecipada.

O sentido de justiça não está presente, no entanto, na hipótese de absolvição a que se sucede a prisão cautelarmente imposta. Nesse caso o erro judiciário se evidencia de modo a permitir àquele que ficou preso indevidamente a justa indenização.

A mesma providência beneficia quem ficar preso sob cautela, na hipótese de ser condenado à pena não privativa de liberdade, ou, se dessa natureza, que permitir o cumprimento em outro regime que não tão rigoroso quanto o que submetido provisoriamente[136].

Antonio Magalhães Gomes Filho, em seu comentário a respeito dos inconvenientes da custódia anterior à condenação, no que toca à reparação dos prejuízos indevidamente sofridos pelo acusado, alerta que as dificuldades residem, principalmente, na tentativa de vincular a indenização nesses casos à noção de “erro judiciário”, o que acaba por

---

[135] BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 510.

[136] HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização do erro judiciário*. São Paulo: Leud, 1996. p. 49.

sugerir que nem sempre uma absolvição posterior indica necessariamente que a prisão cautelar tenha sido errônea; afirma-se – e com razão – que os provimentos cautelares estão baseados em um juízo de probabilidade, além do que o julgamento definitivo posterior pode ser realizado com outras provas que surgirem depois da decretação da custódia ou, ao contrário, diante do desaparecimento de elementos que hajam servido à decisão cautelar [137].

E o mesmo autor acrescenta que os textos internacionais de direitos humanos também são insatisfatórios nesse particular, pois que preveem o direito à reparação somente nos casos de detenção "ilegal" (art. 9º, n. 5, do Pacto Internacional) ou condições contrárias às disposições da própria Convenção Europeia, pois mesmo as prisões provisórias determinadas em conformidade com as normas legais podem ser injustas e, consequentemente, ensejar a reparação[138].

Sustenta Yussef Said Cahali que, "com efeito, não se compreende que, sendo injusta a prisão no que exceder o prazo fixado na sentença condenatória, seja, em tese, menos injusta a prisão do réu que nela é mantido se, ao final, vem a ser eventualmente julgada improcedente a denúncia pela sentença absolutória"[139].

José de Aguiar Dias acrescenta, citando Palma Carlos, que a Administração deve indenização à vítima do erro judiciário, dando lugar ao entendimento de que como tal deve ser interpretado todo erro que importe coação carcerária juridicamente errônea a cidadão inocente[140].

Novamente, referindo-se ao erro judiciário em sentido amplo, Rui Stoco arremata dizendo que podemos agora acrescentar que esse sentido amplo abrange, também, o excesso de pena ou o cumprimento de pena além do tempo fixado na sentença, por força do preceito constitucional contido no art. 5º, LXXV, da CF/88[141].

---

[137] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 75.

[138] Id,. Ibid., p. 75.

[139] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 477.

[140] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 883.

[141] STOCO, Rui. *Responsabilidade do estado por erro judiciário*. Disponível em: http//www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5112.htm. Acesso em: 04 out.2011.

Diante desse mandamento, - argumenta Antonio Magalhães Gomes Filho - principalmente se interpretado em conjunto com a disposição do art. 5º, LVII, parece estar fora de dúvida que o tempo de prisão sofrido a título cautelar deve ser objeto de reparação pecuniária em todas as hipóteses de absolvição; e mesmo no caso de condenação, quando, eventualmente, o prazo fixado na sentença for inferior àquele já descontado provisoriamente[142].

Aderimos ao entendimento esposado por Antonio Magalhães Gomes Filho, quando diz que "parece estar fora de dúvida que o tempo de prisão sofrido a título cautelar deve ser objeto de reparação pecuniária em todas as hipóteses de absolvição"[143], que é, aliás, o mesmo defendido por José de Aguiar Dias [144].

Em nosso ordenamento, a indenização pela prisão decorrente de erro judiciário, cuja disciplina estava limitada às disposições do art. 630 e parágrafo único do Código de Processo Penal, com o reforço do princípio estabelecido no art. 107 da Emenda Constitucional n.1, de 1969, adquiriu maior amplitude com a inovação contida no art. 5º, LXXV, da Constituição de 1988: "O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

Mais uma vez, a intervenção de Antonio Magalhães Gomes Filho, quando disserta sobre "a reparação da prisão cautelar injusta", dizendo que em face da presunção de inocência, o direito à indenização pela prisão cautelar injustamente sofrida decorre automaticamente do reconhecimento definitivo da não-culpabilidade, pois, do contrário, se estaria admitindo a legitimidade de uma medida adotada em razão de um perigo inexistente[145].

Segundo Luiz Antonio Soares Hentz, a fonte dos erros extravasa um tanto o campo em análise, porque impõe a discussão da necessidade de antecipação de provimento judicial, sendo certo, contudo, que o abuso de medidas provisórias a título de urgência exerce forte influência nos casos de erros judiciários. Parece que o legislador optou pelo risco do

---

[142] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 75-76.

[143] Id., Ibid., p. 76.

[144] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. XI. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 857.

[145] Op. cit., São Paulo: Saraiva, 1991. p. 75-76.

dano que causaria eventual cautela mal sucedida, para assegurar semelhante medida em benefício de atingir as finalidades do poder jurisdicional do Estado.

O mal é o uso abusivo do processo cautelar, o que seria evitado em grande parte por melhor exame, pelo juiz, dos casos que lhe são propostos, só concedendo a medida quando presentes os requisitos que a lei fixou para cada espécie[146].

E o mesmo autor arremata:

> Uma espécie de cautela muito usada, pretensamente em favor da proteção à pessoa e ao patrimônio, consiste na prisão do acusado criminalmente, às vezes antes de instaurado o processo. Dessa espécie é a manutenção da prisão em flagrante delito, que é atribuição do juiz a quem a prisão de qualquer pessoa é comunicada imediatamente (art. 5º, LXII, da Constituição Federal), e as prisões preventivas (arts. 311 a 316 do Código de Processo Penal), por pronúncia (art. 408), por sentença condenatória recorrível (art. 393) e a prisão temporária de que trata a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989) [147].

Hoje, porém, a prisão não é necessária, como faz crer a leitura do art. 393, do CPP. Pode ser um dos efeitos da condenação sujeita a recurso, no caso de o juiz negar ao acusado o direito de permanecer em liberdade, para recorrer, como no caso de ser ele reincidente ou possuir maus antecedentes, em caso de crime inafiançável. Nas afiançáveis, desde que preste fiança, não sendo reincidente, pode permanecer solto. Na hipótese de pronúncia, há que se observar, também, atualmente, o disposto no art. 413, § 3º, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei n. 11.689/2008.

Todavia, agora, essa situação foi corrigida pela Lei n. 12.403/2011, editada com o escopo de se evitar o encarceramento do indiciado ou do acusado antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória.

Agora, antes da condenação definitiva, o sujeito só pode ser preso em três situações: *flagrante delito, prisão preventiva* e *prisão temporária.* Mas somente poderá permanecer preso nas duas últimas, não existindo mais a prisão em flagrante como hipótese de prisão cautelar garantidora do processo. Ninguém responde mais preso a processo em virtude da prisão em flagrante, a qual deverá se converter em *prisão preventiva* ou convolar-se em *liberdade provisória.*

---

[146] HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: Ed. Leud, 1996. p. 27.

[147] Id., Ibid., p. 28.

Enfim, antes da sentença final, é imprescindível a demonstração dos requisitos de necessidade e urgência para a prisão cautelar. Além da prisão temporária, cabível nas restritas hipóteses da Lei n. 7.960/89 e somente quando imprescindível para a investigação policial de alguns crimes elencados em rol taxativo, só existe a prisão preventiva, como modalidade de prisão provisória. Mesmo assim, quando couberem outras medidas coercitivas menos drásticas, como, por exemplo, obrigação de comparecer ao fórum mensalmente, proibição de se ausentar da comarca, submeter-se ao monitoramento eletrônico etc., não se imporá a prisão preventiva, a qual passa a ser medida excepcional.

Aliás, atualmente, sem necessidade e urgência, nenhuma medida restritiva será imposta, devendo o juiz conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança: pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, delegado de polícia arbitra a fiança (no valor de 01 a 100 salários mínimos); pena máxima superior a 4 (quatro) anos, só o juiz pode fixar (no valor de 10 a 200 salários mínimos). Em se tratando de infrações inafiançáveis, como crimes hediondos, racismo, tráfico de drogas etc., não havendo necessidade de prisão preventiva, nem de providências cautelares alternativas, também caberá liberdade provisória.

Enfim, hoje não há mais a possibilidade da decretação da prisão provisória decorrente exclusivamente pelo fato de alguém ter sido preso em flagrante delito. Sem urgência e necessidade, não existe segregação cautelar. Ou é caso de prisão temporária, ou o flagrante é convertido em prisão preventiva, por estar presente um dos seus requisitos, ou não existe prisão antes da condenação transitar em julgado.

Atente-se também que o art. 594 do CPP (“o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão”) foi revogado pela Lei nº 9.719/2008, não podendo mais prevalecer o entendimento do STF no julgamento no HC 72.366-SP, rel. Min. Néri da Silveira, e nem tem mais aplicação a Sumula 9, do STJ (“A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”), que dizem respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência de que trata o art. 5º, inciso LVII, da CF.

Em artigo publicado pelo Boletim Informativo ano 8, nº 46, maio/junho/julho de 2011, editado pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, Fernando Capez faz diversas considerações sobre a Lei nº 12.403/2011 e prisão provisória: questões polêmicas. O autor do artigo menciona a 1ª questão polêmica relativa à possibilidade ou não da decretação da prisão preventiva, dizendo que só cabe prisão preventiva para crimes punidos com pena

máxima superior a 04 (quatro) anos (CPP, art. 313). Nos demais, mesmo que demonstrada a necessidade e urgência, a medida não poderá ser imposta[148].

O mesmo autor cita uma hipótese de um sujeito preso em flagrante por praticar, na presença de uma criança de 9 anos de idade, ato libidinoso a fim de satisfazer lascívia própria (CP, art. 218-A). Há indícios de ameaça à vítima e testemunhas, pondo em risco a produção da prova. O juiz constata a necessidade de decretar a prisão preventiva, mas não pode, tendo em vista que a pena máxima do crime não é superior a 04 (quatro) anos. Entende, todavia, que o juiz poderia decretar a preventiva, desde que presentes um dos motivos previstos em lei: (a) necessidade de garantir a ordem pública ou econômica; (b) conveniência da instrução criminal; ou (c) assegurar a aplicação da lei penal, com insuficiência de qualquer outra medida cautelar para garantia do processo[149].

A solução dada pelo autor não conta com nosso apoio, visto que entendemos que não há amparo legal para a decretação da prisão preventiva, eis que não preenche um dos requisitos de ordem objetiva do art. 313 do CPP, que é a exigência de que o crime seja punido com pena superior a 04 (quatro) anos de reclusão, e se exige, também, a aplicação de outra providência acautelatória do rol previsto no artigo 319 do CPP, com a nova redação que lhe deu a Lei n. 12.403/2011, em substituição à prisão preventiva.

Em resumo, a nova lei de medidas cautelares no processo penal veio para restringir - ao máximo possível - as hipóteses de prisão provisória, oferecendo um rol de medidas cautelares alternativas ou substitutivas ao encarceramento.

Cumpra-se a nova lei, imperativamente, e sem mais tardança. Não há que se procurar brechas na lei para decretação da prisão preventiva ou encarceramento indevido, pois, quando se cuida de restrição ao direito à liberdade de locomoção, a gravidade do comportamento estatal patenteia-se pela natureza do direito ofendido e põe-se, inquestionavelmente, em afronta às normas constitucionais, não sendo de se tolerar qualquer fórmula mágica com o escopo de burlar a lei.

---

[148] CAPEZ, Fernando. Lei nº 12.403/2011 e prisão provisória: questões polêmicas. In: *Boletim Informativo*, ano 8, nº 46, maio/junho/julho de 2011: Edição da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, p. 4-7. Exceto se, por exemplo, o investigado ou acusado já tiver sido condenado por outro crime doloso; ou se o delito envolver violência doméstica e familiar; ou se houver dúvida sobre sua identidade civil (CPP, art. 313).

[149] Id., Ibid., p. 5-6.

Com a edição da Lei n. 11.689/2008, que deu nova redação aos dispositivos do procedimento relativos aos processos da competência do Tribunal do Júri, notadamente no que diz respeito à sentença de pronúncia, do antigo artigo 408 do CPP, dando-lhe nova redação no artigo 413, do mesmo estatuto processual, e seus §§ 1º, 2º e 3º, não havendo, pois, automaticamente, a prisão do réu em decorrência da sentença de pronúncia, que não é, a partir desse diploma legal, considerada sentença de pronúncia, mas apenas de *decisão*.

Como já afirmado por Yussef Said Cahali: "E, por outro lado, impondo ao Estado a obrigação de indenizar aquele que 'ficar preso além do tempo fixado na sentença', estará implicitamente também assegurando ao sentenciado o direito de ser indenizado em virtude de prisão 'sem sentença condenatória'" [150].

Nesse sentido, como prisão processual ou cautelar, as ementas do *STJ* e do *STF*:

> PROCESSO CIVIL. ERRO JUDICIÁRIO. ART. 5º, LXXV, DA CF. PRISÃO PROCESSUAL. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS.
> 1. A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5°, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização.
> 2. Assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido. A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar o mais comezinho direito fundamental à vida livre e digna. A absolvição futura revela da ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos (*notoria non egent probationem*).
> 3. O pedido de indenização por danos decorrentes de restrição ilegal à liberdade inclui o "dano moral", que *in casu*, dispensa prova de sua existência pela inequivocidade da ilegalidade da prisão, duradoura por nove meses. Pedido implícito, encartado na pretensão às "perdas e danos". Inexistência de afronta ao dogma da congruência (arts. 2°, 128 e 460, do CPC).
> 4. A norma jurídica inviolável no pedido não integra a causa petendi. "O constituinte de 1988, dando especial relevo e magnitude ao *status lebertatis*, inscreveu, no rol das chamadas franquias democráticas, uma regra expressa que obriga o Estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado pela sentença (CF, art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes à de quem submetido à prisão processual e posteriormente absolvido."
> 5. A fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implicam na valoração da proporcionalidade do *quantum* e na capacidade econômica do sucumbente.

---

[150] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 477.

6. Recurso especial desprovido.
(REsp 427560/To; Rel. Min. Luiz Fux, da 1ª Turma do STJ; DJ. 30.09.2002, p. 204)

Execução penal. Detração penal. Computo de tempo de prisão imposta em outro processo. Possibilidade. Condições. CP, art. 42. LEP, art. 111. CF, art. 5, XV e LXXV. A Constituição da República, em razão da magnitude conferida ao "status libertatis" (art. 5, XV), inscreveu no rol dos direitos e garantias individuais regra expressa que obriga o estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado na sentença (art. 5, LXXV), situações essas equivalentes à de quem foi submetido à prisão processual e posteriormente absolvido.
- Em face desse preceito constitucional, o art. 42, do Código Penal, e o art. 111, da Lei das Execuções Penais, devem ser interpretados de modo a abrigar a tese de que o tempo de prisão provisória, imposta em processo no qual o réu foi absolvido, seja computado para a detração de pena imposta em processo relativo a crime anteriormente cometido.
- Recurso especial conhecido e desprovido.
(REsp 61899/SP; Rel. Min. Vicente Leal, da 6ª Turma do STJ; DJ. 03.06.1996, p. 19288)

Erro judiciário. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Direito à indenização por danos morais decorrentes de condenação desconstituída em revisão criminal e de prisão preventiva. CF, art. 5º, LXXV. C.Pr.Penal, art. 630. 1. O direito à indenização da vítima de erro judiciário e daquela presa além do tempo devido, previsto no art. 5º, LXXV, da Constituição, já era previsto no art. 630 do C. Pr. Penal, com a exceção do caso de ação penal privada e só uma hipótese de exoneração, quando para a condenação tivesse contribuído o próprio réu. 2. A regra constitucional não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37, § 6º, da Lei Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos, a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado. 3. O art. 5º, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário *stricto sensu*, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça.
(RE 505393/PE; Rel. Min. Sepúlveda Pertence, da 1ª Turma do STF; DJe. 05.10.2007)

Responsabilidade civil do estado. Prisão indevida. O fato de a prisão ter sido efetuada, quando já ineficaz o mandado de prisão preventiva, correspondente a falha do serviço publico, gera direito a indenização por dano moral. Fixação. Fixado o dano moral em valor excessivo para a hipótese dos autos e, notadamente, considerando a personalidade do Autor, reduz-se para se adequá-lo às circunstâncias do fato. Apelação provida em parte.
(Apelação Cível Nº 597227362, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, Julgado em 30/09/1998)

4.1.8. A prescrição e decadência como causas de perpetuação do erro judiciário

A influência do tempo sobre os direitos sintetiza um princípio segundo o qual o que se manteve durante certo tempo pode tornar-se direito. Normalmente, o decurso do tempo é tratado como perda, embora não de perda se trate a transformação de alguma coisa em segura indestrutível [151].

Pessoais são as ações que tendem a exigir o cumprimento de uma obrigação, como a de pleitear indenização por erro judiciário ou danos em geral causados pelo Estado ao particular. Ocorre que a Fazenda Pública se beneficia de mais exíguo prazo de prescrição, que torna coisa sólida, indestrutível, imutável o erro judiciário depois do curso do pouco tempo de cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originou.

Portanto, em cinco anos, perpetua-se o erro judiciário no que tange aos seus efeitos. De um modo ou de outro, deve estar assegurada a detecção do erro judiciário e sua proclamação – muito embora possa estar coberta pela prescrição a ação apta à obtenção de justa indenização. É inquestionável que assim seja, ao menos de *lege lata*, dependendo de modificação legislativa qualquer outro entendimento[152].

A ação de indenização deverá ser proposta até cinco anos a contar da data da decisão judicial que absolveu o acusado e poderá ser proposta por membros da Defensoria Pública ou através de um advogado particular com pedido dos benefícios da Justiça Gratuita, ou mesmo pelo Ministério Público; para tanto, deverá o interessado juntar os documentos necessários a comprovar a sua prisão e cópia da sentença ou acórdão que o absolveu.

Essa demanda poderá ser ajuizada no próprio domicílio da pessoa interessada que deverá postular a indenização em pecúnia por dano moral e material, indicando os valores com suas devidas justificativas ou deixar a critério do juiz, sendo preferível a primeira opção.

Por fim é preciso um pouco de paciência porque esse tipo de ação deve demorar cerca de cinco a sete anos até o seu recebimento pela via morosa e dolorosa do famigerado

---

[151] HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: Ed. Leud, 1996. p. 49-50.

[152] Id., Ibid., p. 49-51.

precatório, um instituto falido responsável pelo descrédito da Justiça brasileira, nesse particular aspecto.

Para Luiz Antonio Soares Hentz, todo esse aparato judiciário não é o bastante para evitar o erro judiciário, como facilmente se deduz, porquanto a jurisdição é inerte, só agindo mediante provocação da parte interessada; e pode suceder, como de fato sucede, de não haver recurso contra iniquidade perpetrada sob o calor de aplicação da lei ao caso concreto.

Como se vê, pois, ser possível a perpetuação dos danos advindos de erro judiciário e do mau funcionamento do serviço judiciário, mercê da perda da ação competente para o exercício da capacidade defensiva ante a prescrição em cinco anos, que impossibilita a cobrança junto à Fazenda Publica[153].

Recentemente, o STJ, através do Recurso Especial nº 1.202.200 –SP – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ao analisar Recurso Especial de autoria da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado, que decidiu demanda proposta pelos familiares do juiz Antonio José Machado Dias, oriunda da Comarca de Presidente Prudente, pela morte do magistrado, homicídio ocorrido em 2003, manteve a decisão do TJSP, nos seguintes termos:

> Indenização por morte de magistrado - Agravo retido - Prescrição responsabilidade do Estado - É de cinco anos o prazo de prescrição para a ação de indenização fundada na responsabilidade civil do Estado, conforme dispõe expressamente o art. 1º do Decreto 20.910/1932, pois, se há norma especial que regula a questão, afastada estaria a regra geral indicada no art. 177 do CCB ou art. 205 do Código Civil atual - mesmo considerando o prazo trienal [§ 3º do art. 206 do Código Civil] não transcorreu o citado prazo, pois o direito dos autores a pleitearem a indenização só nasceu após as investigações policiais iniciais.
> (Apelação cível nº. 808.466-5/5-00; Rel. Des. Pires de Araújo, da 11ª Câmara de Direito Público do TJSP; j. 10.11.2008)

Não é impossível, porém, a reparação do erro em si mesmo, sustando-se os efeitos do ato jurisdicional, porque é interesse da justiça que não se torne "sólida e indestrutível" uma situação formada a partir de errada atuação da lei [154].

---

[153] HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: Ed. Leud, 1996.p. 49-51-52.

[154] HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: Ed. Leud, 1996. p. 52.

4.1.9. O novo conteúdo da regra do art. 630 do Código de Processo Penal

O preceito do art. 630 do CPP na perspectiva constitucional mostrava-se extremamente limitativo da responsabilidade indenizatória do Estado pelos danos causados no exercício da jurisdição criminal a seu cargo[155].

Rui Stoco faz uma advertência: "Mas, tenha-se em mente que corrigir o erro através da Revisão não é o mesmo que reparar o erro, no sentido civilístico da palavra, o que só se consegue no Juízo Cível, após a declaração dessa circunstância" [156].

Mas, ainda assim, conforme lembra Yussef Said Cahali, se prestava para determinar a responsabilidade civil, especialmente quando o erro judiciário decorresse das mazelas do aparelhamento policial, acolitadas pela Justiça, como aconteceu no caso Naves[157].

Assim, também independente de revisão criminal, "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"[158].

Em verdade, 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[159].

Realmente, conforme se decidia,

---

[155] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 475.

[156] STOCO, Rui, *Responsabilidade do Estado por erro judiciário*. Disponível em: www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5112.htm. Acesso em: 09 dez 2011.

[157] STF, Pleno, 14.06.1972, *RTJ* 61/587, *apud* CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 475.

[158] TJSP, 1ª Câmara, 09.10.1973, *RT* 464/101. 9ª Câmara: Responsabilidade civil – Magistrado – Condenação do autor em lugar de outrem – Falha do serviço público quando do indiciamento do verdadeiro autor do delito – Responsabilidade objetiva do Estado e não pessoal do Juiz – Reparação devida (08.10.1997, *JTJ* 200/91).

[159] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 476.

> o inocente, condenado por crime que não cometeu, ou não praticou, tem direito a reclamar em sua reabilitação, no processo de revisão, indenização por perdas e danos, relativos aos prejuízos materiais ou morais que sofreu – mormente se cumpriu pena. O CPP, em seu art. 630, faculta ao interessado requerer ao Tribunal de Justiça que reconheça o seu direito a essa indenização. Entretanto, quando não for feita essa reclamação no tempo próprio, o interessado não decai do direito de exigir a indenização por ação ordinária [160].

Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho, em nosso ordenamento, a indenização pela prisão decorrente de erro judiciário, cuja disciplina estava limitada às disposições do art. 630 e parágrafo único do Código de Processo Penal, com o reforço do princípio estabelecido no art. 107 da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, adquiriu maior amplitude com a inovação contida no art. 5º, LXXV, da Constituição de 1988: "O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença" [161].

José de Aguiar Dias considera o erro judiciário como toda condenação injusta, incluindo o excesso e a insuficiência da pena e, para efeito de sua reparação, o erro da investigação policial. A definição, portanto, alcança, também, a prisão preventiva injustificada. Com efeito, não há base para excluí-la do direito à reparação. Se há erro em virtude de sentença condenatória, haverá também em consequência da prisão preventiva ou detenção. Danos e tragédias decorrem, por igual, de uma e de outros. Onde existe a mesma razão, deve valer a mesma disposição. Agora, com a edição do art. 5º, inciso LXXV, da Constituição de 1988, rompeu-se com a lamentável restrição aparente contida no Código de Processo Penal, no sentido de subordinar a reparação pelo erro judiciário a prévia revisão criminal, crença em que a interpretação menos inocente perseverava, não obstante o ensinamento de Palma Carlos, que felizmente adotamos. Agora, ficou bem claro que a Administração deve indenização à vítima do erro judiciário, dando lugar ao entendimento de que como tal deve ser interpretado todo erro que importe coação carcerária juridicamente errônea a cidadão inocente [162].

Adiante, enfatiza mais uma vez Yussef Said Cahali: "E, por outro lado, impondo ao Estado a obrigação de indenizar àquele que 'ficar preso além do tempo fixado na

---

[160] *TJPR*, 2ª Câmara, 12.03.1962, *RT* 329/744. *TJSP*, 4ª Câmara, 02.12.1969, *RJTJSP* 11/74.

[161] CAHALY, Op. cit. p. 477.

[162] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. XI. ed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 881-882.

sentença', estará implicitamente também assegurando ao sentenciado o direito de ser indenizado em virtude de prisão 'sem sentença condenatória'".

Com efeito, não se compreende que, sendo injusta a prisão no que exceder o prazo fixado na sentença condenatória, seja, em tese, menos injusta a prisão do réu que nela é mantido se, ao final, vem a ser eventualmente julgada improcedente a denúncia pela sentença absolutória[163].

Segundo Yussef Said Cahali, o recolhimento ou manutenção em regime prisional desconforme também empenha a responsabilidade estatal. Identifica-se como *erro judiciário (no sentido lato),* que induz responsabilidade indenizatória pelo Estado, a manutenção do infrator em regime prisional diverso daquele que lhe foi imposto pela justiça.

Afirma-se, assim, que

> hipotéticos não se desvendam os danos causados a quem, por culpa exclusiva do Estado, permanece presa em cadeia pública, privada de liberdade e de tratamento médico, a despeito de absolvida em processo penal e sujeita à medida de segurança em hospital ou 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. O retardamento das providências médicas exigíveis, por si só, resultou em danos passíveis de reparação[164].

Outra hipótese diz respeito ao réu que, preso no curso do processo, vem a ser ao final *condenado* a uma pena privativa de liberdade fixada em um prazo *inferior* àquele que o sentenciado já havia permanecido detido. A hipótese enquadra-se, em tese, na previsão constitucional, de modo a legitimar a pretensão indenizatória: "Entre o período do cumprimento do mandado de prisão preventiva e a sentença de pronúncia, constatou-se um elastério de 285 dias, prazo este superior ao entendimento jurisprudencial que consagra o período máximo de 81 dias, restando, destarte, 144 dias, a serem objeto de indenização"[165].

Em trabalho específico, Luiz Eduardo Cicote demonstra a "responsabilidade civil do Estado perante os condenados beneficiados pelo regime aberto na sentença, mas que cumpriram pena no regime fechado por falta de Casa do Albergado ou estabelecimento

---

[163] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 477.

[164] Id., Ibid., p. 484-485. Nesse sentido: TJSP, 2ª Câmara, 28.12.1994, *RT* 711/91.

[165] Idem, Ibidem, p. 484. No mesmo sentido: TJSP, 7ª Câmara, Ap. 215.005-1/0, 17.10.1994.

congênere"; refere que, inexistindo vaga, casa do albergado ou estabelecimento congênere, em face da omissão do Poder Público, exatamente a quem cabe tutelar o direito de ir e vir do cidadão, o condenado agraciado na sentença com o regime aberto (ou semiaberto) jamais poderá cumprir a pena ou parte dela no regime fechado, já que não responde pela incúria ou ineficiência do aparelhamento estatal[166].

Agora, na visão de Luiz Antonio Soares Hentz, o amparo à indenizabilidade por erro judiciário penal, antes previsto apenas no art. 630 do Código de Processo Penal, pode ser invocado para abranger a hipótese de acusação meramente privada que o dispositivo expressamente excluía da obrigação estatal (§ 2º, letra b), assim como para determinar a indenização pela privação da liberdade ainda que não haja condenação[167].

Outra situação que pode gerar a responsabilidade estatal sem a necessidade de desconstituir o julgado que impôs a condenação à vítima da prisão indevida, é

> aquele que foi condenado por crime praticado por outrem, que se utilizou de seu documento, antes furtado, submetido a situação vexatória, impedido até de votar, pois suspenso o seu título de eleitor, tem direito à indenização por dano moral. Essa condenação caracteriza erro judiciário que, como determina o art. 5º. Inciso LXXV, da Constituição Federal, deve ser indenizado. A hipótese ultrapassa os parâmetros do art. 630 do CPP, não havendo que se condicionar a reparação do dano à prévia desconstituição do julgado, pois a retificação do erro ocorreu por via de *habeas corpus*, afastado o interesse processual do autor na impetração de revisão criminal (TJSP – 3ª C. Dir. Público – Ap. 36.409-5/3-00 – Rel. Viseu Júnior – j. 04.05.1999).
>
> Submetido o indivíduo a prisão indevida. Fará jus a indenização às 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).
>
> *Indenização. Fazenda Pública. Responsabilidade civil. Dano moral e material. Erro judiciário. Prisão indevida. Sentença condenatória penal desconstituída em ação revisional. Responsabilidade objetiva do Estado, independentemente da apuração da culpa, ou dolo, pelos atos de seus agentes. Verbas devidas. Recursos não providos.* – "A Constituição da República assenta que o Estado responderá pela indenização. Por dano material e moral – ao condenado, por erro judiciário, independentemente, da

---

[166] CICOTE, Luiz Eduardo. Responsabilidade civil do Estado perante os condenados beneficiados pelo regime aberto na sentença, mas que cumpriram pena no regime fechado por falta de casa do albergado ou estabelecimento congênere. In: *RT* 776/485.

[167] HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: Ed. Leud, 1996. p. 61.

> apuração da culpa, pelos atos de seus agentes" (TJSP – 7ª C. Dir. Público – Ap. 37.029-5 – Rel. Sérgio Pitombo – j. 13.09.1999 – JTJ-LEX 225/87).

Para Rui Stoco, parte legítima (legitimidade ativa *ad causam)* para aviventar a ação cível visando à reparação é a vítima do erro judiciário *in specie* ou do ato judicial danoso. Contudo, se a vítima do erro judiciário vier a falecer, o direito à indenização se transmite às pessoas a quem estava ela obrigada a prestar alimentos. Aliás, o art. 943 do Código Civil dispõe que: "O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmite-se com a herança"[168]. E – acrescenta o mesmo autor -, dúvida não nos assola de que a indenização por erro judiciário típico, previsto no art. 630 do CPP, e por prisão indevida, seja por abuso, ou pelo excesso no cumprimento de pena (CF/88, art. 6º, LXXV), deve ser apurada segundo a regra do artigo 954 do Código Civil, que dispõe sobre a ofensa à liberdade pessoal.

Isso porque o parágrafo único desse dispositivo não deixa dúvida, ao estabelecer que "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.

Ora, a prisão anterior ou posterior à sentença de mérito que vier, em sede própria, a ser declarada indevida em razão de erro judicial será, sem dúvida, ilegal, subsumindo-se à hipótese prevista no dispositivo anteriormente mencionado (inciso III)[169].

Contudo, se a vítima do erro judiciário vier a falecer, o direito à indenização se transmite às pessoas a quem ela estava obrigada a prestar alimentos, segundo Rogério Lauria Tucci[170].

Rui Stoco adverte que a prisão temporária (Lei 7.172, de 14.12.1983), a prisão em flagrante (CPP, art. 301) efetivada por agente público e a prisão preventiva (CPP, art. 312) sem que ocorra instauração de ação penal poderão, conforme o caso e as circunstâncias, converter-se em erro judicial, ensejador da prisão indevida. [171]

Nesse sentido:

> *Indenização. Danos morais. Erro judiciário. Prisão de pessoa errada. Art. 5º, da CF/88. Efeitos psicológicos e sensoriais experimentados pela vítima*

---

[168] STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1012.

[169] Id., Ibid., p. 1012-1013.

[170]TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. S. Paulo: Ed. Saraiva, 1980. p. 288.

[171] Op.cit., p. 1030.

> *de dano. Fixação do valor devido que fica a critério do juiz. Inaplicabilidade das normais penais e do art. 1.550 do CC [atual art. 954]. Valor fixado, ademais, que é razoável diante dos fatos alegados e da prova produzida.* – "Os erros judiciais que atingem a liberdade e a honra justificam mais energicamente a reparação que aqueles que prejudicam tão somente o patrimônio" (TJSP – 4ª C. – Ap. 224.123-1 – Rel. Toledo Silva – j. 06.04.1995).

Por derradeiro, convém lembrar – com Luiz Antonio Soares Hentz – que a causa derivada da privação da liberdade, tida como erro judiciário por extensão, supõe a prisão além do tempo fixado na sentença, ou a cautelar, a que não se segue condenação à pena privativa de liberdade. É a constatação objetiva e obriga o Estado à indenização por força de ditame constitucional, constante do art. 5º, LXXV[172].

Câmara Leal, comentando o art. 630 do Código de Processo Penal, ensina que, se o peticionário não pleiteia a indenização no requerimento de revisão, pode fazê-lo mais tarde, por meio da ação competente[173].

José de Aguiar Dias concorda com essa opinião, dizendo que ela sustenta uma verdade, quando lembra que o direito do peticionário não poderia estar sujeito àquela forma exclusiva de exercício. Criar-se-ia, com o critério contrário, uma forma de decadência não prevista em lei. Porém, onde não concordamos com o ilustre intérprete é no que concerne ao dano moral, que nega ao prejudicado pela sentença revista. Ora, o dano mais relevante que resulta da condenação injusta é precisamente o moral, e não é possível compreender um sistema que, reconhecendo o dever de reparação, nesse caso, não o consagre exatamente como compensação, em primeiro lugar, do dano sofrido pelo indivíduo em sua honra e no seu conceito social[174].

Em caso de prisão decorrente de sentença condenatória penal, desconstituída em ação de revisão criminal, afirmou-se expressamente "o dever do Estado de indenizar os danos, de ordem material e moral, independentemente de apuração de culpa ou dolo, pelos atos de seus agentes (art. 5º, X e LXXV, c/c art. 37, § 6º, da CR.)". Desnecessário, para fins de caracterização do erro judiciário, a absolvição emergir tão-só do inc. IV do art. 386 do CPP;

---

[172] HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização do erro judiciário*. São Paulo: Leud, 1995. p. 139.

[173] LEAL, Câmara. *Comentários ao Código de Processo Penal*. v. 4. Rio de Janeiro, 1943. p. 149.

[174] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. XI. ed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 862.

em resumo, “O Estado deve indenizar quem sofreu prisão que se mostrou indevida pela posterior absolvição”[175].

Portanto, como pressupostos da indenização, nessas hipóteses, ou seja, por erro judiciário ou prisão indevida, o prejudicado poderá exigir indenização por dano patrimonial ou moral, dado que o dano pessoal não as exclui. O processo de ressarcimento poderá vir revestido sob forma de execução, quando se tratar de erros penais, se tiver ocorrido prévio reconhecimento do erro em sede de revisão criminal, situação em que o prejudicado ou as pessoas habilitadas ingressarão no juízo cível contra o Estado, liquidando o dano e provocando a execução.

Dessa forma, acrescenta Luís Antonio de Camargo, quando se formula o pedido de indenização e a revisão em *simultaneus processus*, julgado procedente o pedido revisional e reconhecida a “justa indenização pelos prejuízos sofridos”, essa decisão se constitui em título executivo ilíquido, que vai instruir a ação executória contra o Estado e que terá início com a liquidação, em que se apurará o *quantum debeatur*.

Além disso, também poderá ser promovida a ação de indenização em sede de processo de conhecimento, passando-se pela fase postulatória, instrutória e decisória, independentemente da revisional, bem como nas hipóteses de *errores* judiciários *não penais*, ficando clara, nesse caso, a necessidade da prova dos fatos constitutivos do direito invocado [176].

Luiz Antonio Soares Hentz, ao comentar esses pressupostos processuais, diz que o atendimento dos requisitos de ordem genérica, vale dizer, os que tangem a toda espécie de ação, não desobriga o demandante de comprovar de plano, perante o Poder Judiciário, os fundamentos jurídicos do pedido indenizatório.

Assim, como já afirmado linhas atrás, a indenização, nessas hipóteses (a causa derivada da privação da liberdade, tida como erro judiciário por extensão), não está condicionada a pressuposto nenhum, podendo, não obstante pelo mesmo fato – qual seja a prisão indevida -, exigir o prejudicado indenização por dano patrimonial ou moral, podendo

---

[175] TJSP, 7ª Câmara, Ap. 67.433-5, 10.08.2000. maioria: 21.05.2001, maioria, *JTJ* 248/39.

[176] CAMARGO, Luís Antonio de. *A responsabilidade civil do Estado e o erro judiciário*, Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 81.

os pressupostos serem os mesmos que vigoram para a hipótese de erro judiciário, ou outros, como os que se exige para a responsabilidade por culpa anônima do serviço público[177].

Enfim, o erro judiciário propicia dupla reparação: por dano material efetivamente ocorrido, como eventuais danos emergentes e lucros cessantes, e por dano moral.

4.1.10. O erro judiciário civil

Dispondo o art. 5º. LXXV, da Constituição Federal de 1988, de maneira genérica, que "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário [...]", temos que referida regra não se limita apenas ao erro judiciário penal, abrangendo também o erro judiciário civil.

Fazemos coro à observação de Odoné Serrano Júnior:

> ninguém nega que, também, do erro judiciário civil podem advir danos injustos que, de conseguinte, devem ser indenizados. Como o dano decorrente de erro judiciário civil é causado pelo mau funcionamento do serviço público judiciário, nos termos do art. 37, § 6º da CF/88, o dever de indenizá-lo será do Estado [178].

É a mesma a posição de Augusto do Amaral Dergint, dizendo que a aplicação da nova regra constitucional não se limitaria às hipóteses de erro judiciário penal, uma vez que abarcaria também casos de erro judiciário civil[179].

Justificando a existência de erro judiciário tanto na esfera penal como também no processo civil, sendo que ambas empenham a responsabilidade do Estado, Maria Emília Mendes Alcântara disserta que, tanto em matéria penal ou civil, o juiz comparece à relação processual sempre como agente do Estado, desempenhando funções jurisdicionais.

Fica ainda um pergunta: a paz jurídica deve ser obtida à custa do sacrifício do direito dos particulares lesados por ato jurisdicional praticado em processo não penal? A paz

---

[177] HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização do erro judiciário*. São Paulo: Leud, 1995. p. 139-140.

[178]SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais.* Curitiba: Juruá, 1996. p. 151-152.

[179]DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: RT, 1995. p. 177.

jurídica tem por fundamento a injustiça? E a mesma autora responde: em nosso sistema jurídico tem-se admitido a responsabilidade patrimonial do Estado pelos danos decorrentes de sentença rescindida, e os motivos autorizadores da propositura da ação rescisória são os previstos no art. 485 do CPC[180].

Como observa Odoné Serrano Júnior:

> Ora, tanto no processo civil quanto no penal, o juiz age em nome do Estado que, tirando proveito da atividade daquele, responde pelos danos eventualmente por ele ocasionados, já que por imputação direta os atos danosos do juiz são tidos como atos danosos do próprio Estado. E, mesmo as faltas danosas impessoais do serviço judiciário, em sua atuação na esfera civil, ficam a cargo do Estado, com base na teoria da *faute du service* [181].

Edmir Netto de Araújo aponta que a lei processual permite o ataque à *coisa julgada civil* eivada de erro (*erro judiciário civil)* através da *ação rescisória*, que é o correspondente civil da revisão criminal.

A sentença de mérito, portanto, quando não caibam mais recursos, ainda pode ser anulada ou modificada através do referido instituto, regulado pelos artigos 485 a 495 do Código de Processo Civil vigente.

É de se frisar que a ação rescisória, julgada procedente, por si só não induz ao reconhecimento do direito à indenização. Rescindida a sentença, o lesado deve propor a competente ação, visando à recomposição do seu patrimônio. Se da rescisão da sentença decorrer o efeito de se eliminar o dano sofrido pelo lesado, nada mais haverá a ser pleiteado[182].

Quanto ao prazo de interposição da ação rescisória, reza o art. 495 do CPC que “o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da decisão”.

Esse dispositivo mereceu a crítica de Edmir Netto de Araújo, dizendo que esse prazo prefixado em dois anos certamente criará dificuldades intransponíveis ao seu exercício,

---

[180]ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 44.

[181] SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais.* Curitiba: Juruá, 1996. p. 152.

[182]Id. Ibid., p. 45.

por sua exiguidade, como se pode deduzir. Parece claro que a fixação desse prazo é uma forma indireta de defesa da autoridade da coisa julgada civil, reafirmando-a com maior veemência que a da sentença penal, talvez porque a rescisória verse sobre direitos patrimoniais, não sobre a liberdade individual[183].

No mesmo sentido, a observação de Maria Emília Mendes Alcântara, dizendo que outro ponto a salientar é o atinente ao prazo para a propositura da ação de indenização. Quer na hipótese de revisão criminal, quer no caso de rescisória, será de cinco anos a contar do trânsito em julgado da decisão que desconstituir os efeitos do anterior ato jurisdicional lesivo, e não, portanto, a partir da verificação do dano[184].

Em conclusão, o erro judiciário civil, reconhecido pela sentença rescisória, poderá, ao exame das circunstâcias de cada caso, acarretar a responsabilidade do Poder Público pela sentença defeituosa, podendo ainda determinar (em caso de dolo ou culpa) a ação regressiva contra o magistrado causador do dano. Todavia, frente ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal, entendemos que pode ocorrer hipótese na qual não foi proposta ação rescisória (por motivo de prescrição, por exemplo), e que, mesmo assim, se determine a *responsabilidade objetiva* do Estado por ato jurisdicional[185].

Maria Emília Mendes Alcântara assevera que não acredita também, como querem alguns, que o erro jurídico não enseja a responsabilidade do Estado. Isso seria negar a responsabilidade por ato lícito ou fundado no risco. À vista dos elementos do processo, o juiz decidiu daquela forma. Posteriormente, verifica-se que houve um erro na interpretação. Mas e daí? O Estado responde também por atos lícitos, não só pelos ilícitos[186].

E a mesma autora relata outras hipóteses de atos jurisdicionais cuja indenização pelo Estado não se restringe, única e exclusivamente, aos danos provenientes de sentença, ou que, pelo menos, deveriam acarretar a responsabilidade estatal: prisão preventiva decretada contra quem não praticou crime, causando danos morais, visto que, nesse momento, ele terá

---

[183]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 794-795.

[184]ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais,* cit., p. 45.

[185]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional,* cit., p. 118; Id. *Curso de direito administrativo,* cit., p. 795.

[186]ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. Op. cit., p. 77.

perdido o emprego, não terá crédito; a não-concessão de liminar nos casos em que seria cabível, em mandado de segurança, fazendo perecer o direito; retardamento injustificado de decisão ou de despacho interlocutório, causando prejuízo à parte. A própria concessão da liminar - ou de medida cautelar - em casos em que não seriam cabíveis pode causar danos indenizáveis pelo Estado[187].

Perfilhamos o entendimento esposado por Edmir Netto de Araújo, no sentido de que o "erro judiciário civil, reconhecido pela sentença rescisória, poderá, então, ao exame das circunstâncias de cada caso, acarretar a responsabilidade do Poder Público"[188].

4.2. PRISÃO INDEVIDA

4.2.1. A prisão indevida, a prisão ilegal e as falsas causas que pretensamente a justificam

O presente item busca demonstrar em linhas gerais a responsabilidade do Estado frente à prisão indevida decretada por erro judiciário, ou qualquer outra causa, e o direito de indenizar o terceiro lesionado, seja pelo dano moral, seja pela privação de liberdade ou até mesmo por danos materiais por ele sofridos.

O Estado, ao exercer as suas atividades, por intermédio dos órgãos que representam sua vontade jurídica, sujeita-se a erros, como o particular a essa ocorrência se submete. O nível de complexidade das atividades desenvolvidas pelos entes estatais os torna, aliás, mais propensos ao cometimento de erros no desempenho de seus misteres. Assim se dá na execução das complexas atividades administrativas em que consiste a atuação do Estado junto aos cidadãos, no exercício do poder de polícia, que lhe é inerente, ou no cumprimento de suas finalidades voltadas ao interesse da comunidade. Também – se bem que em menor

---

[187] ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. Responsabilidade ou irresponsabilidade do Estado? In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (coord.). *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 77-79; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 535.

[188] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 118.

grau –, no desempenho da função legislativa, em que o agir ocorre no nível genérico e abstrato, mas passível de produzir resultados nefastos aos destinatários da lei. E, muito amiúde, no exercício da função jurisdicional, como tivemos a oportunidade de demonstrar ao tecer considerações sobre o erro judiciário[189].

Discorrendo sobre a liberdade do homem, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles lembra que direito de liberdade, por se constituir, antes de tudo, em direito natural do próprio homem, sempre o acompanhou desde longas datas, na qualidade de bem supremo, por tal motivo, alcançou consagração nos ordenamentos jurídicos, merecendo atenção das Cartas Constitucionais, sobretudo por parte dos países civilizados, que, mediante a instituição dos direitos fundamentais, o colocou no cerne, abordando seus diversos aspectos, como a liberdade pessoal de locomoção, de expressão, de reunião, associação, consciência, crença e tantas outras.

O Estado de Direito, sem dúvida, apresenta como nota característica, a garantia dos direitos individuais naturais, expressos, essencialmente pelo direito de liberdade, assim, podemos afirmar que o valor supremo de uma sociedade política é a liberdade, razão pela qual, a sua restrição se traduz, por outro ângulo, numa exceção à regra, sendo admissível apenas em virtude da necessidade em manter a ordem e a paz social[190].

Como resenha Luiz Antonio Soares Hentz, no exercício da função jurisdicional, como já foi demonstrado, ao tecer comentário sobre o erro judiciário, que os danos provocados por ação ou omissão do Estado, nas espécies já desenvolvidas nesta tese, comportam solução, no campo do direito, assegurando ao prejudicado a recomposição patrimonial, de modo a torná-lo indene, nos limites do resultado material e moral em que a indenização vem a ser admitida pelo direito. Mas, quando se trata de prisão indevida, o resultado lesivo sobrepuja em importância todos os danos possíveis de perpetração por desastrosa atuação do Estado, dado o ferimento da liberdade, bem supremo do homem, havendo de existir justificativa para semelhantes riscos, sob pena de se estar concedendo aos

---

[189] HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: Leud, 1996. p. 87-88.

[190] MEIRELLES, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. Responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 505, 24 nov. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5961>. Acesso em: 27 maio 2011.

entes públicos encarregados da prisão a possibilidade de erro em prejuízo da proteção à liberdade física que ao cidadão é devida[191].

Na hipótese de prisão indevida, bem se sabe que a indenização, nessas circunstâncias, é direito fundamental do homem brasileiro, por força de sua introdução na Constituição Federal de 1988, art. 5º, LXXV, c.c. o art. 37, § 6º.

Em verdade, impõe-se no Estado de Direito o reforço da garantia dos direitos fundamentais e individuais dos cidadãos, devendo ser coibida a prática de qualquer restrição à liberdade individual, decorrente de ato abusivo da autoridade judiciária, e se fazendo resultar dela a responsabilidade do Estado pelos danos causados ao particular que os sofreu.

Segundo Yussef Said Cahali, fê-lo expressamente a Lei Francesa 70-643, de 17.07.1970, estabelecendo que

> *une indemnnité peut-être acccordé à la personne ayant fait l'objet d'une détention provisoire au cours d'une procédure terminné à son égard par une décision de relaxe et d'acquittement devenue définitive, lousque cette détention lui a cause um préjudice manifestement anormal et d'une particulière gravité*[192].

Ao entender necessário, para a boa convivência entre o poder do Estado e o respeito ao direito do cidadão, a menção explícita da possibilidade de indenização por prisão indevida, o legislador buscou um equilíbrio indispensável à vida social por intermédio da boa aplicação do Direito. O intuito principal, numa projeção ainda da dignidade da pessoa humana, proclamada como fundamento do Estado Democrático de Direito que se instalou oficialmente no Brasil com a CF/88, pode ser visto como soerguimento da pessoa humana à estatura de único e verdadeiro destinatário das ações estatais. Desse modo, da atuação do Estado não poderá advir à coletividade senão benefícios. E a prisão de alguém, sem correspondência com a condenação legítima emanada do órgão estatal com poderes para

---

[191] HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: Leud, 1996. p. 88-89.

[191] STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 1030.

[192] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 476-477. Tradução livre: "uma indenização comum pode ser dada a essa pessoa tendo por objeto uma detenção provisória no curso de um procedimento terminado em relação a uma decisão de improcedência, de desconstituição e de absolvição tornada definitiva, quando essa detenção, ela mesma cause um prejuízo manifestamente anormal e de uma particular gravidade".

tanto, fere não o direito abstratamente considerado, mas também, concretamente, a esfera de direitos do cidadão protegidos constitucionalmente, como se dá com a liberdade[193].

Dada a sua importância, o direito à liberdade individual é protegido pelo Estado, da mesma forma que as suas limitações devem ser formalmente preestabelecidas, num primeiro momento, mediante a instituição de uma Carta Política que preveja e tutele tal direito. Consistindo, o reconhecimento da liberdade no pressuposto da adoção do princípio do Estado Democrático de Direito.

Assim, podemos afirmar que a liberdade pessoal é condicionada pela lei, que regula o que não se pode fazer, circunscrevendo o arbítrio de cada pessoa. Inexistindo, dessa forma, liberdade absoluta, pois todos devem agir dentro dos limites impostos pela ordem legal.

Cumpre observar que o direito de liberdade, contemporaneamente, tem sido recepcionado com generosidade e amplitude pela maior parte dos ordenamentos jurídicos mundiais, seja mediante previsão nas cartas constitucionais, seja por meio das declarações e pactos internacionais, que passaram a adotar o valor liberdade, como direito supremo de uma nação.

Da forma que restou demonstrada, a liberdade física implica necessariamente no direito de ir, vir e permanecer. Todavia, essa liberdade que podemos chamar de natural não é absoluta, esbarra no poder estatal, encarregado de manter a ordem e a paz pública[194].

Para demonstrar a falsa causa que supostamente autoriza o Estado, ao adotar o sistema de garantia da aplicação da lei mediante a antecipação da pena, ou autorizando a custódia preventiva como medida cautelar, opta por proteger interesse que considera de mais valia segundo a ótica da vontade social. O legislador, sabe-se, interpreta a vontade coletiva e dispõe de modo a atender os anseios da coletividade. É o que resulta do fato de ser mandatário popular, no sistema de representatividade, e mesmo um intérprete anômalo dos interesses do povo, nos sistemas totalitários. E, no caso, as garantias de ordem pública impõem a adoção de medida de risco como a prisão cautelar. O Estado não pode abdicar da custódia do indivíduo

---

[193] HENTZ, Luiz Antonio Soares. Indenização da prisão indevida. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n.44, p. 07, ago. 1996.

[194] MEIRELLES, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. Responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 505, 24 nov. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5961>. Acesso em: 27 maio 2011.

perigoso. Sua manutenção em liberdade no curso do processo representa risco para um número ilimitado de pessoas, ao passo que sua prisão resulta em benefício à ordem pública de que é destinatária a coletividade. A custódia preventiva se reveste de natureza peculiar, que é permitir a repartição de riscos. A medida importa para o indivíduo um risco, enquanto no desenvolvimento do processo pode-se verificar a inocência do imputado e, por isso, a injustiça do encarceramento[195].

Mas – completa o mesmo autor –, para o Estado subsistiria um insuportável risco se renunciasse, *a priori,* a esse poder cautelar, com evidentes reflexos na ordem pública e no bem-estar da coletividade.

Há, como se vê, defeitos no sistema, mas impera a necessidade de sua manutenção, como instrumento de proteção dos cidadãos, o que enseja não se afastar das legislações a possibilidade de cautela provisória, com todos os riscos intrínsecos a que ela conduz[196].

Como bem sintetizou Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles, a alma da presente tese reside, pois, na preocupação demonstrada com a decretação de prisões ilegais, prática usual em nosso cotidiano forense, o que caracteriza o desrespeito ao *status libertatis* do cidadão, além de violar o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Federal de 1988.

Tendo em vista a confusão terminológica que se estabelece em torno das expressões: “prisão indevida” e “prisão ilegal”, é que procuramos aclarar as definições, mostrando que a primeira ocorre nos casos previstos pelo art. 5º, LXXV, da Constituição Federal, que trata do erro judiciário e excesso de prisão - quando alguém permanece preso além do tempo fixado na sentença. Já a segunda consiste em todas as formas não abrangidas pela prisão indevida, ou seja, quando decretada fora dos parâmetros estabelecidos em lei. Para maior compreensão do trabalho, explicamos os fundamentos jurídicos da responsabilidade do

---

[195] HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: Leud, 1996. p. 107.

[196] Id., Ibid., p. 107-108.

Estado em face das duas espécies de prisões.[197] Na terminologia jurídica, são as duas espécies de prisões: "prisão indevida" e "prisão ilegal" acima já referidas.

Na hipótese de desrespeito às regras do bom convívio social, apreendida pela ação legislativa estatal, o transgressor fica sujeito à sanção jurídica prevista no ordenamento legal, que pode ser, nos casos em que fixadas *a priori,* a privação da liberdade pessoal, executada pelo Estado por intermédio da prisão imposta coercitivamente ao indivíduo. O direito de punir, assim exercido, surge para o Estado como um dever, dever esse, por sua vez, imposto pela coletividade como meio de garantia de obediência às regras jurídicas[198].

Uma das definições de prisão ilegal, em sentido estrito, é a modalidade promovida pelo Estado sem observância das exigências legais. Constitui crime contra a administração da Justiça ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem formalidades legais ou com abuso de poder (art. 4º, da Lei n. 4.898, de 09.12.1965, alínea "a").

A denominada prisão indevida não pode ser entendida como 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[199].

Para Luiz Antonio Soares Hentz, numa primeira abordagem da prisão indevida, observa-se não decorrer, propriamente, de erro do aplicador da lei, mas da estrutura sistêmica do direito processual, que admite a prisão cautelar, inclusive sem decisão judicial, por força da situação de flagrante delito. Daí a importância de se conhecer a natureza do instituto da prisão indevida. A amplitude do conteúdo do inciso LXXV do art. 5º da CF/88, no que concerne à prisão indevida, comporta, além da atividade jurisdicional ativa, consistente no decreto da prisão ditado pelo juiz, no exercício da função jurisdicional, como consequência de mero erro de julgamento, também a omissão de qualquer agente público na liberação do

---

[197] MEIRELLES, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. Responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 505, 24 nov. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5961>. Acesso em: 27 maio 2011.

[198] HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: Leud, 1996. p. 89.

[199] PANTALEÃO, Juliana F.; MARCOCHI, Marcelo C.. Indenização: erro judiciário e prisão indevida. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 416, 27 ago. 2004. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5642>. Acesso em: 27 out. 2011.

preso, depois de cumprida pena imposta, e qualquer natureza de prisão (por flagrante delito, provisória, preventiva, por pronúncia - *hoje com a nova redação que lhe deu a Lei n. 11.689/2008, que tem agora a natureza de decisão mista, não sendo mais obrigatória a decretação da prisão, conforme dispõe o art. 413, §3º, do CPP* - para o recurso, quando não se permite recorrer em liberdade – *e que hoje não mais subsiste, visto que revogado o artigo 594 do CPP pela Lei n. 11.719/2008*) a que não corresponda, em definitivo, uma condenação com imposição de pena privativa de liberdade a ser cumprida no regime fechado. E, pois, submetido o indivíduo a prisão indevida, fará jus à indenização às custas do Estado, não importando eventual licitude do motivo (erro na apreciação das condições de sua decretação) ou o caráter de sua ilicitude (ação ou omissão dolosa ou culposa de agente público ou de quem impõe sua vontade de modo a obrigar o Estado, como no caso da prisão em flagrante feita por qualquer pessoa, até o momento de ser mantida pela autoridade estatal)[200].

Sustenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, considerando a indenização uma garantia fundamental do homem, prevista no rol do art. 5º da Constituição Federal que, 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[201].

Prisão indevida, segundo Rui Stoco "é aquela que ocorreu de forma ilegítima e abusiva em desobediência à realidade fática e aos requisitos formais"[202].

O mesmo autor ainda exemplifica algumas hipóteses de prisão indevida, diversas da permanência do condenado na prisão decorrente de sentença condenatória legítima, além do prazo nela estipulado, como, *ad exemplum,* o indivíduo mantido preso injustamente, sem

---

[200] HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.44, p. 07, ago. 1996. Atualizações em destaque feitas pelo autor da tese, mercê da atual legislação processual penal.

[201] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 198, pp. 85-96, 1994.

[202] STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 1038.

motivação aparente, ou que tenha sido detido pela autoridade policial, com evidente abuso de poder, ou, ainda, esteve cumprindo pena de outro indivíduo, seu homônimo[203].

A prisão indevida é causa de reparação tal como o é o excesso na prisão, seja cautelar ou decorrente de sentença condenatória com trânsito em julgado, ou o erro judiciário propriamente dito[204].

Luiz Antonio Soares Hentz observa:

> 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[205] .

Rui Stoco complementa seu raciocínio dizendo que a prisão indevida, seja qual for, ainda que não se subsuma com perfeição à hipótese enunciada no inciso LXXV, do art. 5º, da CF, enseja reparação, pois expressão maior da desídia e do comportamento açodado ou prepotente da autoridade, que se consubstancia em atuar culposo.

Veja-se que o Código Civil de 2002 previu a reparação por ofensa à liberdade pessoal; no *caput* do art. 954 e no parágrafo único, do referido dispositivo, apontou as hipóteses de ofensa a essa liberdade: (I) cárcere privado; (II) prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé; (III) prisão ilegal[206].

Nesse sentido:

> A prisão preventiva, *in casu*, com a duração de quase 50 dias, implica sério constrangimento apto a abalar não só a psique do custodiado, como também a sua honorabilidade. Destarte, a prisão provisória nada mais é do que a condenação antecipada, tanto que prevista a detração. Assim, a prisão preventiva reclama prova inequívoca, posto prisão antecipada por conta da verossimilhança da alegação da acusação, indicando uma condenação final. A absolvição revela a inocência *ex tunc* e, a *fortiori*, a ilegitimidade da custódia, gerando inafastável dever de indenizar, máxime porque a Carta Federal garante a presunção de inocência e a proteção da dignidade humana. O encarceramento do cidadão deve ser levado a efeito com provas manifestas, posto cláusula pétrea a liberdade de ir e vir. Raciocínio inverso

---

[203] STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. 1030.

[204] Id., Ibid., p. 1038.

[205] HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: Leud, 1996. p. 129.

[206] Op.cit., p. 1030.

> revela indiferença pela dignidade humana e oferece ao Estado carta de alforria para constranger a liberdade humana, postulados dos Estados totalitários-absolutistas, cuja marca é o desrespeito pela dignidade humana, compromisso primeiro de nosso estado de Direito, tal como prometido pela Constituição Federal. Ocorrendo a absolvição, é objetiva a responsabilidade do Estado pela custódia preventiva, cuja ilegitimidade é reconhecida *ex tunc*. Os agentes policiais e o Ministério Público somente respondem em regresso via denunciação, provando o Estado que agiram com dolo ou culpa grave. Os policiais agem como *longa manu* do Estado, meros executores das ordens emanadas da autoridade competente e somente se responsabilizam acaso extrapolem os limites das decisões que cumprem, fato inocorrente no caso *sub examine*. O Ministério Público denuncia em obediência ao princípio *in dubio pro societate*. Desta sorte, apenas comprovando-se a criação dolosa da acusação por parte do Ministério Público é que se pode antever responsabilidade civil do membro do Parquet. No caso vertente, o processo iniciou-se por delação dos eventuais prejudicados pelo delito patrimonial previsto no art. 157 do Código Penal e que restaram condenados por denunciação caluniosa. O regresso do Estado deveria, assim, ter sido engendrado contra os autores diretos ou indiretos da *notitia criminis* e não em face de seus agentes que cumprem funções em prol do Estado e da Sociedade, o que reveste as suas atividades da exonerativa do 'estrito cumprimento do dever'. Apelação desprovida. (TJRJ - 10ª Câm. Cível; AC nº 10.182/01-RJ; Rel. Des. Luiz Fux; j. 7/11/2001; v.u.)

Fernando da Costa Tourinho Filho ressalta, a propósito da prisão ilegal, injusta ou indevida, ou mesmo a prisão legal injusta, que a prisão provisória é

> providência odiosa, pois todos sabemos o perigo que representa a prisão do cidadão antes de ter sido reconhecido definitivamente culpado. E se vier a ser absolvido? Se o for, por certo o Estado, titular do direito de punir, não tinha nenhuma pretensão punitiva, e, se não havia pretensão, a que título ficou ele preso? Quem lhe indenizaria os prejuízos morais e materiais decorrentes de uma prisão injusta?[207].

Evandro Lins e Silva, comentando as alterações no tratamento da prisão provisória decorrentes da Lei nº 5.541, de 29.11.73, lembra que "a experiência mostrou que a prisão, ao contrário do que se sonhou e desejou, não regenera: avilta, despersonaliza, degrada, vicia, perverte, corrompe, brutaliza". Em seguida, indaga: "Quem compensaria o acusado, nessas condições, dos padecimentos e dos prejuízos causados por uma prisão que, afinal, se considerou ilegal, injusta e, algumas vezes, iníqua?"[208]

---

[207] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Da prisão e da liberdade provisória. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista Dos Tribunais, ano 2, nº 7, julho-setembro de 1994., p. 73; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 33. ed. v. 4, São Paulo: Saraiva, 2011. p. 542.

[208] LINS E SILVA, Evandro. A liberdade provisória no processo penal. *In:* Revista de Direito Penal (Publicação Oficial do Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes), São Paulo, *Revista dos*

Se o fato de ser ilegalmente detido causa grande constrangimento ao cidadão inocente, incalculáveis os prejuízos morais sofridos em consequência da permanência em celas de Distritos Policiais, num sistema prisional caótico e de superlotação, como se verifica no Brasil, cujas celas tornaram-se jaulas obscenas e perigosas, nas palavras de Sérgio Pitombo[209].

Como lembra Sylvia Maria Mendonça do Amaral sobre o tema "Prisão ilegal", tais riscos são de amplo e geral conhecimento. Sobre eles expressou-se com clareza o Desembargador Sergio Pitombo[210], ao afirmar que "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[211].

O tema central da presente tese, "Indenização do erro judiciário e prisão indevida "(art. 5º, LXXV, e art. 37, § 6º, da Constituição Federal), além do tratamento constitucional da indenização do erro judiciário, constitui-se também *no estudo da indenização do dano sofrido pelo particular, decorrente de conduta lesiva praticada pelo ente estatal, especificamente por parte de um dos seus poderes, qual seja, o Poder Judiciário, na*

Tribunais, nº 15/16, julho-dezembro de 1994 *apud* DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração.* 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001. p. 13.

[209] 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.

[210] 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.

[211] AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. Prisão ilegal: a responsabilidade civil do estado e o decorrente dever de indenizar pelos danos morais. Quantificação dos valores indenizatórios. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2273>. Acesso em: 23 out. 2011.

decretação e manutenção de prisão ilegal. A ideia em desenvolver tal assunto, partiu, sobretudo, da pouca abordagem por escritores da atualidade, bem como de sua relevância ímpar e complexidade. Do artigo "Responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal", pedimos licença à autora, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles, para reproduzir o trecho acima transcrito, pela excelência de sua oportunidade na elaboração desta tese[212].

Atualmente, a prisão é objeto de regulamentação bastante pormenorizada na Constituição Federal, que estabelece em seu art. 5º, LXI: "Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

Como se vê, a regra continua sendo a liberdade, permitindo a Constituição, o aprisionamento apenas diante de flagrância na prática de crime, ou mediante expedição da competente ordem de prisão devidamente fundamentada e nos demais casos previstos em lei.

Visando proteger a liberdade dos cidadãos, a Constituição prevê em seus vários incisos do art. 5º, uma série de garantias, quais sejam:

> LXII- a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;
> LXIII- o preso será informado de seus direitos entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;
> LXIV- o preso tem direito a identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;
> LXV- a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;
> LXVI- ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;
> LXVII- não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel [nesta última hipótese, a Súmula Vinculante n. 25, do STF, pôs fim à discussão, sendo considerada ilícita tal prisão, nos seguintes termos: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito"].
> LXVIII- conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder;
> LXXV- o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

---

[212] MEIRELLES, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo**.** Responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 505, 24 nov. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5961>. Acesso em: 27 maio 2011 e 24 out. 2011.

No ponto, a observação de Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles:

> Como se percebe, a Constituição Federal de 1988 se mostrou obediente ao princípio da legalidade, pelo qual o *jus libertatis* do cidadão deve ser respeitado, não se permitindo violação, pois a regra tem sido a liberdade, excepcionalmente e nos casos legalmente previstos é que tal princípio pode ser mitigado. É tanto que se o cidadão for atingido por um ato que se constitua em uma coação ilegal, cabe a ele afastá-la mediante o emprego dos instrumentos de impugnação previstos em lei, como o *habeas corpus*, o relaxamento, a liberdade provisória e a revisão criminal[213].

Cabe advertir, a *priori* que a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXV, ao garantir o direito à indenização pela atuação do Judiciário, no sentido de restringir a liberdade de locomoção, o fez em nome apenas da denominada prisão indevida, deixando de lembrar, explicitamente da prisão ilegal. Por tal motivo, urge estabelecermos a diferença entre os dois termos, com o fim de elucidar a questão.

A Constituição brasileira de 1988 trouxe para o direito positivo norma de garantia com caráter de direito fundamental, visando a proteger o cidadão contra a indevida privação de liberdade, atribuindo ao Estado, nessas situações, a obrigação de indenizar. Dispõe o art. 5º, inciso LXXV, *in verbis*: "O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença". A parte primeira do dispositivo assegura a indenização, limitando-a à efetiva condenação do acusado pelo Judiciário. A segunda parte restringe a responsabilidade do Estado e a consequente indenização aos casos em que a prisão imposta mediante sentença condenatória exceda o prazo de sua duração.

O erro judiciário é aquele advindo de ato jurisdicional que ocorre por equivocada apreciação dos fatos ou do Direito aplicável, levando o juiz a proferir sentença passível de revisão. O erro pode se dar em razão de equívoco na identificação da pessoa sentenciada, a exemplo de uma condenação que recaia sobre um homônimo do verdadeiro criminoso. Enquanto o excesso de prisão ocorre no período da execução da pena, quando o condenado, por desídia ou erro, não é liberado do presídio após regular cumprimento de pena fixada em sentença condenatória. Em resumo, o Estado arcará com a indenização por atuação do

---

[213] MEIRELLES, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. Responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 505, 24 nov. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5961>. Acesso em: 27 maio 2011.

Judiciário quando se tratar tanto de erro no ato de julgar quanto no ato de executar o que já foi objeto de julgamento[214].

Relacionando a prisão indevida com o erro judiciário, Vilson Rodrigues Alves ressalta que, embora o art. 5º, LXXV, 2ª parte, da Constituição Federal de 1988, somente se refira à indenizabilidade à pessoa que ficar presa além do tempo fixado numa sentença, há de se entender essa indenizabilidade quando, por erro judiciário penal corrigido em ação de revisão, ficou a pessoa privada de sua liberdade além do tempo fixável na sentença, indevidamente. Afinal, se na estrutura superficial da linguagem jurídica são situações diversas, na estrutura profunda não, dado que, ontologicamente, constituem modalidades de prisão indevida, porquanto indenizáveis os danos dela irradiados, *as privações da liberdade além do prazo fixado na sentença certa e fixável na sentença errada.* De regra, a prisão indevida – não-devida porque lhe falta causa à privação da liberdade – traduz caso de *erro judiciário penal* e expõe o Estado à indenizabilidade, com a prestação do que seja necessário e suficiente à reparação dos danos, incluindo-se os apatrimoniais, sobretudo morais, cumulados[215].

Na visão de Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles, se infere que forma opinião quase unânime entre os doutrinadores o fato de que a prisão indevida constitui gênero, da qual são espécies, as prisões advindas do erro judiciário e a que excede o tempo de cumprimento de pena estabelecida em sentença condenatória [216].

Juliana F. Pantaleão e Marcelo C. Marcochi entendem que, se a responsabilidade do Estado é objetiva, não percutindo por culpa ou dolo da Administração ou seus agentes, basta demonstrar o nexo de causalidade entre a atividade estatal e o evento danoso. Se houve prisão provisória e, ao final do processo, a ação foi julgada improcedente, declarando o réu inocente, este deve ser indenizado. Não há que ser analisada a legalidade ou não da prisão. Houve a prisão e esta foi excessiva, na medida em que o réu foi julgado inocente. Faz parte do

---

[214] MEIRELLES, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. Responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 505, 24 nov. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5961>. Acesso em: 27 maio 2011.

[215] ALVES, Vilson Rodrigues. Responsabilidade *civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário.* Tomos I e II. Campinas, SP: Editora Bookseller, 2001. 2 t, p. 116.

[216] MEIRELLES, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. Responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 505, 24 nov. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5961>. Acesso em: 27 maio 2011.

risco estatal que chamou para si, com exclusividade, a titularidade do *jus puniendi*, devendo a indenização ser custeada por toda a sociedade. Se, no instante em que foi decretada a prisão cautelar, esta se justificava em face do interesse da sociedade, o réu deve ser indenizado, quando da improcedência da ação[217].

Não obstante esses argumentos, há posicionamento diverso, manifestado por Luiz Antônio Soares Hentz, para quem a prisão indevida forma categoria autônoma, diferindo substancialmente do erro judiciário, muito embora previstas no mesmo dispositivo constitucional e gerando as consequências jurídicas idênticas, qual seja, a imposição ao Estado de indenizar o prejudicado pelos danos sofridos.

Para Hentz, a prisão indevida se estende a todos os casos que traduzem privação do direito de liberdade pessoal, mesmo quando não há condenação efetiva, mediante a prolação de sentença penal condenatória. O único ponto de encontro entre os dois institutos assenta-se no fato de que tanto a prisão ocorrida por erro judiciário, quanto a prisão decorrente de excesso de prazo apresentam, por fundamento, a mesma base filosófica centrada na dignidade da pessoa humana.

Vejamos as considerações de Luiz Antônio Soares Hentz, cuja transcrição é oportuna:

> 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. Os fundamentos se assentam sobre a mesma base filosófica, qual seja, a dignidade da pessoa humana (tida como motivadora da vontade do legislador). A intersecção se vislumbra em vista do campo de existência e verificação tanto da prisão indevida quanto do erro judiciário. No espaço próprio da função jurisdicional do Estado se observa e se distingue a atuação de cada um dos institutos. E mais: a vítima - vista, na ótica da norma, como o seu destinatário -, sempre a pessoa humana considerada como indivíduo, não importando sua nacionalidade nem o seu *status civitatis*, posto que os direitos e garantias fundamentais operam seus efeitos indistintamente (todos são iguais perante a lei, no Estado de Direito, e o apregoa o *caput* do art. 5º da nossa constituição). Feitas essas deduções, no mais os conceitos formam categorias apartadas.

---

[217] PANTALEÃO, Juliana F.; MARCOCHI, Marcelo C.. Indenização: erro judiciário e prisão indevida. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 416, 27 ago. 2004. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5642>. Acesso em: 4 jun. 2011.

> A privação da liberdade física tem natureza jurídica restritiva de direitos, sendo que, especificamente, resulta em privação do *status libertatis*, faceta do *status civitatis* com que o ordenamento jurídico dota o indivíduo e o torna responsável perante o mesmo ordenamento. (O erro judiciário não adquire essa coloração nem mesmo quando resulta em prisão indevida, pois o erro é inerente à função de julgar e o ordenamento possui instrumental hábil à sua reparação; e nessa hipótese a indevida privação de liberdade individual opera seus efeitos independente de se assentar sua causa no erro judiciário). Daí, como categoria autônoma, se estender a disciplina da prisão indevida a todos os casos em que suceder privação de liberdade individual sem o amparo em condenação com definitiva aplicação de pena de prisão, a cujo cumprimento se submete o indivíduo por força do ordenamento jurídico[218].

Roberto Delmanto Junior, ao abordar o tema da prisão ilegal ou indevida, e reportando-se ao Pacto de Nova Iorque, salientada, aqui, a importância desse precedente, dizendo que é de se apontar para o fato de que o art. 9º, nº 5, do Pacto de Nova Iorque veio a reforçar e ampliar ainda mais esse entendimento, conforme já salientado, mesmo porque a disciplina do art. 630 do Código de Processo Penal é extremamente limitada e, à evidência, não satisfaz, distanciando-se dos fundamentos de um Estado Democrático de Direito.

Veja-se a redação do art. 9º, n. 5, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque: "5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegal terá *direito a reparação*".

Vale registrar a hipótese de prisão indevida decorrente de erro provocado por atitude dolosa do preso, que induz o juiz a erro pela utilização de documentos falsos. O erro gerado e que prejudica o pseudoacusado indevidamente, não é erro passível de indenização por parte do Estado. Consoante o mesmo entendimento, explica Vilson Rodrigues Alves:

> [...] em situações dessa natureza, o próprio preso causou sua prisão com a conduta contrária a direito, e a ninguém é dado alegar a própria torpeza para dela aproveitar-se, como se enuncia na glosa *nemo auditur turpitudinem suam allegans*, extraída do Código de Justiniano. Incide, sobre suportes fáticos dessa configuração, a regra jurídica de pré-exclusão da responsabilidade civil estatal por prisão indevida [219].

Não podemos esquecer de mencionar que existem, no ordenamento jurídico pátrio, prisões que extrapolam a esfera penal, nesse sentido há uma espécie de prisão extrapenal,

---

[218] HENTZ, Luiz Antonio Soares. Responsabilidade do Estado por prisão indevida. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/1092>. Acesso em: 29 maio 2011.

[219] ALVES, Vilson Rodrigues**.** Responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Tomos I e II. Campinas, SP: Editora Bookseller, 2001. 2 t, p. 118.

também chamada de administrativa; a prisão Civil: é a decretada em caso de devedor de alimentos e depositário infiel, únicas permitidas pela Constituição Federal (art. 5º, LXVII). É uma espécie de prisão compulsiva prevista no art. 733, § 1º, do Código de Processo Civil, e art. 885, parágrafo único. Quanto a essa prisão civil por dívida, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LXVII, só a permitiu nos casos do alimentante inadimplente e do depositário infiel.

Todavia, hoje, é entendimento dominante da jurisprudência de que, nos termos do art. 7º, do Pacto de São José da Costa Rica, não admitindo outra prisão civil salvo a do alimentante inadimplente, o *STJ*, no *Habeas Corpus* n. 122.251/DF, assim decidiu, relatora Ministra Nancy Andrighi:

> A Turma, ao reiterar seu entendimento, concedeu a ordem em conformidade com decisão exarada pelo STF (HC 87.585/TO, RE 349.703/RS e RE 466.343/SP, julgados em 3-12-2008), que fixou o entendimento de que os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos aos quais o Brasil aderiu gozam de *status* de norma supralegal. Tal posicionamento tem reflexo imediato nas discussões relativas à impossibilidade de prisão civil de depositário infiel (julgamento ocorrido em 17-2-2009).

Hoje, o assunto não merece maior atenção em face do teor da Súmula Vinculante nº. 25 do STF: "É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito".

No que diz respeito àquela prisão de que trata o art. 885, parágrafo único, do CPC, segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, o entendimento majoritário é o de que, não se tratando de prisão por dívida, e sim em decorrência de descumprimento de ordem judicial, sua constitucionalidade é manifesta (nesse sentido, destacam-se Alexandre F. Câmara e Marcos Destefenni). Por outro lado, Marcos Vinícius Rios Gonçalves entende ser de inteira aplicação, no caso, a Súmula 280 do STJ. Sem razão, contudo. E por dois motivos: o primeiro porque a Súmula 280 fala daquele extinto art. 35 da Lei de Falências, que cuidava de uma modalidade de prisão disciplinar que o preceito sumular qualificou como administrativa; em segundo lugar porque a prisão de que trata o parágrafo único do art. 885 do CPC não é de natureza administrativa, mas, sim, judicial, de índole disciplinar. E, quanto a esta, a Magna Carta não a proíbe, conquanto seja a ordem expedida ela Autoridade Judiciária[220].

---

[220] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 444-445.

Prisão administrativa: é aquela decretada por autoridade administrativa para compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação. Esta modalidade de prisão foi abolida pela nova ordem constitucional. Com efeito, o art. 319 do CPP não foi recepcionado pelo art. 5º, LXI e LXVII, da Constituição Federal. Há, também, a prisão administrativa de que tratam os artigos 69 a 81, da Lei n. 6.815/80 (Estatuto dos Estrangeiros), pertinentes à expulsão e extradição.

Nessa última hipótese de prisão, segundo Alexandre de Moraes, há duas espécies de prisão durante a extradição. A primeira espécie é a prisão cautelar do extraditando, que se reveste de eficácia temporal limitada, não podendo exceder ao prazo de 90 (noventa) dias (Lei n. 6.815/80, art. 82, § 2º), ressalvada disposição convencional em contrário, eis que a existência de Tratado, regulando a extradição, quando em conflito com a lei, sobre ela prevalece, porque contém normas específicas. A segunda espécie consiste na prisão do extraditando, a partir do ajuizamento da ação de extradição passiva, que deve durar todo o procedimento extradicional [221].

E o mesmo autor acrescenta:

> O eventual excesso de prazo ocorrido em relação à prisão cautelar do extraditando fica descaracterizado pelo início da ação de extradição passiva, uma vez que deverá o súdito estrangeiro ficar à disposição do STF, até o julgamento final, não se admitindo a concessão de liberdade vigiada, prisão domiciliar ou prisão albergue[222].

Prisão disciplinar militar: permitida pela Constituição para o caso de transgressões militares e crimes militares (CF, art. 5º, LXI, e arts. 262 ss. do Código de Processo Penal Militar).

Não nos ocuparemos da análise de cada uma das espécies de prisão existente em nosso ordenamento jurídico, por impertinente ao foco central do tema desta tese, que transborda de seu objetivo. Não que não sejam importantes, mas muito pelo contrário. Delas não cuidaremos porque iria ampliar por excesso o texto desta tese, e, além do mais, isso demandaria buscar no tempo a evolução histórica das diversas espécies de prisão, desde o Brasil Colônia até nossos dias. Não é esse nosso objetivo.

---

[221] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 353.

[222] Id., Ibid., p. 353.

Se o Estado responde pelo erro judiciário penal ou civil, na forma do disposto no artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal de 1988 ("o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença"), cumpre questionar se o mesmo ocorre quanto aos danos decorrentes de prisão preventiva de um réu finalmente reconhecido inocente, em sentença absolutória.

A. B. Cotrim Neto entende que esse dispositivo (referindo-se ao "condenado por erro judiciário") "tem aplicação em todos os campos em que o indivíduo possa ser condenado: no juízo criminal, como no civil, no trabalhista ou no militar e até no eleitoral, enfim, onde quer que o Estado, mesmo através do Ministério Público, tenha sido provocador da condenação"[223] .

Augusto do Amaral Dergint observa que, ao disciplinar a indenização por erro judiciário como incidente do processo de revisão, a lei processual penal parece implicitamente excluir a responsabilidade estatal nos casos em que não cabe ação revisional, admitida tão-somente contra sentença condenatória, e não contra sentença absolutória.

A legislação adjetiva penal, pois, é omissa em reconhecer pretensão indenizatória ao réu que, embora absolvido no mérito, sofreu temporariamente injusta privação da liberdade, através de coerção pessoal que a lei admite seja decretada no curso do processo (prisão preventiva) ou nele subsista (prisão em flagrante). A descoberta do erro judiciário ocorre antes, e não depois, da condenação. O mecanismo persecutório penal erra (funciona mal), mas não a ponto de condenar um réu inocente[224].

Consideramo-nos inseridos e perfilhados na corrente doutrinária dos que entendem que, desde a Constituição da República de 1988, ao dispor em seu art. 5º, LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", toda e qualquer prisão de natureza cautelar, de índole processual, a sua imposição ou sua manutenção, ou seja, a prisão antecedente à sentença penal condenatória definitiva, seria desde a entrada em vigor da Carta Magna impossível, porque, em tese, inconstitucional, ou, então, no mínimo, incompatível com a prisão processual, de caráter

---

[223]COTRIM NETO, A. B. Da responsabilidade do Estado por atos de juiz em face da Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 45, 1993.

[224]DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: RT, 1995. p. 177-178.

cautelar ou provisório, e se sobrevier uma absolvição, deve engendrar a reparação do Estado, e, nesse sentido, discordamos, com a devida vênia, do entendimento esposado por Caio Eduardo Canguçu de Almeida[225].

Face ao entendimento exposto, de que a custódia preventiva se afigura como uma antecipação do efeito definitivo da tutela estatal, chega-se à conclusão de que a prisão indevida se revelará pela sentença penal absolutória.

Antonio Magalhães Gomes Filho, ao tratar do tema da prisão cautelar injusta, lembra que outro ponto essencial diante das previsões constitucionais é a reparação da prisão cautelar sofrida pelo acusado que vem ser posteriormente absolvido.

No nosso ordenamento, pelo menos até a promulgação da Carta de 1988, não se cogitava de indenização ao réu que sofre prisão cautelar e depois é absolvido; a disposição do art. 630 do CPP refere-se simplesmente à situação daquele que cumpre pena privativa de liberdade em virtude de erro judiciário constante da sentença condenatória.

Entretanto – continua o mesmo autor – o art. 5º, inc. LXXV, da CF, deu maior amplitude ao direito de indenização, estabelecendo que "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

> Ora [- argumenta Antonio Magalhães Gomes Filho -], se a Constituição assegura a presunção de inocência e reconhece o direito de indenização ao réu que ficar preso além do tempo fixado na sentença, parece claro que o tempo de prisão provisória sempre deve merecer reparação: havendo uma sentença absolutória, o tempo da prisão cautelar será sempre maior do que o "fixado na sentença"; o raciocínio também é válido para o caso de uma condenação a uma pena inferior ao prazo já descontado provisoriamente [226].

Com efeito, para Roberto Delmanto Júnior, indenizar o clássico erro judiciário é muito pouco, já que o vergastado Código de Processo Penal, ao pressupor a existência de uma condenação transitada em julgado, desconstituída por ação de revisão criminal, deixa de

---

[225] ALMEIDA, Caio Eduardo Canguçu de. O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República e a prisão anterior à sentença penal condenatória definitiva. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 24, v. 125, p. 27-29, jul./ago. 1990, que defende a seguinte posição: "a presunção de inocência, decorrente da impossibilidade de se considerar culpado o réu não definitivamente condenado, não é incompatível com a prisão processual, de caráter cautelar ou provisório. Aquela diz respeito aos efeitos da condenação, que não podem incidir com sua força depreciativa e restritiva de direitos ou de oportunidade, desde que passível de reexame a sentença. Já a segunda decorre de circunstância e de oportunidades que a recomendem, sem prejuízo da não definitividade da condenação".

[226] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, ano 5, v. 5, p. 17-27kan./fev./mar. - 1992.

abranger a maior gama dos casos de prisões ilegais e/ou injustas, que muitas vezes limitam-se a um inquérito policial arquivado ou, então, a um processo trancado através da concessão de uma ordem de *habeas corpus*, ou, ainda, objeto de sentença absolutória, tendo o acusado ficado preso provisoriamente[227].

E o mesmo autor faz a seguinte observação:

> Desta forma, permitimo-nos reafirmar, categoricamente, o direito à reparação, independentemente da existência de dolo ou culpa por parte do órgão ou agente estatal, os quais, se verificados, darão ao Estado o direito de regresso contra o funcionário público mal-intencionado ou desidioso, nos seguintes casos:
> a) prisão provisória formalmente perfeita, seguida de absolvição, não importando qual o fundamento processual penal lançado na sentença (arts. 386 e seus incisos do referido diploma);
> b) custódia cautelar que tenha sido objeto de concessão de ordem de *habeas corpus* ou liberdade provisória, pelo não-reconhecimento da existência de seus pressupostos e/ou requisitos *já à época de sua efetivação;*
> c) prisão provisória objeto de concessão de ordem de *habeas corpus* por excesso de prazo;
> d) cárcere cautelar que tenha se mostrado arbitrário, como em hipóteses de prisões em flagrante efetuadas de forma afrontosa aos direitos e garantias individuais e relaxadas pela autoridade judiciária (Constituição da República, art. 5º, LXI);
> e) prisão formalmente perfeita, mas imposta de forma desumana (como em casos de superlotação carcerária, inexistência de banho de sol etc.), em flagrante ofensa não só à nossa Magna Carta, mas, também, à Lei de Execução Penal, aplicável ao preso provisório (art. 2º, parágrafo único)[228].

Não obstante a excelência do raciocínio e a observação percuciente do autor, data vênia, não concordamos com sua posição quanto ao item "e", acima citado, visto que juridicamente não se sustenta, e seria, por outro lado, um precedente perigoso a engendrar a responsabilidade estatal, levando-a ao absurdo da teoria do *risco integral*, não acolhida pelo nosso sistema constitucional vigente, que adotou a teria do *risco administrativo*.

Para Augusto do Amaral Dergint, a prisão preventiva (mesmo quando lícita) torna-se materialmente injusta quando o detido é inocentado, quando é condenado por infração que não comporta pena privativa de liberdade ou quando a pena (privativa de liberdade) cominada é inferior à sofrida.

---

[227]DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 395.

[228]Id., Ibid., p. 395-396.

Através da prisão preventiva o réu inocente sofre uma carga injusta e desigual, devendo, pois, a coletividade responder em atenção ao princípio da igualdade. A privação da liberdade normalmente gera graves transtornos, com consequências de ordem profissional, social e econômica[229].

Segundo Mauro Cappelletti, no caso de detenção injusta como no de execução de sentença condenatória ulteriormente constatada errônea, exsurge uma responsabilidade direta e objetiva do Estado, cumprindo-lhe indenizar a vítima do erro judiciário independentemente de culpa ou dolo do juiz[230].

Não há por que tratar diferentemente o erro judiciário (condenação injusta) e a prisão preventiva injustificada, quer quanto aos fundamentos, quer quanto às consequências[231].

Afinal, se se indeniza o prejudicado por condenação injusta, precedida de processo penal em que lhe foi assegurada ampla defesa, seria paradoxal não admitir a responsabilidade por danos advindos de prisão preventiva, em que, por vezes, o réu não tem defesa alguma. Se assim fosse, seria melhor ser condenado à prisão do que absolvido, após uma detenção preventiva[232].

Sendo o acusado, ao fim da instrução criminal, absolvido, por ausência de provas ou inexistência de crime, evidenciar-se-á que um particular, no interesse da coletividade (apuração de um crime e de sua autoria), foi injustamente onerado pelas cargas públicas, devendo, portanto, em atenção ao princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos e ônus públicos, ser indenizado pela coletividade que lhe impôs este sacrifício[233].

---

[229]DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: RT, 1995. p. 178.

[230]CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Trad.: Carlos Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 53.

[231]DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 2, p. 327.

[232]ARDANT, Philippe. *La responsabilité de l'état du fait de la fonction juridictionnelle*. Paris: LGDJ, 1956. p. 228.

[233]ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 43.

Nos casos de atuação dolosa ou culposa do magistrado, ou de culpa anônima do serviço, cumpre aplicar a teoria da falta do serviço: a absolvição do preventivamente preso demonstra ter ocorrido o defeituoso funcionamento do serviço judiciário[234] .

Yussef Said Cahali, no mesmo sentido, assentou:

> E, por outro lado, impondo ao Estado a obrigação de indenizar aquele que 'ficar preso além do tempo fixado na sentença', está implicitamente também assegurando ao sentenciado o direito de ser indenizado em virtude de prisão 'sem sentença condenatória'. Com efeito, não se compreende que, sendo injusta a prisão no que exceder o prazo fixado na sentença condenatória, seja menos injusta a prisão do réu que nela é mantido se ao final vem a ser julgada improcedente a denúncia pela sentença absolutória[235].

Enfim, responde o Estado pelos danos decorrentes de prisão provisória (em flagrante, preventiva ou temporária) de um réu que, ao final, é reconhecido inocente, ou não se prova sua culpabilidade, em sentença absolutória.

Comungamos com a ponderação apontada por Yussef Said Cahali, no sentido de que, conquanto sustentável, em tese, essa posição, a jurisprudência por certo apreciará o direito de ressarcimento em função das causas e circunstâncias da prisão do sentenciado, bem como dos fundamentos da decisão condenatória, revertida em absolutória na revisão criminal, da mesma forma como em qualquer prisão ocorrida no processo criminal encerrada por absolvição e soltura do réu[236].

A responsabilidade do Estado é dedutível do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, visto decorrer a prisão de ato de agente público (o juiz), no exercício de serviço público (jurisdição). A propósito, o voto proferido no acórdão da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação nº 060.443.5/6-00, originária de São Paulo, de lavra do Desembargador Sérgio Marcos de Moraes Pitombo:

> Cuida-se de ação voltada a reparar prejuízos, provocados pela atividade jurisdicional do Estado. A base do pedido encontra-se no artigo 5º, LXXV, da Constituição da República: 'O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença'. Fácil perceber que a ação ressarcitória pode ter duas causas de pedir, a saber: erro judiciário e excesso de prisão. *O caso vertente não surge de erro*

---

[234]WALINE, Marcel. *Traité de droit administratif*. 6. ed. Paris: Sirey, 1950. p. 606-607.

[235]CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.477.

[236] Id., Ibid., p. 480.

> *judiciário.* Toda argumentação a tal respeito emerge desútil, para solução da lide[237].
> Cuidando-se de *excesso de prisão,* percebe-se, desde logo, que se procurou dar ressarcimento ao prejuízo, sofrido pelo preso, por motivo de ter restado em cárcere mais tempo do que o fixado na sentença condenatória firme. Tal prisão situa-se no direito material.
> Estende-se, entretanto, tal hipótese de direito à indenização, aos casos de prisão cautelar ilegal ou abusiva[238].

Nesse mesmo sentido, o voto condutor nos autos de Apelação Civil nº 153.234-5/8-00, da Comarca de São Paulo, em Acórdão proferido pela 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Magalhães Coelho:

> Responsabilidade Civil do Estado - Pretendida indenização por danos morais - Decretação de prisão provisória dos autores - Imputação do crime de homicídio - Absolvição por ausência de provas - Existência de dano ao particular em decorrência de ato jurisdicional - Dever de indenizar do Estado decorrente de ato lícito no exercício da jurisdição - Dever de compor danos morais - Recursos não providos. (Apelação Cível n. 153.234-5/8 - São Paulo - 3ª Câmara de Direito Público - Relator: Magalhães Coelho - 1º.06.04 - M.V.).

Trata-se – neste último caso – de uma ação ordinária de reparação de danos proposta por autores em face da Fazenda do Estado de São Paulo, objetivando o pagamento de indenização por danos morais em razão de terem permanecido presos no período de 18.07.91 a 24.10.91, como incursos no artigo 121 do Código Penal.

Tiveram a prisão provisória revogada por ocasião da sentença de pronúncia e ao final, foram absolvidos por falta de provas. Pela análise da prova documental juntada aos autos, os autores foram presos provisoriamente e denunciados pelo crime de homicídio, entretanto, no julgamento do E. Tribunal do Júri acabaram inocentados por falta de provas.

---

[237] Responsabilidade Civil do Estado por Atividade Jurisdicional - Possibilidade - Danos decorrentes da prisão indevida e de excesso de prisão cautelar - Entendimento dos preceitos constitucionais (artigos 5º, inciso LXXV e 37, § 6º) - Recurso provido, em parte. (Apelação Cível n. 60.443-5 - São Paulo - 7ª Câmara de Direito Público - Relator: Sérgio Pitombo - 10.04.00 - M.V.); Em outro trecho do voto condutor do acórdão que a 7ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da Apelação Cível nº 060.443.5/6-00 acima referido, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo deixou assentado: "Prisão, é o 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* O *dano moral,* dela decorrente, é *in re ipsa.* Vale assentar: surge inerente à própria prisão. Dano que se mostra intrínseco, pois. [...] Presente o nexo de causalidade, entre a ilegalidade ou o erro desastroso da atividade estatal e o dano sofrido pelo autor, exsurge a *condenação por dano moral*.

[238] PITOMBO, Marcos Sérgio de Moraes. Voto proferido nos autos Apelação Civil nº 060.443.5/6-00, em acórdão da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A íntegra deste acórdão pode ser encontrado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* n. 32, p. 321-329, out./dez. 2000.

> Induvidoso, portanto, que sofreram forte gravame em sua honra em razão da imputação que lhes foi feita e, ainda, pelo tempo em que permaneceram presos. Não se trata, aqui, de verificar-se se houve ou não erro judiciário, mesmo porque à época dos fatos poderia ter como legítimas suas prisões provisórias, que se lastreia tão somente em indícios de autoria. Todavia, se o Estado imputou aos autores-apelados a prática de crime, se os encarcerou, mas não conseguiu provar a responsabilidade criminal evidente o dever de indenizar. Trata-se, aqui, de típica responsabilidade objetiva do Estado que, à evidência, independe da ocorrência de culpa ou dolo[239].

Novamente a posição externada por Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, como relator na Apelação Cível nº 37.029-5, TJSP[240]. Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça [241]. Oportuno, aqui, lembrar a presunção de inocência que a Constituição Federal defere a todos os cidadãos.

Conforme enfatiza Antonio Magalhães Gomes Filho, quando expõe que em face da presunção de inocência, o direito à indenização pela prisão cautelar injustamente sofrido decorre automaticamente do reconhecimento definitivo da não-culpabilidade, pois, ao contrário, se estaria admitindo a legitimidade de uma medida adotada em razão de um perigo inexistente[242].

Como disserta Arnaldo Quirino: é na Carta Magna que encontramos as verdadeiras garantias contra a ocorrência de prisões indevidas, abusivas, ilegais e arbitrárias. Podemos destacar a *garantia do devido processo legal* (art. 5º, inciso LIV), como o princípio de maior grandeza, no qual, de certo modo, estão implícitos os seguintes princípios, entre outros: *princípio do contraditório e da ampla defesa* (art. 5º, LV), *princípio do estado de*

---

[239]Voto do Relator Desembargador Magalhães Coelho no Acórdão da Ap. Civil 153.234-5/800. voto 4.297.

[240]Erro Judiciário - Sentença condenatória penal, desconstituída em ação de revisão criminal. Efeitos do *decisum* constitutivo firme, no âmbito do processo penal. Prisão indevida, nascente em erros judiciários. Dever do Estado de indenizar os danos, de ordem material e moral, independentemente, de apuração de culpa, ou dolo, pelos atos de seus agentes (art. 5º, incs. X e LXXV c/c art. 37, § 6º, da Constituição da República). Quantum apurado, com pontualidade; observado o critério da equidade. Mantida a verba honorária. Recursos voluntários e remessa necessária improvidos.

[241]STJ – 6ª T. – Resp. nº 61.899-1/SP – Rel. Min. Vicente Leal. Ementário *STJ*, 15/220: “A Constituição da República, em razão da magnitude conferida ao "*status libertatis*" (art. 5, XV), inscreveu no rol dos direitos e garantias individuais regra expressa que obriga o Estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado na sentença (art. 5, LXXV), situações essas equivalentes à de quem foi submetido à prisão processual e posteriormente absolvido”.

[242] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 75-76.

inocência (art. 5º. LVII), *princípio da obrigatoriedade de fundamentação da decisão que determinar a prisão* (art. 5º, LXI e art. 93, inciso X), *princípio do direito à liberdade provisória* (art. 5º, LXVI).

Decorre do exposto que, para o Estado legitimar sua atuação, restringindo a liberdade individual, seja de forma definitiva (condenação com sentença transitada em julgado) ou provisória (prisão processual), deve obrigatoriamente observar aqueles princípios, sob pena de tornar a *prisão ilegal* [243].

Adotamos o entendimento do relator do acórdão referido, Magalhães Coelho, e endossamos integralmente seu posicionamento, em cuja atuação jurisdicional tem admitido reiteradamente condenar o Estado nas hipóteses de prisão preventiva decretada em face de quem não foi o autor do delito e de absolvição em segunda instância de acusado condenado em primeira, nos seguintes termos:

> se denuncia, se imputa ao cidadão a prática de um crime e não prova a autoria deve sim sujeitar-se à responsabilidade por eventuais danos materiais e pelos evidentes danos morais. Isso porque o dever do Estado de indenizar não decorre só de ato ilícito no exercício da jurisdição, mas também, por vezes, de ato lícito. O ato lícito, na hipótese, decorre do exercício da potestade estatal que embora sendo, naquele momento regular, revelou-se indevida. Se a pessoa se vê presa ou denunciada por prática de crime, com a presença dos pressupostos ensejadores da atuação do Estado, não se pode falar de ato ilícito. O ato será lícito, todavia, se se revelar lesivo ao particular por não ter o Estado provado sua culpa, ensejando indenização. Isto porque o "ato de risco" inerente à privação da liberdade da pessoa, justificado em nome do benefício coletivo foi obtido à custa de uma brutal violação à sua liberdade individual e a seu direito. [...] Daí porque se concluir que não só os comportamentos ilícitos como também os comportamentos lícitos do Estado-juiz implicam em dever de indenizar[244].

Como bem lembra Antonio Magalhães Gomes Filho, enfatizando que outro problema que se apresenta, ainda relativamente à diminuição dos inconvenientes da custódia anterior à condenação, diz respeito à reparação dos prejuízos indevidamente sofridos pelo acusado, não se trata, evidentemente, da recomposição completa dos bens e direitos atingidos pelo encarceramento porque "nenhuma soma de dinheiro poderá verdadeiramente curar a

---

[243]QUIRINO, Arnaldo. *Prisão ilegal e responsabilidade civil do Estado.* São Paulo: Atlas, 1999. p. 43.

[244]Apelação Cível n. 153.234-5/8 - São Paulo - 3ª Câmara de Direito Público - Relator: Magalhães Coelho - 1º.06.04 - M.V.

ferida provocada pelo tempo transcorrido em detenção"; cuida-se, simplesmente, de recuperar pelo menos aquilo que é passível de restauração, ou seja, o patrimônio[245] .

Nesse sentido:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS.
> 1. O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo prisão ilegal. 2. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser enfocado 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. 3. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. 4. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado. 5. A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV, da CF. 6. Recurso especial provido (STJ, 1a Turma, Resp 220982, Rel. Min. José Delgado, DJU 3/4/2000).

É a posição que abraçamos.

Tem nossa adesão o entendimento de Yussef Said Cahali quando afirma que: "Com efeito, não se compreende que, sendo injusta a prisão no que exceder o prazo fixado na sentença condenatória, seja menos injusta a prisão do réu que nela é mantido se ao final vem a ser julgada improcedente a denúncia pela sentença absolutória"[246].

Por esses fundamentos, data vênia, não concordamos com a observação feita por Rui Stoco, que tem entendimento contrário, nessa hipótese, dos administrativistas Augusto do Amaral Dergint e Yussef Said Cahali, quando afirma que: "O dia em que a prisão cautelar ou qualquer outra medida for considerada como erro judicial ou judiciário apenas em razão da absolvição do suspeito, indiciado ou acusado, todo o arcabouço e o sistema jurídico-penal estarão abalados e irremediavelmente desacreditados"[247] .

---

[245] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 75.

[246]CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.477.

[247] STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1038.

Esse não é o entendimento de Luiz Fux, quando, no julgamento do Ap. 10.182/01, como relator da 10ª C – *TJRJ*:

> Assim, a prisão preventiva reclama prova inequívoca, posto prisão antecipada por conta da verossimilhança da alegação da acusação, indicando uma condenação final. A absolvição revela a inocência *ex tunc* e, *a fortiori*, a ilegitimidade da custódia, gerando inafastável dever de indenizar, máxime porque a Carta Federal garante a presunção de inocência e a proteção da dignidade humana. O encarceramento do cidadão deve ser levado a efeito com provas manifestas, posto cláusula pétrea liberdade de ir e vir. Raciocínio inverso revela indiferença pela dignidade humana e oferece ao Estado carta de alforria para constranger a liberdade humana, postulados dos Estados totalitários-absolutistas, cuja marca é o desrespeito pela dignidade humana, compromisso primeiro de nosso estado de Direito, tal como prometido pela Constituição Federal. Ocorrendo a absolvição, é objetiva a responsabilidade do Estado pela custódia preventiva, cuja ilegitimidade é reconhecida *ex tunc*[248].

4.2.2. Fundamento da responsabilidade civil do Estado por prisão indevida

Na visão de Luiz Antonio Soares Hentz, muito da evolução se deve à jurisprudência e à doutrina, importantes fontes de elaboração do Direito. Mas algo tem de ser tributado ao legislador, no tema ora em estudo. A atribuição de responsabilidade ao Estado por prisão indevida, ante a legitimidade da prisão cautelar, tem natureza jurídica diversa dos fundamentos que determinam a imputação da mesma responsabilidade em suas outras hipóteses de incidência. A prisão que origina o direito à indenização é legítima, na medida em que o ordenamento jurídico a protege e regula. A proteção da coletividade justifica o risco da prisão indevida, isso sob o prisma do Estado. Daí que o fundamento da indenização, nesse caso, não pode ser a atuação do agente público. O Estado podia efetivar a prisão (a legislação ampara tal proceder), daí não se poder falar em danos causados por seus agentes a terceiros (ao menos segundo a dicção usada no art. 37, § 6º, da nossa Constituição)[249] .

---

[248] *TJRI* – 10ª C – Ap. 10.182/01 – Rel. Luiz Fux – j. 07.11.2001 – Bol. AASP 2.285/616, 14 a 20.10.2002.

[249] HENTZ, Luiz Antonio Soares. Responsabilidade do Estado por prisão indevida . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1092>. Acesso em: 25 out. 2011.

Depois dessas considerações, o próprio autor faz a seguinte indagação: E então, qual seria o fundamento jurídico da atribuição da responsabilidade ao Estado?[250].

E o mesmo autor, Luiz Antonio Soares Hentz, responde, de modo incisivo, que o fundamento da indenização por prisão indevida é a assunção de responsabilidade, frente ao risco assumido, a que o Estado adere por força da legislação que impõe o dever de indenizar, atribuindo a responsabilidade ao poder público, e tornando imperativa a sua obrigação perante o particular; não existindo causa apta para a privação da liberdade pessoal em definitivo, a prisão não é devida, impondo ao Estado o dever de indenizar, que, no direito brasileiro, tem amparo no art. 5º, LXXV, da Constituição Federal, *verbis*: "O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença", ficando distribuídos, assim, entre toda a coletividade, os encargos sofridos pelo particular[251].

No mesmo sentido, aponta Rui Stoco que podemos agora acrescentar que esse sentido amplo abrange, também, o excesso de pena ou o cumprimento de pena além do tempo fixado na sentença, por força do preceito constitucional contido no art. 5º, LXXXV, da CF/88.

Nada justifica - hoje - excluir da possibilidade do erro, no sentido genérico a que se refere a Carta Magna, qualquer tipo de prisão, seja definitiva, decorrente de sentença; seja ela, ainda, preventiva, cautelar ou provisória.

Aqui, nesta quadra, está-se referindo ao erro judicial *in genere* e não apenas ao erro judiciário típico (*in specie*)[252].

Não ficou fora da previsão de indenização nenhuma forma de prisão. Basta que não tenha correspondência com a sentença - definitiva, tem de ser - para que ocorra a hipótese antevista pelo legislador e resumida, na norma, como além do tempo fixado na sentença.

Luiz Antonio Soares Hentz diz que o intuito principal, numa projeção ainda da dignidade da pessoa humana, proclamada como fundamento do Estado Democrático de Direito que se instalou oficialmente no Brasil com a CF/88, pode ser visto como soerguimento da pessoa humana à estatura de único e verdadeiro destinatário das ações estatais. Desse

---

[250] HENTZ, Luiz Antonio Soares. Responsabilidade do Estado por prisão indevida . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1092>. Acesso em: 25 out. 2011.

[251] Idem, Ibidem.

[252] STOCO, Rui**.** Responsabilidade do estado por erro judiciário. *Revista cidadania e justiça,* Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 2, nº 4, 1º semestre de 1998.

modo, da atuação do Estado não poderão advir à coletividade senão benefícios. E a prisão de alguém, sem correspondência com a condenação legítima emanada do órgão estatal com poderes para tanto, fere não o direito abstratamente considerado, mas também, concretamente, a esfera de direitos do cidadão protegidos constitucionalmente, como se dá com a liberdade[253].

Rui Stoco posiciona-se no sentido de que a prisão indevida não significa nem se confunde com a prisão que se mostrou necessária em 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[254].

Juliana F. Pantaleão e Marcelo C. Marcochi discordam do entendimento de Rui Stoco, dizendo, porém, que, se a responsabilidade do Estado é objetiva, não percutindo por culpa ou dolo da Administração ou de seus agentes, basta demonstrar o nexo de causalidade entre a atividade estatal e o evento danoso. Se houve prisão provisória e, ao final do processo, a ação foi julgada improcedente, declarando o réu inocente, este deve ser indenizado. Não há que ser analisada a legalidade ou não da prisão. Houve a prisão e esta foi excessiva, na medida em que o réu foi julgado inocente. Faz parte do risco estatal que chamou para si, com exclusividade, a titularidade do *jus puniendi*, devendo a indenização ser custeada por toda a sociedade. Se, no instante em que foi decretada a prisão cautelar, esta se justificava em face do interesse da sociedade, o réu deve ser indenizado, quando da improcedência da ação.[255]

Nesse sentido:

> PROCESSO CIVIL. ERRO JUDICIÁRIO. ART. 5º, LXXV, DA CF. PRISÃO PROCESSUAL. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS.
> 1. A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5°, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização.
> 2. Assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido. A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de

---

[253] HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.44, p. 07, ago. 1996.

[254] STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 1038.

[255] PANTALEÃO, Juliana F.; MARCOCHI, Marcelo C.. Indenização: erro judiciário e prisão indevida. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 416, 27 ago. 2004. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5642>. Acesso em: 25 out. 2011.

> afrontar o mais comezinho direito fundamental à vida livre e digna. A absolvição futura revela da ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos (*notoria non egent probationem*).
> 3. O pedido de indenização por danos decorrentes de restrição ilegal à liberdade inclui o 'dano moral', que *in casu*, dispensa prova de sua existência pela inequivocidade da ilegalidade da prisão, duradoura por nove meses. Pedido implícito, encartado na pretensão às 'perdas e danos'. Inexistência de afronta ao dogma da congruência (arts. 2°, 128 e 460, do CPC).
> 4. A norma jurídica inviolável no pedido não integra a *causa petendi*. 'O constituinte de 1988, dando especial relevo e magnitude ao *status libertatis*, inscreveu no rol das chamadas franquias democráticas uma regra expressa que obriga o Estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado pela sentença (CF, art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes a de quem submetido à prisão processual e posteriormente absolvido.'
> 5. A fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica na valoração da proporcionalidade do *quantum* e na capacidade econômica do sucumbente.
> 6. Recurso especial desprovido. (REsp 427.560/TO; Rel. Min. Luiz Fux, da 1ª Turma do STJ; DJ. 30.09.2002).

Nesse sentido, o entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando afirma peremptoriamente:

> Não obstante, deve-se consignar o entendimento de que o Estado pode ser levado a responder pelos danos decorrentes da *prisão preventiva*, se houver posterior absolvição do acusado, o que parece consentâneo com o princípio da dignidade humana, que ficaria, assim, vulnerado pela medida acautelatória penal sem causa (art. 1º, III, CF)[256].

Estas duas posições já foram postas no início desta tese, mas, dada a sua repercussão na defesa da tese, reiteramos a excelência desses entendimentos sobre a indenização da prisão indevida, com o argumento de que, "uma vez que a prisão provisória nada mais é do que a condenação antecipada, tanto que prevista a detração.

Rogério Lauria Tucci também entende que a prisão cautelar injusta enseja a responsabilidade estatal, nos seguintes termos: "E, de resto, delineia-se extensivo aos casos de

---

[256] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo.* 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 591.

prisão cautelar injusta, isto é, quando preso provisoriamente, o condenado vier a ser absolvido"[257].

Diante do exposto, não pretendemos esgotar o tema que versa sobre a responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal, ao contrário, almejamos abrir passagem para que outros possam desenvolver estudo mais aprofundado sobre assunto tão fascinante e ao mesmo tempo complexo[258].

4.2.3. Prazo e prisão provisória

Jacques Camargo Penteado, ao abordar o delicado tema do "tempo da prisão", explica que o Direito Processual Penal, em face da dignidade humana e do princípio da presunção de inocência, está legitimado à custódia cautelar que, submetida aos requisitos mínimos enunciados, concreta e objetivamente garanta a preservação íntegra desse ser humano, mantendo todas as condições materiais compatíveis com a natureza do homem e durando o menor tempo possível, sem ultrapassar o lapso máximo previsto em lei. [...] A prisão processual priva o direito de liberdade física da pessoa humana. Precisamente, incide sobre o direito de ir, vir e ficar.

Em 28.9.1989, nosso País ratificara a Resolução nº 39/46, de 10.12.1984, da Assembleia das Nações Unidas, denominada Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes. Comprometeu-se com a proibição da prática de atos que constituam tratamento ou penas cruéis, desumanas ou degradantes[259].

E o mesmo autor acrescenta que o direito positivo fixa prazos para a realização dos atos processuais e, na falta de previsão específica, estipula o lapso geral que incide nos

---

[257] TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 463.

[258] MEIRELLES, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. Responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 505, 24 nov. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5961>. Acesso em: 21 dez 2011.

[259] PENTEADO, Jaques de Camargo. Tempo da prisão: breves apontamentos. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. Nº 8, 2002. p. 236-239.

casos omissos. A quantificação do período necessário para a concretização dos atos processuais requer a ponderada reflexão do legislador para não estender o tempo do processo de forma a contrariar o ideal de justiça rápida e também de não comprimir a atividade processual em lapso temporal que vede o ideal de justiça segura. A fixação do prazo da prisão processual pela lei está ligada à teoria da tipicidade como doutrina geral do direito que, na esfera do tempo da custódia, deve implicar a construção legal do modelo dos atos processuais, como preceito geral do tipo processual, bem como estabelecer a sanção de inexistência ou invalidade por defeitos que não permitam a edificação do ato do processo segundo a regra devida e, finalmente, prever um controle iterativo dos lapsos temporais, impondo a imediata soltura do preso sempre que ultrapassado o prazo marcado para o término de cada ato do processo[260].

O vigente art. 5º, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº. 45/2004, acrescentou o seguinte inciso: "LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" .

Por outro lado, a Convenção Americana sobre Direito Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, também disciplina o tempo do processo.

Dispõe que toda "pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo" (art. 7º, número 5). Além disso, proclama que "toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene a soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais" (art. 7º, número 6).

Portanto, adverte Jacques Camargo Penteado, seguindo as linhas gerais do diploma europeu, que o processo atinente ao acusado preso deve terminar dentro de prazo razoável. Também estabelece que a condução do preso ao juízo e o controle da resolução privativa da liberdade devam se fazer "sem demora "[261].

---

[260] PENTEADO, Jaques de Camargo. Tempo da prisão: breves apontamentos. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. Nº 8, 2002. p. 239.

[261] Id., Ibid., p. 243-244.

A razoável duração do processo deve ser perseguida por todos os protagonistas do direito, para que se possa alcançar a certificação do direito em favor do autor ou do réu, no tempo certo. A Emenda Constitucional nº. 45, de 08 de dezembro de 2004, assegurou a todos, no âmbito judicial e administrativo, o razoável lapso temporal que deve durar o processo, bem assim as formas garantidoras da celeridade de sua tramitação.

Antonio Magalhães Gomes Filho adverte que questão relevante que ainda se coloca nesse setor é aquele relativa à duração da prisão de natureza cautelar; trata-se de estabelecer um prazo legítimo de sacrifício do direito de liberdade, em função das exigências processuais.

Na visão do mesmo autor, não tem sido tarefa fácil, com efeito, determinar qual o período máximo de tempo dentro do qual deveria estar definitivamente encerrado o procedimento criminal com o acusado detido provisoriamente, sem que houvesse grave ofensa ao princípio da presunção de inocência[262].

4.2.4. Prazo da prisão processual e as Declarações Universais dos Direitos do Homem

Na resenha de Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles, a liberdade pessoal, reconhecida antes de tudo como direito natural e intangível do indivíduo, ao longo do desenvolvimento da humanidade e da ciência jurídica, fortaleceu-se de tal forma que passou a merecer proteção estatal, permitindo às nações que primam por uma sociedade justa e humanitária, na qual prevalece a liberdade de seus cidadãos, o reconhecimento, em suas respectivas Constituições, do direito à liberdade como um direito soberano. Não bastando apenas instituí-lo, sentiu-se a necessidade de criar, igualmente, instrumentos eficazes de garantia e proteção ao pleno exercício desse direito.

Assim, delineou-se o cenário das sociedades modernas, onde o direito à liberdade acabou por constituir ponto comum a todas as Constituições. Acontece, porém, que a

---

[262] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 73.

consagração desse direito não nasceu do dia para a noite, ocorreu de maneira lenta e através de conquistas sucessivas.

O marco decisivo para que o direito constitucional de liberdade fosse erigido à categoria de direito fundamental, rompendo com a tradição real, foram, sem dúvida, as cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais, como a Magna Carta, em 1215, quando os barões ingleses obrigaram João Sem Terra a firmá-la; a *petition of Rights,* em 1628; o *Habeas Corpus Amendment Act* em 1679 e o *Bill of Rights,* em 1688.

Essas declarações, inclusive a de 1679, asseguraram, dentre tantas outras garantias fundamentais, a de que nenhum homem livre poderia ser preso, nem perder os seus bens, nem ser declarado fora da lei ou desterrado, senão em virtude de julgamento, conforme a lei. A partir daí, começaram a ser esboçados, com maior nitidez, os contornos essenciais do *habeas corpus,* enquanto garantia constitucional da liberdade, apesar dessa medida ter alcance limitado aos membros da classe dominante[263].

Segundo Alexandre de Moraes, no que diz respeito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, garantias constitucionais inscritas no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988, esta incorporou ao texto constitucional o princípio do devido processo legal, que remonta à *Magna Charta Libertatum,* de 1215, de vital importância nos direitos inglês e norte-americano. Igualmente, o art. XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem garante que

> todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa[264].

O direito de liberdade continuou a se fortalecer quando os Estados Unidos, em decorrência da experiência inglesa, preparavam o espírito para as grandes declarações dos direitos fundamentais.

Acerca da matéria, assevera José Afonso da Silva: "A primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, foi a *Declarações de Direitos do Bom Povo da*

---

[263] MEIRELLES, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo**.** Responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 505, 24 nov. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5961>. Acesso em: 23 out. 2011e 26 out. 2011.

[264] MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais.* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 297.

Virgínia". Nascida em 1776, previa, dentre outros direitos, a igualdade, independência e liberdade dos homens, bem como a vedação de mandados de busca ou de detenção, sem especificação exata e prova do crime. Em virtude da Independência dos Estados Unidos, e em 1787, com o advento da sua Constituição, aprovada na Convenção de Filadélfia, ficou consagrado o direito de liberdade, mediante a instituição do *habeas corpus*, proibindo-se a suspensão desse remédio, a menos que a ordem pública passasse a exigir nos casos de rebelião ou de invasão. Em decorrência desses acontecimentos, disseminou-se o pensamento de que os direitos só podiam ter consistência se acompanhados dos instrumentos processuais para sua efetivação[265].

O campo estava preparado e a ideia de direitos individuais foi mesmo institucionalizada, apresentando seu apogeu, durante a Revolução Francesa, momento em que as forças políticas da época fundavam o Estado Liberal ou Estado de Direito, em oposição às ideias advindas do período absolutista, recebendo, a liberdade, especial atenção constitucional.

Foi precisamente com o advento do constitucionalismo ocidental que o ideário de liberdade recebeu força e importância, por ter sido insculpido como um dos termos da fórmula universal: liberdade, igualdade e fraternidade, difundidos na Assembleia Constituinte Francesa de 1789.

Esse liberalismo ocidental, conduzido e vivido pela burguesia, durante a Revolução Francesa, colocou a liberdade como valor básico, incluindo-a como centro da parte mais delicada das Constituições: a dos direitos e garantias.

A despeito dessa fase histórica, o direito de liberdade ganhou destaque na área dos direitos fundamentais, surgindo desse direito individual a maneira mais eficaz de libertar o homem das amarras do Estado absolutista, já que a esfera individual não mais poderia ser restringida pelo Estado de forma deliberada e incondicional. Com isso, a burguesia se consolidou como classe econômica e social mais forte e pode elevar o direito de liberdade à categoria de direito fundamental.

---

[265] MEIRELLES, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo**.** Responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 505, 24 nov. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5961>. Acesso em: 23 out. 2011e 26 out. 2011.

Daí para cá, o conteúdo da liberdade passou a integrar a Constituição material, sendo esta, consoante Paulo Bonavides[266]:

> O conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Em suma, a Constituição, em seu aspecto material, diz respeito ao conteúdo, mas tão somente ao conteúdo das determinações *mais importantes*, únicas merecedoras, segundo o entendimento dominante, de serem designadas rigorosamente como matéria constitucional.
> Assim, considerando que a conservação e o exercício da liberdade, enquanto direito da pessoa humana, constituem pontos cardeais e determinantes de um Estado organizado, a liberdade encontra-se inserida na acepção material de constituição.
> Nessa ótica, o direito de liberdade uma vez classificado como garantia fundamental, pode ser incluído em uma das gerações ou dimensões, nas quais se distingue a formação sucessiva de uma primeira, segunda, terceira e até uma quarta geração.

O direito à liberdade, no dizer de Paulo Bonavides, corresponde aos chamados direitos de primeira geração. Veja-se: "Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente" [267].

Garantido o direito constitucional de liberdade, apresenta-se então o problema de estabelecer equilíbrio entre a liberdade individual e a autoridade estatal. Isso porque o conceito de liberdade não é absoluto, não implica em ausência de coação. Daí concluir-se que só a lei geral, emanada do Estado pode restringi-la, e assim mesmo devendo aquela ser elaborada de acordo com regras preestabelecidas e aceitas pela coletividade que busca regular.

A liberdade geral, portanto, está indissociavelmente atrelada ao princípio da legalidade, consistindo este garantia daquele. Na Constituição de 1988, percebe-se claramente a presença do citado princípio no artigo 5º, inciso II, que menciona: "ninguém será obrigado a

---

[266] MEIRELLES, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. Responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 505, 24 nov. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5961>. Acesso em: 29 maio 2011.

[267] Id., Ibid.

fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei". Somente a lei tem o condão de limitar a liberdade.

Esta forma de considerar-se a legalidade frente à liberdade é baseada em um conteúdo negativo, consistindo a liberdade num conceito geral e a restrição da lei a exceção. Não há uma relação no sentido de se poder fazer tudo o que a lei permite, mas de se poder fazer tudo, exceto o que a lei expressamente proíbe.

Com efeito, modernamente, o princípio da liberdade está previsto na memorável Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada logo após o desastre da II Guerra, onde está escrito: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos...".

Foi com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que o humanismo político de liberdade ganhou relevo neste século, sendo responsável pelo reconhecimento, em âmbito universal dos direitos humanos[268].

Sobre Declarações Universais dos Direitos do Homem, também podemos mencionar a garantia do respeito ao princípio da presunção de inocência, consagrado constitucionalmente pelo art. 5º, LVII, da CF, garantia essa que já era prevista no art. 9º, da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 26-8-1789 ("Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado"), conforme lembra Alexandre de Moraes[269].

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), traz em seu artigo 7º, item 1, a seguinte previsão: "Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoal".

Outra não é a orientação dada pela atual Constituição brasileira, que faz menção ao termo liberdade na parte primeira ou introdutória da referida Carta, ser a liberdade valor básico, constituindo, por isso, decorrência lógica da própria fórmula política adotada pelo Estado Democrático de Direito.

---

[268] MEIRELLES, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. Responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 505, 24 nov. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5961>. Acesso em: 29 maio 2011.

[269] MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais.* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 311.

O *caput* do art. 5º estabelece que: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, segurança e propriedade".

Por outro lado, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica dispõe que toda "pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo" (art. 7º, número 5). Além disso, proclama que "toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene a soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais" (art. 7º, número 6).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem invoca a dignidade do ser humano e os seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Registra os bárbaros atentados à humanidade e estabelece que a mais alta aspiração do homem comum é a liberdade de palavra, de crença e, sobretudo, a liberdade de viver a salvo do temor e da necessidade. Não menciona o tempo da prisão. Os membros da Assembleia Geral das Nações Unidas perderam a oportunidade de estabelecer o princípio de que a prisão processual, entre outros, precisa sofrer limites no tempo[270].

Salienta Roberto Delmanto Júnior que os Pactos e Convenções Internacionais vêm garantindo ao acusado preso o julgamento rápido, não se admitindo dilações indevidas. Além disso, face à relevância da matéria, as Constituições Espanhola, de Portugal e da Itália estipularam que a lei ordinária defina o prazo máximo de prisão cautelar [271].

E acrescenta o mesmo autor:

> A garantia do direito do acusado de ser julgado em *prazo razoável ou ser posto em liberdade* (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, art. 9º, 3, 2ª parte; Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, art. 7º, 5, 2ª e última partes, não se admitindo *dilações indevidas* (Pacto de Nova Iorque, art. 14, 3, *c*), e a do direito de o acusado jovem ser julgado *o mais rápido possível* (Pacto de Nova Iorque, art. 10, 2, *b*, Pacto de San José, art. 5º, 5), expressamente acolhidas por nossa Constituição da República (art. 5º, § 2º, da CF de 1988),

---

[270] MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais.* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 241.

[271] DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001. p. 301.

> demonstram a preocupação dos países civilizados em diminuir, ao máximo, o tempo de custódia cautelar, a fim de evitar ainda maiores iniquidades resultantes da inflição de sofrimentos morais e físicos a um acusado que acaba absolvido, e, também, de comprometer os Estados subscritores a se empenharem ao máximo para tanto, buscando, ainda, dar à sociedade e ao imputado *resposta célere* quanto ao seu estado de culpado ou inocente, permitindo, outrossim, a boa colheita de provas – antes que elas desapareçam ou que as testemunhas se esqueçam do que presenciaram -, a possibilidade da vítima ou seus herdeiros entrarem com processo de indenização o mais rápido possível etc.[272].

Nesse sentido, Rogério Lauria Tucci, na trilha do mesmo entendimento, diz que

> outra garantia que se encarta no *devido processo legal* é o referente ao desenvolvimento da *persecutio criminis* em *prazo razoável*. Deita ela suas raízes, como antes esclarecido, no enunciado do § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, cuja transcrição deve ser repristinada, *verbis*: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".
> Por outro lado, e não obstante o lapso do legislador constituinte, ao asseverar que a nossa República Federativa, "forma de governo", seja "parte" em tratado internacional, certamente a sua óbvia intenção foi a de afirmar outros direitos e garantias provenientes de tratados ou convenções internacionais assinadas pelo Brasil, e, já agora, "sem necessidade de edição pelo Legislativo de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais [273].

Ora, observa Rogério Lauria Tucci, nosso País é um dos signatários da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, assinada em San José, Costa Rica, no dia 22 de novembro de 1969, e cujo artigo 8º, item 1, tem a seguinte (também ora propositadamente repetida) redação:

> 1. Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Por via de consequência, dúvida não pode haver acerca da determinação, implícita na Carta Magna brasileira em vigor, do término da persecução penal em *prazo razoável*[274].

---

[272] DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001. p. 234.

[273] TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 285-286.

[274] Id., Ibid, p. 286-287.

Para Antonio Scarance Fernandes, não há norma na Constituição e não havia norma em texto de lei ordinária a respeito do prazo máximo de prisão cautelar. Foi com o art. 8º da Lei 9.034/95 que veio, pela primeira vez, a ser fixado prazo certo de prisão cautelar, ou seja, um prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, depois alterado para 81 (oitenta e um) dias pela Lei 9.303/96.

O autor acrescenta que a Lei n.9.303/96, de 05-09-1996, em seu artigo 1º, deu ao art. 8º da Lei n. 9.034/95, nova redação: "O prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte dias), quando o réu estiver solto"[275] .

Antes, era utilizado o art. 648, II, do CPP, que considera constituir constrangimento ilegal, sanável por *habeas corpus*, a permanência de "alguém preso por mais tempo do que determina a lei"[276]. Hoje, com a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, que fez incluir na atual Constituição Federal, em seu artigo 5º, o inciso LXXVIII, não prevalece mais esse entendimento de Antonio Scarance Fernandes, pelo menos em parte, visto que atualmente há previsão constitucional assegurando a "razoável duração do processo", sem, contudo, fixar um prazo legal sobre a duração do processo, em especial quando o réu estiver preso cautelarmente.

A orientação dos tribunais tem sido no sentido de ser considerado o prazo máximo como sendo de oitenta e um dias para o tempo da prisão nos processos por crimes de reclusão, considerado para o encerramento da instrução probatória. Hoje, porém, com a edição da Lei n. 11.689/2008, esse prazo foi fixado em 90 (noventa) dias para a conclusão do procedimento, nos termos do artigo 412, nos processos de competência do Tribunal do Júri. No procedimento comum ordinário, de que trata o artigo 394, § 1º, inciso I, da Lei n. 11.719/2008, quando o processo tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade, o prazo máximo para a realização de audiência de instrução, debates e julgamento, fixando esse prazo em 60 (sessenta) dias, no máximo, nos termos do artigo 400, da Lei n. 11.719/2008. Portanto, essa disposição há de ser obrigatória para todos os acusados presos processualmente, em razão da

---

[275] FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 126.

[276] Idem, Ibidem, p. 124-125,

garantia da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal) e do constrangimento ilegal por excesso de prazo, passível de ser remediado via *habeas corpus.* A audiência será concentrada, una, para o encerramento da instrução, nos termos do artigo 394, § 1º, inciso I, aplicando-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposição em contrário do CPP e em leis especiais (art. 394, § 5º, da Lei n. 11.719/2008).

4.2.4.1. Necessidade de a lei estipular prazos para a prisão cautelar

Inicialmente, quando se fixou o prazo de 180 (cento e oitenta) dias como tempo máximo de prisão, sendo alterado pela Lei 9.303/96, de 05.09.1996, que, em seu art. 1º, deu ao art. 8º, da Lei 9.034/95, nova redação: "O prazo para o encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando o réu estiver solto".

A grande novidade foi a consagração na lei do prazo de 81 (oitenta e um) dias, resultante de construção jurisprudencial. Outra consistiu na fixação de prazo para encerramento de processo de réu solto.

A jurisprudência, após ter fixado o prazo de oitenta e um dias para o julgamento da causa, passou a admitir que esse tempo seria para encerramento da instrução criminal e não para a prestação jurisdicional. Agora, essa orientação foi confirmada na lei.

A norma, embora constante de lei que trata do crime organizado (Lei 9.034/95), deve ser aplicada para todos os crimes punidos com reclusão. Representou inserção na lei de orientação jurisprudencial que previa tal prazo para os processos cujo rito fosse o dos crimes apenados com reclusão. Não teria sentido admitir o referido prazo de 81 (oitenta e um) dias para crimes mais graves praticados por organizações criminosas e aceitar prazo maior para outros crimes punidos com reclusão[277].

Deve-se, agora, respeitar os prazos estabelecidos no artigo 412, da Lei n. 11.689/2008, e artigo 400, da Lei n. 11.719/2008.

---

[277] FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 126-127.

Segundo Roberto Delmanto Júnior, o art. 648, inciso II, do Código de Processo Penal, estabelece que "a coação considerar-se-á ilegal [...] quando alguém estiver preso por *mais tempo do que determina a lei.*".

Julgando ordens de *habeas corpus* impetradas com fulcro nesse dispositivo legal, os Tribunais se depararam com o seguinte problema: a extrapolação de qualquer dos prazos previstos em nosso Código de Processo Penal, como o relativo ao encerramento do inquérito policial, tornaria ilegal a manutenção do preso provisório no cárcere? Os prazos deveriam ser somados? A extrapolação de um prazo poderia ser compensada pela economia de outros?

Daí, duas correntes jurisprudenciais surgiram: uma, com o intuito de manter os acusados no cárcere, que é a contagem global; e outra, da contagem isolada, que, com maior formalismo e obediência literal à lei, entende ilegal o constrangimento de se manter o acusado na prisão, quando extrapolado qualquer um dos prazos por ela estabelecidos.

[...] A jurisprudência atual entende cabível, como nem poderia deixar de fazê-lo diante de nossa ordem constitucional, o *habeas corpus* para julgar constrangimento ilegal por excesso de prazo na prisão cautelar, adotando, porém, o entendimento majoritário de que a contagem dos prazos deve ser a global, não aceitando o seu cômputo isolado[278].

O mesmo autor, porém, defende posição contrária, ou seja, de que os prazos devem ser computados isoladamente[279]. E justifica sua posição dizendo se o Código de Processo Penal estabelece, por exemplo, que as testemunhas de acusação, no rito ordinário, em estando o acusado preso, serão ouvidas no prazo de vinte dias, se assim não for feito, a sua prisão automaticamente passará a estar em desacordo com a lei, devendo, em consonância com o nosso ordenamento constitucional, ser relaxada (caso de prisão em flagrante) ou revogada (hipótese de prisão preventiva).

Qualquer interpretação em sentido contrário representa impor restrição à liberdade do acusado de forma mais duradoura do que a prevista em lei.

Ressalte-se, aliás, que os prazos previstos em lei referem-se à prisão provisória, em seu *gênero.* Assim, uma vez reconhecido haver constrangimento ilegal por injustificado

---

[278] DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001. p. 244-246.

[279] Idem, Ibidem, p. 247.

excesso de prazo, não cabe, por exemplo, relaxar-se a prisão em flagrante e decretar-se a prisão preventiva[280].

Desde Carnelutti já se tem a noção de que "O tempo é um implacável inimigo do processo, contra o qual todos – o juiz, seus auxiliares, as partes e seus procuradores – devem lutar de modo obstinado"[281] .

Aliás, Dinamarco [282], ao discorrer sobre os efeitos lesivos da lentidão na entrega da prestação jurisdicional, alerta que os males daí decorrentes são de três ordens, a saber, afetam tanto o direito da parte, que perece em razão da demora; atingem, de igual forma, o psiquismo do consumidor dos serviços forenses, causando angústia e incertezas; bem como provoca o desgaste e desprestígio do próprio processo, em decorrência do perecimento dos meios dos quais precisa valer-se para bem desempenhar dita missão. Diz o processualista:

Há direitos que sucumbem de modo definitivo e irremediável quando a tutela demora, mas há também situações que, mesmo não desaparecendo por completo a utilidade das medidas judiciais, a espera pela satisfação é fator de insuportável desgaste, em razão da permanência das angústias e incertezas. Há também o desgaste do processo mesmo, como fator de pacificação com a justiça, o que sucede quando o decurso do tempo atinge os *meios* de que ele precisa valer-se para o cumprimento de sua missão social (provas e bens).

Maria Emília Mendes Alcântara cita um recurso extraordinário no qual se discutia a responsabilidade civil do Estado, por se haver deixado prescrever queixa-crime oferecida pelo recorrente, em razão de morosidade na marcação das audiências e na prática dos atos processuais; assim se expressou, em seu voto vencido, o Ministro Aliomar Baleeiro:

> Se o Estado responde, segundo a antiga e iterativa jurisprudência, pelos motivos multitudinários, ou pelo 'fato das coisas' do serviço público independentemente de culpa de seus agentes, com mais razão deve responder por sua omissão ou negligência em prover eficazmente ao serviço da Justiça, segundo as necessidades e reclamos dos jurisdicionados, que lhe pagam

---

[280] DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001. p. 248.

[281] TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997. p. 119.

[282] DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo.* São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 895.

> impostos e até taxas judiciárias específicas, para serem atendidos [...] Entendo que o art. 194 prescinde da prova da culpa do agente público, se há falta objetivamente imputável ao serviço. Mas, no caso dos autos, houve culpa dos agentes públicos por omissão de medidas idôneas ao funcionamento da Justiça e até culpa *in vigilando* das autoridades superiores, por sua passividade, não podendo ignorar o colapso prolongado dos serviços judiciários nas duas comarcas, já congestionadas e entregues ainda assim a um só magistrado. Se desde a Lei 8.6.1895 já se reconhecia direito a indenização pelo erro judiciário apurado em revista, não há porque negá-la pela inércia crônica e invencível, que levou Anatole France a pôr na boca de um personagem de referência a sua ancila: "surda como um saco de carvão e lenta como a Justiça" [283].

Segundo Horácio Wanderlei Rodrigues, a existência do direito à prestação constitucional em um prazo razoável já era uma realidade, mesmo antes do advento da EC n.º 45, que o integrou ao texto constitucional de forma expressa, decorrendo dito direito, em primeiro lugar, do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art 5.º, XXXV), do princípio do devido processo legal (art. 5.º, LIV) e, no âmbito internacional, da adesão do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, em 26 de maio de 1992)[284] .

Como assinala Rogério Lauria Tucci:

> Consequentemente, impõe-se, em linha de princípio, a adoção, no campo de elaboração legislativa, a edição de normas determinantes da aceleração da *persecutio criminis*, a fim de que ela se desenrole, embora sem precipitação, num prazo razoável, desde logo fixado.
> Assim também, o estabelecimento de sanções rígidas aos agentes estatais da persecução penal e do Poder Judiciário pelo descumprimento dos prazos procedimentais, nelas igualmente determinados [285].

E o mesmo autor acrescenta: "E, ainda, complementando preceituação constitucional (como a contida no inc. LXXV do art. 5º da Carta Magna de nossa República

---

[283] ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: RT, 1988, p. 49.

[284] RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n. 45: acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). *Reforma do Judiciário primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.º 45/2004.* São Paulo: RT, 2005. p 283-292.

[285] TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 291.

Federativa), a regulamentação do direito do imputado a justa indenização pela indevida dilação do procedimento"[286] .

Em explanação muito feliz e fazendo síntese da relação existente entre o processo e o tempo, José Rogério Cruz e Tucci conclui que, em suma, o resultado de um processo

> não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como também, para que essa resposta seja a mais plena possível, a decisão final deve ser pronunciada em um *lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso*, visto que – caso contrário – se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito. Como já se afirmou, com muita razão, para que a Justiça não seja injusta não faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue, *quando deve julgar*[287].

Além disso, essa tendência moderna de busca pela aceleração dos procedimentos e consequente incremento da efetividade do processo coaduna-se com a efetividade das próprias garantias constitucionais da ação e da defesa. Nesse sentido, veja-se, mais uma vez, a lição de José Rogério Cruz e Tucci [288]:

> Diante do exposto, fácil fica concluir que essa tendência atual, com a finalidade de acelerar a marcha procedimental, deve ser individuada na intolerância da excessiva lentidão da estrutura do processo tradicional, visto resultar pacífico que a rápida prestação jurisdicional é elemento indispensável para a efetiva atuação das garantias constitucionais da ação e da defesa[289].

4.2.5. A obrigação do Estado de indenizar o erro judiciário e a prisão indevida (art. 5º, LXXV, e art. 37, § 6º, da C.F.)

Para Luiz Antonio Soares Hentz, uma vez, portanto, submetido o réu à prisão indevida, não importa o motivo, fará jus a indenização às custas do Estado. O caso é de

---

[286] TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 291-292.

[287] Idem. *Tempo e processo:* uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997, p. 65.

[288] Idem, Ibidem, p. 129.

[289] Idem, Ibidem, p. 129.

responsabilidade *ex vi legis*, atribuindo o legislador obrigação ao poder público. Em relação ao sistema francês, em que lei de 17 de julho de 1970 prevê a indenização do prejuízo causado por prisão antecipada quando o processo termina com a absolvição do réu, Rivero ressalta tratar-se de "um caso de responsabilidade sem culpa, por aplicação do princípio da igualdade perante os encargos públicos". Porém, a imperatividade da norma constitucional brasileira faz pensar em obrigação atribuída pela lei, afastando o questionamento acerca de elemento estranho à norma. Certo é que sua positivação teve por fundamento o respeito à liberdade individual. O encargo que assume o cofre público com a indenização por indevida supressão desta é que faz presumir a igualdade de todos, pois a recomposição patrimonial do lesado é obtida com dinheiro de impostos, indistintamente arrecadado. Mas a responsabilidade pública, essa decorre da lei[290].

Em que pesem as 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.

Eis, em apertada síntese, o exame que se propõe a respeito da indenização por erro judiciário e prisão indevida, que hoje adquiriu *status* constitucional no artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição da República. Discorrendo sobre o tema, José Guilherme de Souza também concorda em que, "seja voluntário ou involuntário, todo erro que produza consequências danosas – em outras palavras, toda atividade judiciária danosa – deve ser reparado, respondendo o Estado civilmente pelos prejuízos, a ele assegurado o direito de regresso contra o agente público responsável pela prática do ato" [291].

---

[290] HENTZ, Luiz Antonio Soares. Responsabilidade do Estado por prisão indevida . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1092>. Acesso em: 25 out. 2010.

[291] SOUZA, José Guilherme de. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária*. RT, 651:29.

4.2.6. Espécies de dano: dano material e dano moral

Para Alexandre de Moraes, a indenização do dano deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu, e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da Administração, ou seja, deverá ela ser indenizada nos danos emergentes e nos lucros cessantes, bem como por honorários advocatícios, e com correção monetária e juros de mora, se houver atraso no pagamento[292].

A reparação de danos causados a terceiros pode ser feita no âmbito administrativo, desde que a Administração reconheça desde logo a sua responsabilidade e haja entendimento entre as partes quanto ao valor da indenização.

Caso contrário, o prejudicado deverá propor ação de indenização contra a pessoa jurídica que causou o dano.

Pela regra do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, quem responde perante o prejudicado é a pessoa jurídica causadora do dano, a qual tem o direito de regresso contra o seu agente, desde que este tenha agido com dolo ou culpa[293].

Segundo Hely Lopes Meirelles,

> a *reparação do dano* causado pela Administração a terceiros obtém-se amigavelmente ou por meio de *ação de indenização*, e, uma vez indenizada a lesão da vítima, fica a entidade pública com o direito de voltar-se contra o servidor culpado para haver dele o despendido, por meio de *ação regressiva* autorizada pelo § 6º, do art. 37 da CF. O legislador constituinte bem separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado, regressivamente[294].

São indenizáveis os danos *certos, anormais e especiais*, quando se está diante de atividades lícitas. Se ilícitas, bastaria fossem certos os danos e atingissem situações jurídicas constituídas.

Pois os danos antijurídicos devem ser *anormais*, isto é, transcendendo os incômodos normais a que qualquer um deve se submeter por viver em sociedade. Demais

---

[292]MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais.* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 239.

[293]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 536.

[294]MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 708.

disso, devem ser *certos*, isto é, quantificáveis, aferíveis. E *especiais*, por não atingirem a todos, porém somente a um ou alguns[295].

Embora realize a Administração suas atividades para atender ao interesse de toda a coletividade, pode ocorrer – e comumente ocorre – que algumas pessoas venham a sofrer danos, morais e materiais, seja por condutas comissivas, seja por condutas omissivas dos agentes do Estado, lícitas ou ilícitas, e, por isso, todos devem repartir, além dos benefícios, igualmente os prejuízos, o ressarcimento de danos que, porventura, forem causados a terceiros, ou seja, a um ou a alguns.

O dano é o resultado do comportamento danoso atribuído ao Estado, sofrendo o particular, o administrado, uma diminuição de seu patrimônio, alheia à sua vontade.

Nos termos do art. 5º, inciso V, da Constituição Federal de 1988, será possível a indenização por danos morais, desde que haja violação aos bens imateriais da pessoa – como a honra, a dignidade, a imagem –, haverá a concretização do prejuízo moral, e, igualmente, indenizável, pelo Estado, sendo extensiva, inclusive aos sucessores do ofendido, a possibilidade de acionar o Poder Público, como no caso de danos causados por agente público na condução de veículo a serviço do Estado, causando a morte de uma pessoa, por exemplo[296].

O art. 5º, inciso V, da CF não deixa qualquer dúvida quanto à cumulatividade da obrigação de indenizar do Estado, quer seja por danos materiais, quer seja por danos morais, sendo que o STJ assim o declarou:

> se o agente público, no exercício de suas funções, pratica dano a terceiro não provocador do evento, há o Estado de ser responsabilizado pelos prejuízos causados, em face dos princípios regedores da teoria objetiva [...] Indenização fixada de acordo com as regras do artigo 1.537, do Código Civil (artigo 948, do Código Civil de 2002), considerando-se os ganhos médios da vítima reduzidos de um terço. Indenização por danos morais cumulada com a relativa aos danos materiais[297].

---

[295]FIGUEIREDO, Lúcia Vale . *Curso de direito administrativo.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 278-279.

[296]STJ – "Responsabilidade civil do Estado – Reparação de danos causados em acidente de veículos – Morte de menor – Dano moral – Transmissão do direito de ação aos sucessores. I – A cumulação das indenizações por dano patrimonial e por dano moral é cabível, porquanto lastreadas em fundamentos diversos, ainda que derivados do mesmo fato. II – O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima" (STJ – 2ª T. – REsp. n. 11.735-0/PR – Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro. *Ementário STJ*, 9/252).

[297] STJ – 1ª T. – Resp. n. 111.843-0PR – Rel. Min. José Delgado. *Ementário STJ*, 18/110.

Ora, a ofensa à liberdade pessoal é o gênero de que o erro judiciário civil e criminal, o excesso de prazo no cumprimento de pena privativa da liberdade e a prisão indevida são espécies. Significa, pois, dizer que o erro judiciário propicia dupla reparação; por dano material efetivamente ocorrido, como eventuais danos emergentes e lucros cessantes, e por dano moral[298].

Outro aspecto que deve ser considerado é a *natureza* desses danos, que, em princípio, podem ser considerados danos *materiais*, *pessoais* e *morais*[299].

Sobre a possibilidade de cumulação do dano material e dano moral, a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça já pacificou a controvérsia, nos seguintes termos: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato".

4.3. DIREITO-DEVER DO ESTADO NA AÇÃO REGRESSIVA CONTRA O CAUSADOR DO DANO E DENUNCIAÇÃO DA LIDE

Segundo Márcia Andréa Bühring, havia, até certa época, uma discordância no que tange ao *direito de regresso* ou *dever de regresso*, elencado no artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, mas, hoje, a questão está totalmente unificada, pois tem o Poder Público o dever de mover uma ação regressiva, naqueles casos em que se consegue provar a culpa ou o dolo de seus agentes, nos casos de danos causados, ainda que o texto constitucional aduza "assegurado o direito de regresso contra o responsável"[300] .

É preciso deixar claro que a referência, na parte final do citado dispositivo constitucional (art. 37, § 6º, da CF), ao termo *responsável* abrange tanto o agente da pessoa jurídica de direito público como o da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.

---

[298] STOCO, Rui. *Responsabilidade do Estado por erro Judiciário.* Disponível em: www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5112.htm. Acesso em: 14 dez 2011.

[299] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 740-741.

[300] BÜHRING, Márcia Andréa. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 173.

Assim, tanto a pessoa jurídica de direito público quanto a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público têm direito de regresso contra seus respectivos agentes responsáveis pelo dano que foram obrigadas a indenizar.

Para Edmir Netto de Araújo, de acordo com o sistema constitucional da responsabilidade objetiva do Estado, este indenizará o dano causado ao particular, desde que seja configurado o nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido e o serviço público, ou coisas à guarda e responsabilidade estatal. Quando identificado o agente causador do dano, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal assegura que, caso ele tenha agido com dolo ou culpa, o Estado deve (isso não é uma faculdade, mas um *poder*-dever irrenunciável e indisponível do Estado) promover o ressarcimento ao erário das despesas havidas com a mencionada indenização, intentando uma *ação regressiva* contra o servidor responsável, o que, mesmo que da Constituição não constasse, seria assegurado pelo artigo 934 do Código Civil[301].

Diogenes Gasparini observa que, indenizada a vítima, deve a Administração Pública restaurar seu patrimônio à custa do patrimônio do causador direto do dano – o seu agente. Essa medida (ação de regresso) está, entre nós, expressamente autorizada na parte final do § 6º, do art. 37 da Constituição Federal e na última prescrição do art. 43 do Código Civil, embora esse preceptivo não tenha a mesma extensão de seu assemelhado constitucional, mas somente tem cabida quando o Estado promoveu, efetivamente, o pagamento da indenização e o agente causador direto do dano agiu com dolo ou fraude. Não basta, portanto, só a condenação da Administração Pública ao pagamento da indenização. Esta há de ter ocorrido, mesmo que por decisão administrativa[302].

Realmente, nessa hipótese, o artigo 122, § 2º, da Lei Federal nº 8.112/90 reafirma o princípio constitucional, sendo clara ao prescrever expressamente que, "tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva", o que pressupõe o trânsito em julgado de decisão que a houver condenado a indenizar o terceiro prejudicado, e o efetivo pagamento, por decisão judicial ou administrativa.

O artigo 37, § 6º, da CF assegura o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Todavia, não será caso de regresso quando o agente causador do dano

---

[301]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 746.

[302]GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 906.

ou concorrente para esse dano não tenha participado com culpa ou dolo, assim como também não será caso de regresso quando não for possível identificar o agente culpado, nos casos de falta ou deficiência do serviço ou de sua prestação tardia; nessas hipóteses, o ônus é tão somente da Administração.

Nota Lúcia Valle Figueiredo que, quanto ao funcionário, a responsabilidade só ocorrerá na hipótese de ter ele agido com dolo ou com culpa. Assim, provada a culpa ou o dolo do funcionário, a ação regressiva é dever do Estado (portanto, indisponível)[303] .

Observa Hely Lopes Meirelles que a *ação regressiva* da Administração contra o causador do dano está instituída pelo § 6º, do art. 37, da CF como mandamento a todas as entidades públicas e particulares prestadoras de serviços públicos. Para o êxito desta ação exigem-se dois requisitos: primeiro, que a Administração já tenha sido condenada a indenizar a vítima do dano sofrido; segundo, que se comprove a culpa do funcionário no evento danoso. Enquanto para a Administração a responsabilidade *independe de culpa,* para o servidor a responsabilidade *depende da culpa:* aquela é objetiva, esta é subjetiva e se apura pelos critérios gerais do Código Civil[304].

O legislador constituinte bem separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado, regressivamente[305].

O direito de regresso é poder-dever [306] que o Estado possui de exigir de seu agente público, que causou o dano ao particular, "a repetição da quantia que a Fazenda Pública teve de adiantar à vítima de ação ou omissão"[307], por dolo ou culpa do próprio agente.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no sentido de que a ação de indenização deverá ser sempre proposta contra o Estado, afirma que

---

[303]FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Curso de direito administrativo.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 277.

[304]MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 710.

[305]Id. Ibid., p. 708.

[306]DALLARI, Adilson de Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990. p. 118.

[307]CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição de 1988.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 4, (arts. 23-37), p. 2.352. *Dolo* – "Raramente o agente da pessoa jurídica pública ou privada, prestadora de serviços públicos, produz danos a terceiros, dolosamente [...]. Definimos dolo, como o *animus* de quem, praticando crime, quis e assumiu o risco de produzi-lo". "Mais frequente é a *culpa,* como causa determinante do dano causado a terceiro. Por imprudência ou negligência, o agente da pessoa jurídica pública, ou da pessoa jurídica privada, prestadora de serviços públicos".

> o prejudicado deverá propor ação de indenização contra a pessoa jurídica que causou o dano. Pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal, quem responde perante o prejudicado é a pessoa jurídica causadora do dano, a qual tem o direito de regresso contra o seu agente, desde que este tenha agido com dolo ou culpa[308].

Adverte Diogenes Gasparini que o direito de regresso não prescreve, consoante expressamente declara a parte final do § 5º, do art. 37, da Lei Maior. A ação de regresso pode ser ajuizada contra o agente causador do dano e, na sua falta, contra seus herdeiros ou sucessores, dado que obrigação meramente patrimonial. Ademais, pode ser intentada após o afastamento (exoneração, demissão, disponibilidade, aposentadoria) do agente causador do dano de seu cargo, emprego ou função pública[309].

Por derradeiro, cumpre lembrar que o Estado tem, hoje, o dever de promover ação regressiva, naqueles casos em que se consegue provar a culpa ou o dolo de seus agentes, desde que seja o autor do dano identificado. Em caso contrário, não, por razões óbvias.

Cumpre, agora, abordar o tema que diz respeito ao instituto da denunciação da lide, e qual sua importância frente à ação regressiva.

Para Yussef Said Cahali, a identificação dos sujeitos que devem integrar o pólo passivo da ação indenizatória, para se saber se a demanda pode ser proposta contra o Estado e o agente em litisconsórcio facultativo, se deve ser proposta apenas contra o Estado ou se pode ser proposta apenas contra o agente, e se seria admissível em qualquer caso a denunciação recíproca da lide, deve ser examinada necessariamente a partir de uma distinção fundamental, que decorre do art. 37, § 6º, da Constituição[310].

Se a pretensão inicial deduzida pelo prejudicado funda-se na responsabilidade civil objetiva do Estado, com a arguição da culpa anônima do serviço público, de falha administrativa, de risco da atividade estatal desenvolvida, na posição de Yussef Said Cahali, "[...] e somente nessa hipótese - da ação indenizatória ajuizada com fundamento na responsabilidade objetiva do Estado, em razão da falha administrativa, de risco da atividade estatal, de culpa anônima do serviço, de culpa presumida da Administração" -, é lícito dizer-

---

[308]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 536.

[309]GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 910.

[310]CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 151.

se, com Hely Lopes Meirelles, que "a ação de indenização da vítima deve ser ajuizada unicamente contra a entidade pública responsável (acrescente-se, agora, também contra a entidade privada prestadora de serviço público), não sendo admissível a inclusão do servidor (agora agente) na demanda"[311] .

A expressão *denunciação da lide* provém do latim *denuntiatio litis.*

A denunciação da lide, ou o instituto da litisdenunciação[312], é o instituto processual que permite, simultaneamente, um acerto da pretensão principal e da regressiva. A questão é controvertida e, por efeito, passível de grande discussão doutrinária[313].

Na definição de Athos Gusmão Carneiro, a denunciação da lide é "uma ação regressiva, '*in simultaneus processus'*, proponível tanto pelo autor como pelo réu, sendo citada como denunciada aquela pessoa contra quem o denunciante terá uma pretensão indenizatória, pretensão 'de reembolso', caso ele, denunciante, vier a sucumbir na ação principal"[314] .

O art. 37, § 6º, da Constituição Federal ora vigente, mantendo a tradição instaurada com o art. 194 da CF de 1946, prevê a responsabilidade da Administração, de cunho objetivo, pelos danos que a atividade de seus agentes, nessa qualidade, provocar a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Assim, ocorrido o dano, sem que o Poder Público, voluntariamente, implemente o ressarcimento, resta ao particular acorrer ao Estado-juiz, buscando-o.

Alexandre de Moraes diz que há uma discussão na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade da denunciação à lide pelo Poder Público, quando já identificado o responsável pelo dano, em face do inciso III, do art. 70, do Código de Processo Civil, que prevê ser obrigatória a denunciação da lide na hipótese de o denunciado estar *obrigado*, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda[315].

---

[311]Id., Ibid., p. 151.

[312]MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Aide, 1997. p. 300. "Segundo a letra do Código, a denunciação é obrigatória, mas na verdade não se trata de obrigatoriedade, e sim de uma faculdade-dever, ou de um ônus para quem titula o direito de regresso".

[313]FRIEDE, Reis. *Curso de direito administrativo:* em forma de perguntas, respostas e diagramas explicativos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 177.

[314]CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 69.

[315]MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 236.

Cumpre, pois, definir o instituto processual da denunciação da lide de que trata o artigo 70, incisos I a III, do CPC.

Na definição do instituto, Edílson Pereira Nobre Júnior o faz da seguinte forma:

> A denunciação da lide, utilizável tanto pelo autor como pelo réu, constitui uma forma de intervenção de terceiros, prevista no CPC, segundo a qual alguém, que não é parte, é trazida ao processo, a fim de eliminar a propositura de ação regressiva, em que, certamente, ocuparia o polo passivo. Não é um mero incidente processual. Trata-se de outra ação, ajuizada no mesmo processo onde se desenvolve a demanda principal, na qual o denunciante deduz contra o terceiro (litisdenunciado) pretensão ressarcitória de reembolso, caso venha a se tornar sucumbente[316].

A denunciação da lide é, portanto, uma forma de intervenção de terceiros em que o denunciante, prevenindo-se contra a possível sucumbência na ação principal, chama aquele que irá indenizá-lo[317].

Tem-se, com a denunciação, duas situações distintas numa única e mesma lide: a primeira delas, dita principal, envolvendo o autor e o réu, enquanto a segunda, dita acessória, entre o litisdenunciante e o litisdenunciado.

É o conhecido *simultaneus processus*, permitindo a denunciação da lide o acertamento de ambas as pretensões, a principal e a regressiva (ou acessória). É o que diz o texto do artigo 76, do CPC: "A sentença, que julga procedente a ação, declarará, conforme o caso, o direito do evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos, valendo como título executivo".[318]

Sintetizando, Humberto Theodoro Júnior expõe:

> Num só ato judicial, duas condenações serão proferidas: uma contra o denunciante e em favor do outro demandante; e outra contra o denunciado, em favor do denunciante, desde que este tenha saído vencido na ação principal e que tenha ficado provada a responsabilidade do primeiro[319].

---

[316]NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Responsabilidade civil do Estado e denunciação da lide. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 248, pp. 142-149, jun. 1998. p. 143.

[317]CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes.* São Paulo: Atlas, 2000. p. 166.

[318]Op. cit., p. 141-149.

[319]THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 1. Ver também obra sobre o assunto in: CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes.* São Paulo: Atlas, 2000. p. 165.

Não obstante a clareza do dispositivo (art. 37, § 6º, da CF), segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, muita controvérsia tem gerado na doutrina e na jurisprudência. As principais divergências giram em torno da aplicação, a essa hipótese, do art. 70, III, do CPC, que determina seja feita a *denunciação da lide* "àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda"[320].

A pergunta é a seguinte: deverá ser denunciado da lide o funcionário, nos termos do artigo 70, inciso III, do Código de Processo Civil?

A resposta é negativa.

Lúcia Valle Figueiredo defende a posição negativa, ou seja, que não deve e não se pode denunciar da lide o funcionário, não obstante o inciso III do art. 70 do Código de Processo Civil prescreva que "a denunciação da lide é obrigatória [...] àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva [...]"[321].

Explicando sua posição, a mesma autora pondera que não pode lei menor empecer a grandeza do instituto. A pretexto de discutível economia processual, não se pode deixar instaurar, no *bojo da lide, outra lide* – a do Estado e do funcionário -, ocasionando graves percalços ao lesado[322].

Vicente Greco Filho defende posição idêntica, dizendo que o inciso III do artigo 70, do CPC, refere-se ao garante. Não é o caso do funcionário, cuja responsabilidade seria ainda aferida. [323]

Assim, contrários à denunciação da lide, os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello[324], que é seguido por Weida Zancaner[325], e Vicente Greco Filho[326], que

---

[320]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 665.

[321]FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Curso de direito administrativo.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 277-278.

[322]Id., Ibid., loc. cit.

[323]GRECO FILHO, Vicente. A denunciação da lide: sua obrigatoriedade e extensão. *Justitia*, São Paulo, v. 94, p. 9-17, 1976.

[324]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007 p. 917-918.

[325]ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: RT, 1981. p. 64-65.

[326]GRECO FILHO, Vicente. op. cit., p. 9-17.

sustentam o descabimento da denunciação da lide. Ela implicaria, segundo Weida Zancaner, mesclar-se o tema de uma responsabilidade objetiva – a do Estado – com elementos peculiares à responsabilidade subjetiva – a do funcionário [327].

Celso Antônio Bandeira de Mello está de acordo com essa posição, dizendo que haveria, ademais, prejuízos para o autor, porquanto "procrastinar o reconhecimento de um legítimo direito da vítima, fazendo com que este dependa da solução de um outro conflito intersubjetivo de interesses (entre o Estado e o funcionário), constitui um retardamento injustificado do direito do lesado, considerando-se que este conflito é estranho ao direito da vítima, não necessário para a efetivação do ressarcimento a quem tem direito". [328]

Também perfilhando a corrente contrária à denunciação da lide, Odete Medauar sustenta que:

> a) Constituição Federal, art. 37, § 6º, responsabiliza o Estado pelo ressarcimento à vítima do dano, com base na prova do nexo causal; aqui se trata de relação de responsabilidade entre poder público e vítima (ou cônjuge ou herdeiros), descabida a interferência de outra relação obrigacional; portanto, o art. 70, III, do Código de Processo Civil deixa de prevalecer ante a regra constitucional; b) necessidade de priorizar o direito da vítima, evitando demora no andamento do processo pelo ingresso de mais um sujeito; c) ingerência de um fundamento novo na demanda principal. Essa parece ser a orientação a que mais se inclina a jurisprudência [329].

A Constituição Federal assegura que os sujeitos passivos, na reparação dos danos, são as pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito privado prestadoras de serviço público. Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos observa que não pode haver denunciação da lide, "já que isso se traduziria em compelir o agente a participar da própria ação de indenização" [330] .

---

[327] ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: RT, 1981.. p. 64-65.

[328] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 917-918; ZANCANER, Weida. op. cit., p. 64-65.

[329] MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 440.

[330] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo.* São Paulo: Saraiva, 1994. p. 187.

Edimur Ferreira de Faria, que também é contrário à denunciação da lide, aduz que o lesado tem que provar somente o nexo causal entre o dano e o comportamento do Estado, e que não se exige a comprovação da culpa do agente, nem da sua indicação[331].

A posição que nós defendemos é de que não é necessário e nem possível a denunciação da lide nessas hipóteses, pois isso seria impor o disposto no artigo 70, inciso III, do CPC, à Constituição Federal de 1988.

Enfim, os principais argumentos contra a denunciação da lide do funcionário, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, são os seguintes:

> a) são diversos os fundamentos da responsabilidade do Estado e do servidor; b) essa diversidade de tratamento retardaria injustificadamente a solução do conflito, pois se estaria, com a denunciação à lide, introduzindo outra lide no bojo da lide entre a vítima e o Estado; c) o inciso III do artigo 70 do CPC refere-se ao garante, o que não inclui o servidor, no caso da ação regressiva prevista no dispositivo constitucional [332].

Segundo Márcia André Bühring, entende-se que, ainda que o artigo 70, III, do CPC afirme que a denunciação da lide é obrigatória, esse dispositivo torna-se inócuo, visto a Constituição assegurar ação de regresso independentemente da denunciação[333].

Por isso – completa a autora – não cabe a medida, eis que a Constituição Federal visou a mais completa reparação ao cidadão pelos prejuízos causados pela ação do Poder Público, que ficaria comprometida no tempo com a denunciação[334].

Como bem observa Mônica Nicida Garcia, ao dizer que ao particular lesado, de fato, não interessa discutir a culpa do agente público, que só virá a ser objeto de discussão entre o agente e o Estado. Essa mesma razão – a absoluta falta de interesse do particular lesado em discutir a culpa do agente – conduz à conclusão de que, nas ações de indenização

---

[331]FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 520.

[332]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 665.

[333]BÜHRING, Márcia Andréa. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 183.

[334]BÜHRING , 2004, loc. cit.

promovidas contra o Estado, descabe a denunciação da lide ao agente público, com fulcro no artigo 70, inciso III, do Código de Processo Civil[335].

Igualmente, engrossa a corrente dos que não admitem a denunciação da lide do funcionário, a posição de Alexandre de Moraes, nos seguintes termos:

> Entendemos não haver obrigatoriedade da denunciação da lide nessa hipótese, pois a Teoria do Risco Administrativo, adotada constitucionalmente, não exige demonstração de dolo ou culpa por parte do agente, sendo incabível e processualmente inadequado – em face da celeridade processual – discutir-se sua responsabilidade subjetiva que, repita-se, não excluirá a responsabilidade do Estado. Essa exclusão da obrigatoriedade da denunciação da lide decorre da diferença de responsabilidades existentes entre prejudicado – Estado – agente público causador do dano[336].

Edmir Netto de Araújo sustenta a mesma posição de descabimento da denunciação da lide do funcionário faltoso, corrente que nós abraçamos, dizendo que a posição da Fazenda Pública (da União, Estadual ou Municipal), ao denunciar a lide, é contraditória:

> se está denunciando a lide, no caso de ação promovida contra si por responsabilidade civil objetiva, estará *confessando* a lide, pois está reconhecendo que um agente seu causou um prejuízo injusto a particular, por *dolo ou culpa;* e se no sistema constitucional o dolo ou a culpa do servidor (art. 37, § 6º, da CF) não eximem o Estado da responsabilidade (na verdade, é exatamente o oposto), a Fazenda Pública, com essa confissão, *não pode contestar* a ação contra si intentada. Está, também, no mínimo, ignorando o princípio da *indisponibilidade* do interesse público, ao transigir em uma ação, *a priori,* sem que se verifique a probabilidade do seu fracasso judicial. O advogado do prejudicado, em nosso entender, poderia nesse caso requerer o "julgamento no estado do processo"[337] .

Isto significa dizer, em outras palavras, que, se o Estado denuncia a lide, tal situação configura sem dúvida uma confissão antecipada, uma presunção de que o agente agiu com dolo ou com culpa.

Desse modo, observa Edílson Pereira Nobre Júnior, tendo o particular lesado no feito originário se limitado a imputar ao réu (entidade pública) a existência do nexo de

---

[335]GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público.* Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 218.

[336]MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 236.

[337]ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 747.

causalidade entre sua ação e o dano, pressuposto da teoria do risco administrativo, é descabida a denunciação, porquanto tal atitude implicará em confissão, sem autorização legal, pelo representante judicial da entidade pública, da obrigação desta de indenizar, através do reconhecimento expresso da culpa do servidor, postura defesa em face da indisponibilidade conatural aos interesses públicos, conquanto patrimoniais[338].

Ademais, traria o inconveniente de inovar, com o afloramento da discussão da culpabilidade do agente, a *causa petendi*, gizando os contornos de lide outra, o que é inadmissível[339].

Por isso, tem-se que a denunciação da lide é dispensável e até mesmo inoportuna, pois a regra do artigo 70, inciso III, do Código de Processo Civil não encontra aplicação nos casos de responsabilidade objetiva, e, além do mais, essa regra do CPC deixa de prevalecer ante a regra constitucional.

Edílson Pereira Nobre Júnior engrossa a posição dos que se manifestam contra a denunciação da lide, ou seja, pelo não cabimento da medida, sob a alegação de que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a exemplo das Constituições anteriores, visou, com a adoção da teoria objetiva do risco, à mais pronta e completa reparação patrimonial do cidadão pelos prejuízos infligidos pela ação, lícita ou ilícita, do Poder Público, que ficaria seriamente comprometida no tempo com a denunciação[340].

Conforme argumenta Lúcia Vale Figueiredo, com espeque em Vicente Greco Filho, a denunciação da lide, com fulcro no art. 70, III, do CPC, é restrita àquele ostentador da condição de garante, não podendo confundir-se com o agente público, cuja responsabilidade ainda será posteriormente aferida[341].

---

[338]NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Responsabilidade civil do Estado e denunciação da lide. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 248, pp. 142-149, jun. 1998. p. 142-149.

[339]NEGRÃO, Theotônio. *CPC e Legislação processual em vigor*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1993. em nota ao art. 70, do CPC.

[340]NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. op. cit., p. 142-149.

[341]FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Curso de direito administrativo.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 278. No mesmo sentido, a posição do pretório excelso, que sufragou, ainda quando no exercício do *múnuscustode* de lei federal, em abono da tese de ser insustentável a denunciação à lide do servidor, ressaltando, igualmente, a inexistência de liame entre o art. 107, parágrafo único, do Diploma Básico pretérito, com o art. 70, III, do CPC. No ponto, o voto do Ministro Décio Miranda, no RE 93.880.0-RJ: "Quanto ao art. 70, III, do CPC, a dizer que a denunciação da lide é obrigatória [...] àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda", não parece aplicável à hipótese de que

Lúcia Vale Figueiredo faz uma última indagação: Se for acionado o funcionário, independentemente do Estado, poderá este alegar ilegitimidade de parte?

Entende a autora que nesta hipótese não pode ser o funcionário acionado se pretender o lesado tão apenas provar o dano e a relação de causalidade com o Estado (de conseguinte, objetivamente). Somente se proposta ação com fundamento na culpa ou dolo do funcionário será este parte legítima. Na primeira hipótese, entretanto, poderá alegar ilegitimidade de parte[342].

Entendemos, nessa hipótese referida, que, sendo o funcionário acionado quando o autor da demanda pretender apenas provar o dano e a relação da causalidade com o Estado, cuja responsabilidade é de índole objetiva, sem necessidade de demonstração de culpa, haverá inquestionavelmente a ilegitimidade de parte do agente público.

Nesse sentido, a posição do Tribunal de Justiça de São Paulo:

> Indenização. Responsabilidade civil. Magistrado. Dolo no exercício da atividade jurisdicional. Litisconsórcio passivo necessário com o Estado.

---

ora se cuida. A responsabilidade do Estado é objetiva. Independe de prova da culpa. Esta, porém, será o fundamento da responsabilidade do funcionário a quem se denuncia a lide. Denunciar a lide o funcionário, para que a conteste apenas alegando a inexistência do dano, ou negando a falha do serviço público que o tenha acarretado, será exigir-lhe tarefa superior a suas possibilidades. Fazê-lo, para que se defenda com a ausência de culpa, será embaraçar inutilmente a pretensão do autor, que para o êxito do pedido independe da prova de culpa do funcionário, bastando a culpa impessoal do serviço público. Diversos os fundamentos da responsabilidade, num caso, do Estado em relação ao particular, a simples causação do dano; no outro caso, do funcionário em relação ao Estado, a culpa subjetiva, trata-se de duas situações processuais distintas, que se atropelam reciprocamente, não devendo conviver no mesmo processo, sob pena de contrariar a finalidade específica da denunciação da lide, que é a de encurtar caminho à solução global das relações litigiosas independentes. Aqui não há essa dependência, senão quanto à prova do dano em que incorreu o autor. Somente para ficar jungido a ela, mas não à responsabilidade, que na primeira ação é objetiva, e na segunda dependente de prova da culpa, não é de admitir que se faça obrigatória a presença do funcionário na ação movida contra o Estado. No RE 91.271 (*RTJ 92/436*), esta Turma deu-me a honra de acompanhar meu voto, no qual afirmei que 'o princípio do regresso contra o funcionário, do art. 107 da Constituição, não fornece padrão para as ações entre particulares, em que a denunciação da lide é obrigatória àquele que deva responder em ação regressiva'. Assim, implicitamente, considerou-se que, na ação contra o Estado, não há obrigatória denunciação da lide ao funcionário que em ação regressiva deva responder pelo dano. No RE 90.071 (*RTJ 96/237*), admitiu-se que o funcionário possa ser acionado conjuntamente com o Estado, mas por iniciativa do autor, com a divergência do eminente Ministro Soares Muñoz, que nem isso consentia, reservando exclusivamente para subsequente ação regressiva a satisfação da responsabilidade do agente da Administração. Em resumo, não vejo precedentes jurisprudenciais favoráveis à tese do Estado ora recorrente, no sentido de aplicar-se também às ações de responsabilidade civil do Estado o princípio da obrigatória denunciação da lide ao funcionário indigitado causador do dano. O preceito constitucional do artigo 107, parágrafo único, não está jungido, na sua aplicação à regra do art. 70, III, do CPC, que submeteria o autor, para a constituição adstrito apenas a provar a ocorrência do dano, à contingência de assistir à prova tormentosa da culpa (*LEX* JSTF-40/187)". *Apud* NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Responsabilidade civil do Estado e denunciação da lide. *Revista Trimestral de Direito Público,* São Paulo, n. 10, p. 196-202, 1995.

[342]FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Curso de direito administrativo.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 278.

> Inadmissibilidade. Hipótese em que somente este pode voltar-se contra o juiz em ação regressiva. Ilegitimidade passiva "ad causam". Recurso não provido. – "Só o Estado poderá voltar-se contra o Magistrado, comprovado o dolo no exercício da atividade jurisdicional, para ressarcir-se do que pagou à parte que suportou o dano" (TJSP – 2ª C. Dir. Público – Ap. Rel. Vanderci Álvares – j. 10.09.1996 – JTJ-LEX 186/94).

É o entendimento também do STF:

> Recurso extraordinário. Administrativo. Responsabilidade objetiva do Estado: § 6º do art. 37 da Magna Carta. Ilegitimidade passiva *ad causam*. Agente público (ex-prefeito). Prática de ato próprio da função. Decreto de intervenção. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento[343].

> Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de 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[344].

---

[343]RE 327.904-1/SP, Rel .Min. Carlos Britto; 1ª T; j. 15.08.2006.

[344]RE 228977/SP; 2ª Turma do STF; Rel. Min. Néri da Silveira; j. 05/03/2002.

Como se vê, esta decisão separa claramente a responsabilidade objetiva do Estado da responsabilidade subjetiva do servidor, não cabendo julgar os dois aspectos na mesma ação.

Com o escopo de encerrar definitivamente o tema da obrigatoriedade ou não da denunciação à lide do agente causador do dano, oportuna a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

> A denunciação, na hipótese do CPC 70, III, restringe-se às ações de garantia, isto é, àquelas em que se discute a obrigação legal ou contratual do denunciado em garantir o resultado da demanda, indenizando o garantido em caso de derrota. Daí não ser possível a denunciação da lide, quando nela se introduzir fundamento novo, estranho à lide principal. Exemplo dessa inadmissibilidade é a denúncia da lide, pela administração, ao funcionário que agiu com dolo ou culpa (responsabilidade subjetiva), quando a denunciante é demandada pelo risco administrativo (responsabilidade objetiva). Portanto, a denunciação à lide do garantidor não pode acrescentar ao feito originário nova demanda, ou seja, fundamento novo não constante na ação principal acerca do dolo ou da culpa do denunciado, 'com produção de prova pericial e testemunhal, entre denunciante e denunciado' [345].

Nesse mesmo sentido, acrescenta Theotonio Negrão: "Assim há de ser, pela óbvia razão de que não é possível introduzir nos autos uma nova demanda, com produção de prova pericial e testemunhal, entre denunciante e denunciado" [346] (STF-RT 631/255; STJ-BOL. (AASP 1.849/169j; RT 593/144, 603/161, 609/117).

Os Tribunais ainda não formaram jurisprudência sobre a matéria, existindo decisões divergentes dentro das próprias cortes superiores sobre o assunto. A seguir, decisões que negam a possibilidade de denunciação à lide de agente público:

> Responsabilidade do Estado. Pelo fato de a Administração Pública ser demandada por responsabilidade objetiva, descabe a denunciação da lide ao funcionário ou servidor, porque implica introdução de fundamento novo (dolo ou culpa), estranho à causa petendi da ação principal. Nesse sentido: RT 576/265; RTJ 100/1352; RT 655/83 e 620/69, in Nelson e Rosa Maria Nery, Código de Processo Civil Comentado, Editora RT, 5ª edição, ano 2001, pág. 479[347].

---

[345] NERY, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil comentado.* 4. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 499.

[346] NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual, 31. ed.* São Paulo: Saraiva, 2000, p. 169.

[347] NERY Nelson; ANDRADE, Rosa Maria Nery, *Código de Processo Civil Comentado*. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 2001. pág. 479.

Em outras palavras, não é permitida, na denunciação, a introdução de fundamento jurídico novo, ausente na demanda originária, que não seja a responsabilidade direta decorrente de lei ou do contrato. [348]

4.4.TENDÊNCIAS ATUAIS DA JURISPRUDÊNCIA A RESPEITO DO TEMA

> Erro judiciário. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Direito à indenização por danos morais decorrentes de condenação desconstituída em revisão criminal e de prisão preventiva. CF, art. 5º, LXXV. C. Pr. Penal, art. 630. 1. O direito à indenização da vítima de erro judiciário e daquela presa além do tempo devido, previsto no art. 5º, LXXV, da Constituição, já era previsto no art. 630 do C. Pr. Penal, com a exceção do caso de ação penal privada e só uma hipótese de exoneração, quando para a condenação tivesse contribuído o próprio réu. 2. A regra constitucional não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37, § 6º, da Lei Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos, a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado. 3. O art. 5º, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário *stricto sensu*, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça. (Recurso extraordinário nº. 505393/PE; Rel. Min. Sepúlveda Pertence, da 1ª Turma do STF; j. 26.06.2007).
>
> Responsabilidade civil objetiva do Estado (CF, art. 37, § 6º) - Configuração – “Bar Bodega” - Decretação de prisão cautelar, que se reconheceu indevida, contra pessoa que foi submetida à investigação penal pelo poder público - Adoção dessa medida de privação da liberdade contra quem não teve qualquer participação ou envolvimento com o fato criminoso - Inadmissibilidade desse comportamento imputável ao aparelho de Estado - Perda do emprego como direta consequência da indevida prisão preventiva - Reconhecimento, pelo Tribunal de Justiça local, de que se acham presentes todos os elementos identificadores do dever estatal de reparar o dano - Não-comprovação, pelo Estado de São Paulo, da alegada inexistência do nexo

[348] GRECO FILHO, Vicente. A denunciação da lide: sua obrigatoriedade e extensão. *Justitia*, São Paulo, v. 94, p. 9-17, 1976.

causal - Caráter soberano da decisão local, que, proferida em sede recursal ordinária, reconheceu, com apoio no exame dos fatos e provas, a inexistência de causa excludente da responsabilidade civil do poder público - Inadmissibilidade de reexame de provas e fatos em sede recursal extraordinária (Súmula 279/STF) - Doutrina e precedentes em tema de responsabilidade civil objetiva do Estado - Acórdão recorrido que se ajusta à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - Recurso de Agravo improvido. (Recurso extraordinário nº. 385943/SP; Rel. Min. Celso de Mello, da 2ª Turma do STF; j. 15.12.2009).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR ERRO JUDICIÁRIO. PRISÃO ILEGAL POR 9 (NOVE) ANOS DE RECLUSÃO. CONDENAÇÃO DO AUTOR EM LUGAR DE OUTRO. DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE PROVA EFETIVA. IMPROCEDÊNCIA.
1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.
2. O aprisionamento ilegal do recorrente por 9 (nove) anos já faz prova suficiente do dano material sofrido, uma vez que este ficou impossibilitado de exercer qualquer espécie de trabalho, o que, por consequência lógica, implica redução, ou não crescimento, de seu patrimônio.
3. Assim, não há que se falar em violação do artigo 333, I, do Código de Processo Civil, sendo o dano material presumido.
4. Em casos análogos, que cuidam de indenização material por dano presumido decorrente de responsabilidade civil do Estado, a condenação foi fixada também com base no pagamento de um salário mínimo mensal, como no presente caso.
5. Recurso especial não provido. (Recurso especial nº. 1030890/PR; Rel. Min. Castro Meira, da 2ª Turma do STJ; j. 14.04.2011).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO INDEVIDA. DANOS MORAIS EXORBITANTES. REDUÇÃO. ART. 535 DO CPC. NÃO VIOLAÇÃO. ART. 133 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ART. 538 DO CPC. AUSÊNCIA DE CARÁTER PROTELATÓRIO. SÚMULA 98/STJ.
1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida. Descumprido o necessário e indispensável exame dos dispositivos de lei invocados pelo acórdão recorrido, apto a viabilizar a pretensão recursal da recorrente, a despeito da oposição dos embargos de declaração. Incidência da Súmula 211/STJ.
2. A Corte de origem não analisou, sequer implicitamente, o art. 133 do Código de Processo Civil. Incidência da Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.
3. O Tribunal *a quo* entendeu presente o erro judiciário, apto a gerar a responsabilidade indenizatória, porque substancial, inescusável e culposo, decorrente de prisão indevida do autor, como depositário infiel, fixados em 200 salários mínimos a compensação por danos morais.
4. O tempo de duração da prisão indevida é fator influente ao cálculo da compensação por danos morais. Considerado que pelo tempo de cárcere, aproximadamente sete horas, a fixação do dano moral em 200 salários

mínimos é exorbitante, devendo ser reduzida para a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), que melhor se ajusta aos parâmetros adotados por esta Corte.
5. Quanto à aplicação de multa em embargos declaratórios opostos pela recorrente, merece reparo o acórdão, haja vista que, no caso particular, não possuem o necessário caráter protelatório a autorizar a manutenção da penalidade insculpida no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.
Recurso especial parcialmente provido. (Recurso especial nº. 1209341/SP; Rel. Min. Humberto Martins, da 2ª Turma do STJ; j. 21.10.2010).

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INDEVIDA PRISÃO DO AUTOR, EM CADEIA PÚBLICA, QUANDO ABSOLVIDO EM AÇÃO PENAL PORQUE CONSIDERADO INIMPUTÁVEL. DESCUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO PARA INTERNAÇÃO EM HOSPITAL DE CUSTÓDIA PARA TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. ERRO JUDICIÁRIO. ART. 267, IV, DO CPC. VIOLAÇÃO QUE NÃO SE VERIFICA.
1. Hipótese em que o ora recorrido busca reparação por danos morais decorrentes de sua manutenção em cadeia pública, por cerca de um ano, quando fora determinado que fosse internado em casa de custódia e tratamento psiquiátrico, tendo em vista ter sido absolvido em razão de ser absolutamente inimputável.
2. O Tribunal de origem reconheceu ser caso de culpa administrativa porque o serviço de administração carcerária funcionou mal, na medida em que, independentemente de eventual inércia da defesa, cabia ao Estado a tomada de providências necessárias para que o réu fosse transferido para o estabelecimento adequado ao cumprimento da medida de segurança.
3. Não há falar em violação ao art. 267, IV, do CPC. O acórdão proferido em embargos infringentes informa inexistir nos autos notícia de que seja o autor, ora recorrido, incapaz atualmente. Os laudos médicos que respaldaram a sentença penal não afirmaram incapacidade mental permanente; apenas disseram que, ao tempo da tentativa de furto, ele não estava em condições de entender a gravidade do ato, uma vez que sofria de síndrome cerebral pós-traumática, agravada pelo alcoolismo.
4. Para afastar a falta de capacidade postulatória e manter a indenização por danos morais, o Tribunal de origem utilizou-se dos aspectos fáticos delineados nos autos, de sorte que a alteração do entendimento adotado na instância *a quo*, como requer o recorrente, demanda o reexame do contexto fático-probatório, o que faz incidir, à espécie, o enunciado 7 da Súmula desta Corte de Justiça.
5. Recurso especial não provido. (Recurso especial nº. 1089132/SP; Rel. Min. Benedito Gonçalves, da 1ª Turma do STJ; j. 10.11.2009).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DANO MORAL. GARANTIA DE RESPEITO À IMAGEM E À HONRA DO CIDADÃO. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. PRISÃO CAUTELAR. ABSOLVIÇÃO. ILEGAL CERCEAMENTO DA LIBERDADE. PRAZO EXCESSIVO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PLASMADO NA CARTA CONSTITUCIONAL. MANIFESTA CAUSALIDADE ENTRE O "*FAUTE*

DU SERVICE" E O SOFRIMENTO E HUMILHAÇÃO SOFRIDOS PELO RÉU.
1. A Prisão Preventiva, mercê de sua legalidade, desde que preenchidos os requisitos legais, revela aspectos da Tutela Antecipatória no campo penal, por isso que, na sua gênese deve conjurar a ideia de arbitrariedade.
2. O cerceamento oficial da liberdade fora dos parâmetros legais, posto o recorrente ter ficado custodiado 741 (setecentos e quarenta e um) dias, lapso temporal amazonicamente superior àquele estabelecido em Lei - 81 (oitenta e um) dias - revela a ilegalidade da prisão.
3. A coerção pessoal que não enseja o dano moral pelo sofrimento causado ao cidadão é aquela que lastreia-se nos parâmetros legais (Precedente: REsp 815004, DJ 16.10.2006 - Primeira Turma).
4. A *contrario senso*, empreendida a prisão cautelar com excesso expressivo de prazo, ultrapassando o lapso legal em quase um décuplo, restando, após, impronunciado o réu, em manifestação de inexistência de autoria, revela-se inequívoco o direito à percepção do dano moral.
5. A doutrina legal brasileira à época dos fatos assim dispunha:
"Código Civil de 1916:
Art. 159 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano."
"Art. 1550 - A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1.547.
Art, 1551 - Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal (art. 1.550):
[...]
III- a prisão ilegal (art. 1.552).
Art. 1552 - No caso do artigo antecedente, no III, só a autoridade, que ordenou a prisão, é obrigada a ressarcir o dano".
Por sua vez, afere-se do Código Civil em vigor que:
"Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."
"Art.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 disposto no parágrafo único do artigo antecedente.
Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:
(....)
III - a prisão ilegal."
Do Código de Processo Penal:
"Art. 630 - O Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos;
§ 1º - Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.
§ 2º - A indenização não será devida:
a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;
b) se a acusação houver sido meramente privada."
6. O enfoque jurisprudencial do tema restou assentado no Resp 427.560/TO, DJ 30.09.2002 Rel. Ministro Luiz Fux, *verbis*: "PROCESSO CIVIL. ERRO

JUDICIÁRIO. ART. 5º, LXXV, DA CF. PRISÃO PROCESSUAL. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. 1. A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5º, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização. 2. Assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido. A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar o mais comezinho direito fundamental à vida livre e digna. A absolvição futura revela da ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos (*notoria no egent probationem*). 3. O pedido de indenização por danos morais decorrentes de restrição ilegal à liberdade, inclui o dano moral, que *in casu*, dispensa prova de sua existência pela inequivocidade da ilegalidade da prisão, duradoura por nove meses. Pedido implícito, encartado na pretensão às perdas e danos. Inexistência de afronta ao dogma da congruência (arts. 2º, 128 e 460, do CPC). 4. A norma jurídica inviolável no pedido não integra a *causa petendi*. "O constituinte de 1988, dando especial relevo e magnitude ao *status libertatis*, inscreveu no rol da chamadas franquias democráticas uma regra expressa que obriga o Estado a indenizar a condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado pela sentença (CF, art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes à de quem submetido à prisão processual e posteriormente absolvido. 5. A fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implicam na valoração da proporcionalidade do quantum e na capacidade econômica o sucumbente. 6. Recurso Especial desprovido."

7. A prisão ilegal por lapso temporal tão excessivo, além da violação do cânone constitucional específico, afronta o Princípio Fundamental da República Federativa do Brasil, consistente na tutela da Dignidade Humana, norma qualificada, que, no dizer insuperável de Fábio Konder Comparato é o centro de gravidade do direito na sua fase atual da ciência jurídica.

8. É que a Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico expressa como vontade popular que a mesma, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito ostentando como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

9. Consectariamente, a vida humana passou a ser o centro do universo jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial.

10. Direitos fundamentais emergentes desse comando maior erigido à categoria de princípio e de norma superior estão enunciados no art. 5º da Carta Magna, e dentre outros, o que interessa ao caso *sub judice* destacam-se:

[...] LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

11. A garantia *in foco* revela inequívoca transgressão aos mais comezinhos deveres estatais, consistente em manter-se preso um ser humano por quase 800 (oitocentos) dias consecutivos, preventivamente, e, sem o devido processo legal após exculpado, com afronta ao devido processo legal.

12. A responsabilidade estatal, quer à luz da legislação infraconstitucional (art. 159 do Código Civil vigente à época da demanda) quer à luz do art. 37, §6º da CF/1988 sobressai evidente.
13. Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação e na vontade livre daqueles que usufruem de uma vida sadia.
14. O reconhecimento da dignidade humana, outrossim, é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal dos direitos do homem inaugura seu regramento superior, estabelecendo no art. 1º que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos". Deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual.
15. Deveras, à luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento.
16. O direito à liberdade compõe a gama dos direitos humanos, os quais, segundo os tratadistas, são inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis. Por isso que a exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz.
17. A ampliação da responsabilidade estatal, com vistas a tutelar a dignidade das pessoas, sua liberdade, integridade física, imagem e honra, não só para casos de erro judiciário, mas também de cárcere ilegal e, igualmente, para hipóteses de prisão provisória injusta, embora formalmente legal, é um fenômeno constatável em nações civilizadas, decorrente do efetivo respeito a esses valores (Roberto Delmanto Junior - In "As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração - 2ª edição - Renovar - páginas 377/386)
18. A Responsabilidade estatal é inequívoca porquanto há causalidade entre o "*faute du service*" na expressão dos doutrinadores franceses, doutrina inspiradora do tema e o sofrimento e humilhação experimentados pelo réu, exculpado após ter cumprido prisão ilegal, princípios que se inferem do RE 369820/RJ, DJ 27-02-2004, *verbis*: "[...] a falta do serviço - *faute du service* dos franceses – não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro."
19. Por esses fundamentos DOU PROVIMENTO ao Recurso Especial, divergindo do Relator, para restaurar, *in totum*, a indenização fixada na sentença *a quo*. (Recurso especial nº. 872630/RJ; Rel. Min. Luiz Fux, da 1ª Turma do STJ; j. 13.11.2007).

PROCESSO CIVIL. ERRO JUDICIÁRIO. ART. 5º, LXXV, DA CF. PRISÃO PROCESSUAL. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. 1. A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5°, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização. 2. Assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido. A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar o mais comezinho direito fundamental à vida livre e digna. A absolvição futura

revela da ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos (*notoria non egent probationem*). 3. O pedido de indenização por danos decorrentes de restrição ilegal à liberdade, inclui o "dano moral", que *in casu*, dispensa prova de sua existência pela inequivocidade da ilegalidade da prisão, duradoura por nove meses. Pedido implícito, encartado na pretensão às "perdas e danos". Inexistência de afronta ao dogma da congruência (arts. 2°, 128 e 460, do CPC). 4. A norma jurídica inviolável no pedido não integra a *causa petendi*. "O constituinte de 1988, dando especial relevo e magnitude ao *status lebertatis*, inscreveu no rol das chamadas franquias democráticas uma regra expressa que obriga o Estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado pela sentença (CF, art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes à de quem submetido à prisão processual e posteriormente absolvido.". 5. A fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica na valoração da proporcionalidade do quantum e na capacidade econômica do sucumbente. 6. Recurso especial desprovido. (Recurso especial nº. 427560/TO; Rel. Min. Luiz Fux, da 1ª Turma do STJ; DJ. 30.09.2002, p. 204).

EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO PENAL. CÔMPUTO DE TEMPO DE PRISÃO IMPOSTA EM OUTRO PROCESSO. POSSIBILIDADE. Condições. CP, art. 42. LEP, art. 111. CF, art. 5., XV e LXXV. A Constituição de República, em razão da magnitude conferida ao "*status libertatis*" (art. 5., XV), inscreveu no rol dos direitos e garantias individuais regra expressa que obriga o estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado na sentença (art. 5., LXXV), situações essas equivalentes à de quem foi submetido à prisão processual e posteriormente absolvido. - Em face desse preceito constitucional, o art. 42, do código penal, e o art. 111, da Lei das Execuções Penais, devem ser interpretados de modo a abrigar a tese de que o tempo de prisão provisória, imposta em processo no qual o réu foi absolvido, seja computado para a detração de pena imposta em processo relativo a crime anteriormente cometido. - Recurso especial conhecido e desprovido. (Recurso especial nº. 61899/SP; Rel. Min. Vicente Leal, da 6ª Turma do STJ; j. 26.03.1996).

Ação de indenização por danos material e moral. 1. Autor preso em flagrante delito, pela suposta prática do crime tipificado no artigo 155 do Código Penal - Inquérito policial regularmente instaurado - Posterior sentença de arquivamento do inquérito, a requerimento do Ministério Público - Expedição do alvará de soltura, entretanto, promovida mais de 5 meses após a determinação de arquivamento - Responsabilidade objetiva - CF, arts. 37, par. 6.º, e 5.º, inc. LXXV. 1.1. Elementos configuradores do dever de indenizar - Preenchimento - Conduta antijurídica amplamente demonstrada e incontroversa - Dano, outrossim, existente - Detração penal promovida que não tem o condão de afastar o dever de indenizar constitucionalmente assegurado - Autor ilegalmente privado de seu direito de ir e vir - Nexo de causalidade igualmente presente - Dever de indenizar configurado. 2. Valor fixado a título de indenização por dano moral - Montante indenizatório reconhecidamente excessivo - Redução que se impõe - Necessidade de observar-se a situação econômico-social dos litigantes no momento da mensuração do dano - Montante reparador que não pode ser irrisório nem

pode ensejar enriquecimento sem causa. 3. Dano material - Não comprovação - Autor que sequer demonstra o exercício de atividade laboral remunerada - CPC, art. 333, inc. I. 4. Juros de mora - Incidência - Determinação, na sentença, de incidência a partir de sua prolação - Pretensão de incidência somente a partir do exercício financeiro seguinte àquele em que o precatório deverá ser pago - Impossibilidade - Responsabilidade extracontratual - Incidência correta que se dá a partir do evento danoso - STJ, súmula 54 - Vedação, no entanto, de *reformatio in peius* - Sentença mantida. 5. Índice de juros - Atualização das condenações impostas à Fazenda Pública, que com o advento da Lei n.º 11.960/2009 passou a ser feita pelo índice oficial da caderneta de poupança - Aplicação do princípio *tempus regit actum* - Sentença (que é o termo inicial para a incidência dos juros moratórios) prolatada após a vigência da novel norma - Juros de mora que devem incidir de acordo com a nova redação do artigo 1.º-F, da Lei n.º 9.494/1997. 6. Honorários advocatícios - Minoração - Impossibilidade - Princípio da justa remuneração do trabalho profissional - Fixação adequada. 7. Recurso da parte ré parcialmente provido e recurso da parte autora desprovido (Apelação cível nº. 815430-7; Rel. Des. Rabello Filho, da 3ª Câmara Cível do TJPR; j. 25.10.2011).

Responsabilidade civil do Estado. Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Efetivação da prisão sem averiguar a correta identificação do suposto infrator do crime. Prisão ilegal. Hipótese de homonímia. Encarceramento ilegal durante 08 dias. Responsabilidade civil do Estado configurada. Art. 37, § 6º, da CF. Dano moral configurado. Minoração do quantum indenizatório. Juros de mora e correção monetária. Incidência do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, após a vigência da Lei nº 11.960/2009. Redução dos honorários advocatícios. Art. 20, §§ 3º e 4º, CPC. Recurso de apelação parcialmente provido. Recurso adesivo desprovido. Sentença mantida em reexame necessário (Apelação cível nº. 792583-3; Rel. Des. Eugenio Achille Grandinetti, da 2ª Câmara Cível do TJPR; j. 11.10.2011).

ADMINISTRATIVO - AGRAVO RETIDO - DESPROVIMENTO - INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL - INOCORRÊNCIA - DENUNCIAÇÃO DA LIDE DO SERVIDOR PÚBLICO - DESNECESSIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - CONDENAÇÃO CRIMINAL INDEVIDA - INFRATOR QUE UTILIZOU O NOME DO AUTOR - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO CONFIGURADA - ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANO MORAL E MATERIAL - CONFIGURAÇÃO. LUCROS CESSANTES - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA - REPARTIÇÃO PROPORCIONAL AO DECAIMENTO DE CADA PARTE. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. Não há que se falar em inépcia da petição inicial se o autor juntou os documentos que julgou necessários ao deslinde do feito, sendo que eventual falta de comprovação de direito acarretará a improcedência do pedido. Em sendo a responsabilidade do Estado objetiva e a do servidor subjetiva, sua denunciação à lide é facultativa, podendo o magistrado indeferir pedido neste sentido se o exame das responsabilidades se tornar tumultuado. A responsabilidade do Estado restou configurada uma vez que o autor foi indevidamente condenado em ação criminal em razão de identificação precária do ofensor, não havendo que se falar em excludente da responsabilidade em razão da atuação do terceiro. O autor sofreu dano

moral, consistente no cancelamento de seu título de eleitor e na iminência de prisão em razão de o verdadeiro condenado se encontrar em lugar incerto e não sabido. O dano material foi comprovado através de documentos juntados à petição inicial que demonstram o deslocamento do autor de sua cidade a esta Capital, com intuito de resolver sua situação. Não foram comprovados os lucros cessantes, razão pela qual o pedido deve ser julgado improcedente. Em razão da procedência parcial do pedido do autor, este deverá arcar com o pagamento de 30% das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$500,00, cabendo ao Estado o pagamento dos 70% restantes, permitida a compensação e observado o disposto na Lei n.º 1.060/50 (Apelação cível nº. 777935-1; Rel. Des. Sílvio Dias, da 2ª Câmara Cível do TJPR; j. 28.06.2011).

Apelação cível - Ação de indenização por dano moral - Nulidade da sentença - Sentença *extra petita* - Inocorrência - Sentença que não extrapolou os limites do pedido - Inexistência de vinculação do magistrado aos fundamentos jurídicos expostos na petição inicial - *Da mihi factum et dabo tibi jus* - Mandado de prisão cumprido posteriormente à decretação de extinção da punibilidade do autor, ensejando a sua prisão indevida - Responsabilidade civil caracterizada - Artigo 37, parágrafo 6.º, da Constituição Federal - Prisão indevida que atenta contra a dignidade da pessoa humana, sacrificando o direito de locomoção constitucionalmente assegurado - Dano moral caracterizado - Redução do valor fixado a título de dano moral - Possibilidade - Montante indenizatório fixado que se mostra excessivo - Honorários advocatícios - Redução - Possibilidade - Valor exorbitante. Juros e correção monetária - Sentença omissa - Fixação de ofício - Recurso parcialmente provido, com fixação, de ofício, dos índices de juros de correção monetária (Apelação cível nº. 764303-4; Rel. Des. Fernando Antonio Prazeres, da 3ª Câmara Cível do TJPR; j. 10.05.2011).

APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL - INDIVÍDUO DETIDO ILEGALMENTE POR AUTORIDADE POLICIAL COM BASE EM MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO EQUIVOCADAMENTE CONTRA PESSOA DE NOME ASSEMELHADO - DESÍDIA DOS AGENTES ESTATAIS NA CONFERÊNCIA DOS DADOS CONSTANTES NO DOCUMENTO DE IDENTIFICAÇÃO DO CIDADÃO - DEMORA NA CONSTATAÇÃO DO EQUÍVOCO E SEQUENTE SOLTURA DO SEGREGADO - ERRO GROSSEIRO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DEVER DE REPARAR OS DANOS PROVOCADOS INARREDÁVEL - QUANTUM INDENIZATÓRIO - MANUTENÇÃO DA VERBA ARBITRADA PELO JUÍZO DE ORIGEM - JUROS DE MORA - TERMO A QUO - DATA DA SENTENÇA QUE FIXOU A INDENIZAÇÃO - RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO E RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A par da responsabilidade objetiva insculpida no art. 37, § 6º, da CRFB/88, para a configuração do dever do Estado de indenizar pessoa presa equivocadamente devem estar presentes, além do dano e do nexo de causalidade entre esse prejuízo e a atuação dos agentes estatais, a existência de “dolo, erro grosseiro, abuso de poder ou arbitrariedade na ordem da prisão cumprida” (Rui Stoco). Nessa esteira, configura prisão ilegal (na acepção cível) e passível de indenização moral aquela perpetrada em face de cidadão com base em ordem judicial (mandado) expedida equivocadamente e que, na realidade, era dirigida para

indivíduo foragido com nome semelhante. Reforça o dever de indenizar, outrossim, a desídia da autoridade policial na conferência dos documentos de identificação do segregado e a demora da máquina administrativa na aferição do problema e liberação da vítima. 2. “O montante da indenização por danos morais - que tem por escopo atender, além da reparação ou compensação da dor em si, ao elemento pedagógico, consistente na observação pela empresa ofensora de maior diligência de forma a evitar a reiteração da ação ou omissão danosa - deve harmonizar-se com a intensidade da culpa da lesante, o grau de sofrimento do indenizado e a situação econômica dos envolvidos, para não ensejar a ruína ou a impunidade daquela, bem como o enriquecimento sem causa ou a insatisfação deste.” (AC n. 2007.022962-5, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 11.9.07). 3. “Em tema de indenização por danos morais, tanto a correção monetária quanto os juros de mora devem incidir a partir da data da decisão judicial que fixa o valor da reparação, pois que somente nesse momento temporal a obrigação tornou-se líquida e certa, não se podendo cogitar da existência de mora do réu-devedor antes de verificadas estas duas condições [...].” (AC n. 2009.018696-7, rel. Des. Newton Janke, j. 8.9.09). (Apelação cível nº. 2010.028666-3; Rel. Des. Rodrigo Collaço, da 4ª Câmara de Direito Público do TJSC; j. 01.12.2011).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - PRISÃO COM BASE EM MANDADO EXPEDIDO EM FACE DE PESSOA HOMÔNIMA - DANO MORAL CONFIGURADO - COMPENSAÇÃO DEVIDA - ABALO QUE, EM TAIS HIPÓTESES, É PRESUMIDO, PRESCINDINDO DE COMPROVAÇÃO - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR CARACTERIZADA - CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE -QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE NÃO SE MOSTRA EXCESSIVO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO - MANUTENÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. É passível de indenização o abalo moral suportado pelo indivíduo que foi preso com fundamento em mandado de prisão expedido em face de homônimo. Logo, ex vi do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, cabe ao Estado a reparação pelo dano proveniente de sua desídia. “O valor a título de indenização por danos morais deverá ser fixado pelo magistrado com prudente arbítrio, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, para assegurar, com razoabilidade e proporcionalidade, a justa reparação do prejuízo e dar um conforto material aos familiares do ofendido morto, sem proporcionar-lhes enriquecimento sem causa, nem menosprezar o caráter punitivo e a finalidade de coibir novos abusos de parte do ofensor. Considerando que o arbitramento do respectivo quantum é aleatório, porque não tem base financeira ou econômica própria, levam-se em conta os aspectos sociais, culturais e econômicos das partes, o grau da culpa do ofensor e a extensão do dano provocado” (Apelação cível n. 2003.024716-5, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. 16.02.2004). Considerando as circunstâncias acima esposadas, o valor inicialmente fixado pelo juízo a quo com relação ao dano moral sofrido (R$ 8.000,00) não se mostra excessivo diante do sofrimento experimentado pelo suplicante, razão pela qual deve ser mantido. “[...] O valor da indenização por dano moral será encontrado por arbitramento judicial, à luz das particularidades do caso concreto, pautando-se o julgador, na tarefa, pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade” (Apelação cível n. 2007.056895-0, de Criciúma, rel. Des. Jânio Machado, j. 11.11.2009).

Sucumbente a Fazenda Pública, os honorários advocatícios são fixados por equidade, com base no art. 20, § 4º, do CPC, atendendo-se também aos vetores previstos nas alíneas “a”, “b” e “c”, do art. 20, § 3º, do mesmo estatuto (Apelação cível nº. 2008.039037-4; Rel. Des. Cid Goulart, da 2ª Câmara de Direito Público do TJSC; j. 26.10.2011).

AGRAVO RETIDO - AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO EXPRESSO, COMO PRELIMINAR DO RECURSO DE APELAÇÃO, PARA QUE O TRIBUNAL DELE CONHEÇA - NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO (ART. 523, § 1º, DO CPC). Nos termos do que dispõe o art. 523, § 1º, do CPC, sob pena de não conhecimento, a parte deve requerer expressamente, como preliminar do recurso de apelação ou das contrarrazões, que o Tribunal conheça do agravo retido e julgue o mérito dele. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA - ACUSAÇÃO DE ESTUPRO - INDÍCIOS VEEMENTES DA EXISTÊNCIA DO CRIME E DA AUTORIA ATRIBUÍDA AO ORA DEMANDANTE - POSTERIOR ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POR PROVA DA INEXISTÊNCIA DO CRIME - ERRO INESCUSÁVEL DE PERÍCIA MÉDICO-LEGAL QUE MOTIVOU A DECISÃO JUDICIAL - INDENIZAÇÃO DEVIDA - RECURSO PROVIDO. Incumbe ao Estado o dever constitucional de indenizar terceiros lesados por atos praticados por seus agentes pela deficiente consecução das atividades da Administração Pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. A prisão ilegal de qualquer pessoa, com a permanência do preso em cela, mesmo que por curto período de tempo, até o esclarecimento do equívoco, constitui dano de ordem moral indenizável, o qual é presumível diante de valores sociais como a ética, a honra e a moral (arts. 186 e 954, III, do Código Civil de 2002). Evidenciado que a prisão cautelar foi decretada e executada com base em laudo pericial médico-legal que por duas vezes atestou a ocorrência de conjunção carnal e o rompimento himenal em criança, apontando indícios de que o autor dos fatos teria sido o padrasto, o que depois foi desmentido por meio de outro laudo pericial que não encontrou qualquer vestígio de defloramento ou de ato sexual na suposta vítima, não se pode eximir o Estado da responsabilidade civil objetiva e da obrigação de reparar os danos morais e materiais causados ao preso inocente por ato de seus agentes que realizaram a perícia inconsequente. O “quantum” da indenização do dano moral há de ser fixado com moderação, em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando em conta não só as condições sociais e econômicas das partes, como também o grau da culpa e a extensão do sofrimento psíquico, de modo que possa significar uma reprimenda ao ofensor, para que se abstenha de praticar fatos idênticos no futuro, mas não ocasione um enriquecimento injustificado para o lesado (Apelação cível nº. 2010.070029-7; Rel. Des. Jaime Ramos, da 4ª Câmara de Direito Público do TJSC; j. 22.08.2011).

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL E MATERIAL. ERRO JUDICIÁRIO. PRISÃO PREVENTIVA. EQUÍVOCO DA AUTORIDADE POLICIAL NA IDENTIFICAÇÃO DA PESSOA RASTREADA ATRAVÉS DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PRISÃO, POR 12 (DOZE) DIAS, DE PESSOA ABSOLUTA DISTINTA DAQUELA IDENTIFICADA, POR APELIDO, NAS CONVERSAS TELEFÔNICAS. FALHA GRAVE DOS AGENTES ESTATAIS. DENSO

DANO MORAL CONFIGURADO. ELEVAÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO. REDEFINIÇÃO DO TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS DE MORA. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. 1. Sob o domínio da regra da responsabilidade objetiva, cabe ao Estado indenizar o dano moral experimentado por quem foi vítima, por 12 (doze) dias, de prisão preventiva requerida e decretada contra pessoa totalmente diversa daquela que, de fato, deveria ser a destinatária da medida. 2. A prisão ilegal e injusta, motivada por indesculpável falha dos agentes estatais, representa opróbrio de gravíssimas consequências subjetivas e exteriores a justificar que a indenização do dano moral seja arbitrada com singular estimação (Apelação cível nº. 2010.032570-7; Rel. Des. Newton Janke, da 2ª Câmara de Direito Público do TJSC; j. 26.07.2011).

APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL COM DANOS MORAIS - PRISÃO CIVIL - SEGREGAÇÃO QUE EXTRAPOLOU O TEMPO PREVISTO NO DECRETO PRISIONAL - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INCÚRIA DO ENTE ESTATAL EVIDENCIADA - AUSÊNCIA DE CAUSAS EXCLUDENTES DO NEXO CAUSAL - DEVER DE INDENIZAR INARREDÁVEL - DANO MORAL PRESUMÍVEL - QUANTUM INDENIZATÓRIO - MAJORAÇÃO - JUROS DE MORA - TERMO A QUO - DATA DA SENTENÇA QUE FIXOU A VERBA REPARATÓRIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MINORAÇÃO PARA 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO (FAZENDA PÚBLICA VENCIDA) - RECURSO DO AUTOR PROVIDO E RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Segundo estabelece o art. 5º, inc. LXXV, da CRFB/88, “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo previsto na sentença”. Nessa esteira, incorre em conduta ilícita, passível de indenização moral, o ente estatal que não observa o fim do tempo da prisão civil consignado em decreto prisional e mantém o indivíduo segregado. 2. “O montante da indenização por danos morais - que tem por escopo atender, além da reparação ou compensação da dor em si, ao elemento pedagógico, consistente na observação pela empresa ofensora de maior diligência de forma a evitar a reiteração da ação ou omissão danosa - deve harmonizar-se com a intensidade da culpa da lesante, o grau de sofrimento do indenizado e a situação econômica dos envolvidos, para não ensejar a ruína ou a impunidade daquela, bem como o enriquecimento sem causa ou a insatisfação deste.” (AC n. 2007.022962-5, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 11.9.07). 3. “É consabido que no momento da fixação da verba indenizatória já se inserem no montante os valores relativos à correção monetária desde o evento danoso. Isso porque, no momento do arbitramento, o magistrado leva em consideração a atual expressão econômica da moeda (REsp 771.926 / SC, Rel. Ministra Denise Arruda). Também é cediço que, nas ações por dano moral, só é possível a constituição em mora do ofensor quando do arbitramento do montante na sentença, dada a sua subjetividade.” (AC n. 2009.063718-9, rel. Des. Subst. Ricardo Roesler, j. 9.11.10). 4. “Salvo excepcional situação, a Fazenda Pública, quando vencida, paga honorários advocatícios calculados em 10% (dez por cento) do valor da condenação” (RN n. 2008.078395-7, rel. Juiz Jânio Machado, j. 10.11.09). (Apelação cível nº. 2010.012586-0; Rel. Des. Rodrigo Collaço, da 4ª Câmara de Direito Público do TJSC; j. 30.06.2011).

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA. ILEGALIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MÁCULA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ERRO JUDICIÁRIO. COMPROVAÇÃO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO. MAJORAÇÃO. ARTS. 5º, LXXV E 37, § 6º AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A PRISÃO preventiva INDEVIDA do Autor somente ocorreu em razão de falha do ESTADO de Minas Gerais na correta identificação da sua pessoa, que, ao menos, foi identificada em relação ao delito, em tese, por ele cometido. Tal fato grave dá ensejo à reparação por dano moral, porquanto violador de princípios e direitos fundamentais da Constituição da República, como dignidade da pessoa humana, honra, imagem e liberdade. O desrespeito à dignidade da pessoa humana não pode ficar impune, razão pela qual o Requerente faz jus ao ressarcimento integral dos danos morais sofridos pela INDEVIDA mácula à sua honra, imagem e liberdade, decorrente de sua PRISÃO INDEVIDA. No arbitramento do valor do dano moral, tendo em vista sua carga de subjetividade, deve ser estabelecido em quantia que sirva de reparação pela dor sofrida, bem como pela reprimenda ao ato praticado, não se podendo servir, ainda, como fonte de enriquecimento ilícito por parte do ofendido (Apelação cível nº. 1.0024.07.492315-2/001; Relª. Desª. Maria Elza, da 5ª Câmara Cível do TJMG; j. 05.03.2009).

APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - PRISÃO INDEVIDA - MANDADO DE PRISÃO - RECOLHIMENTO DETERMINADO - DESCUMPRIMENTO - DANOS MORAIS - CONFIGURAÇÃO - ESTADO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - ARTIGO 37, § 6º - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - DEVER DE INDENIZAR - CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - ADEQUAÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - FIXAÇÃO - ARTIGO 20, §§ 3º E 4º - CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - OBSERVÂNCIA - CUSTAS PROCESSUAIS - EXCLUSÃO - PARTE AUTORA BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA - JUROS DE MORA - INCIDÊNCIA - TERMO INICIAL - CITAÇÃO - CORREÇÃO MONETÁRIA - TRÂNSITO EM JULGADO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. À luz da norma trazida pelo artigo 37, § 6º, da Constituição da República, impõe-se ao Estado o dever de indenizar o cidadão por dano moral decorrente de prisão indevida. Na reparação do dano moral, as circunstâncias do caso devem ser levadas em conta, visando evitar o enriquecimento ilícito das partes, bem como a reiteração da prática pelo ofensor. Na fixação dos honorários em desfavor da Fazenda Pública, deve o magistrado se ater aos comandos insertos no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil. Tratando-se a parte autora da ação de beneficiária da assistência judiciária gratuita, não há falar em condenação da parte ré (vencida) ao reembolso das despesas judiciais antecipadas. Inteligência do artigo 12, § 3º, da Lei estadual n. 14.939/2003. Sobre o valor da condenação imposta ao Estado incidem juros de mora e correção monetária, contados, respectivamente, da data da citação do réu e do trânsito em julgado da sentença (Apelação cível nº. 1.0116.09.023964-5/001; Rel. Des. Kildare Carvalho, da 3ª Câmara Cível do TJMG; j. 03.05.2011).

Apelação cível. Ação de indenização. Prisão em flagrante irregular. Cumprimento do dever legal. Excludente de ilicitude ausente. Indenização

devida. Recurso não provido. 1. A responsabilidade civil, segundo a teoria objetiva, exige a presença de uma conduta antijurídica potencialmente danosa (*eventus damni*) e de uma lesão efetiva - dano. 2. A prisão em flagrante irregular e a manutenção do preso encarcerado até a sentença de impronúncia por falha grave na investigação policial, não constitui cumprimento do dever legal, espécie que compõe o gênero do exercício regular de um direito reconhecido. 3. Presente a prova de erro judiciário manifesto, decorrente de culpa grave dos agentes do Estado, revela-se correta a condenação deste no pagamento de indenização pelo dano moral imposto ao detento. 4. Quantificada de forma correta a indenização, deve o arbitramento ser confirmado. 5. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu a pretensão inicial (Apelação cível nº. 1.0440.05.002329-8/001; Rel. Des. Caetano Levi Lopes, da 2ª Câmara Cível do TJMG; j. 17.04.2007).

ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. ERRO DO JUDICIÁRIO. CONDENAÇÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO EM REVISÃO CRIMINAL. ART.5º, LXXV CR/88 E ART.630 CPP. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. DANO MATERIAL E MORAL. I - O art.5º, LXXV, da CR/88 garante ao condenado por erro judiciário indenização respectiva. II - Demonstrado, nos autos, que o autor foi absolvido, em revisão criminal, de condenação por crime de estupro, por ato que não lhe pode ser imputável e ocorrido em ação penal pública, faz-se devida indenização pelos danos suportados. III - Aos danos materiais exige-se prova do prejuízo para respaldar a condenação reparatória IV - A mensuração do dano moral deve pautar-se pelos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, para que o valor da indenização se equilibre. Uma vez que o resultado da lesão causada pelo Poder Público consumou-se nos efeitos da condenação errônea do autor pelo crime de estupro, é razoável e proporcional "quantum" indenizatório de R$35.000,00 (Apelação cível nº. 1.0710.07.014625-7/001; Rel. Des. Fernando Botelho, da 8ª Câmara Cível do TJMG; j. 05.08.2010).

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - PRISÃO INDEVIDA PELA SEGUNDA VEZ - NEGLIGÊNCIA DA POLÍCIA - REDUÇÃO DOS DANOS MORAIS - DESCABIMENTO. Em relação à prisão injusta o dano moral é presumido, sendo de senso comum que essa situação cria constrangimentos, humilhação, angústia, tristeza, medo, aflição, ansiedade e preocupação, caracterizando, dessa forma, prejuízos de ordem moral. Para mensurar a indenização devida por danos morais deve-se levar em conta as condições das partes, as circunstâncias em que ocorreu o fato, o grau de culpa do ofensor, a intensidade do sofrimento, devendo-se ainda considerar o caráter repressivo-pedagógico da reparação. Indícios relevantes de descuido do poder público: lapso temporal de 8 anos entre as ordens de recolhimento dos mandados prisionais e a ocorrência do encarceramento ilegal; o autor já havia sido vítima de anterior prisão indevida, em virtude do mesmo mandado de prisão; encarceramento que perdurou por 16 dias. Manutenção da indenização fixada em primeiro grau. Recurso não provido (Apelação cível nº. 1.0024.09.570706-3/001; Relª. Desª. Heloisa Combat, da 4ª Câmara Cível do TJMG; j. 31.03.2011; m.v.).

ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ERRO JUDICIÁRIO - CONDENAÇÃO DE INOCENTE POR CULPA DE ATOS ORIGINÁRIOS DOS AUTOS DO INQUÉRITO POLICIAL -

ERRO NA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL DO PRESO - MÁ-PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELO ESTADO - DANOS MORAIS DEVIDOS - CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO - DESEMBOLSO DE QUANTIA PARA PAGAMENTO DE HONORÁRIOS DE ADVOGADO PARA ESCLARECER OS FATOS E IRREGULARIDADES JUNTO AO JUÍZO CRIMINAL - RECIBO DE QUITAÇÃO - DANOS MATERIAIS COMPROVADOS - LUCROS CESSANTES - NÃO COMPROVAÇÃO - PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS PEDIDOS - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. 1 - Tratando-se de indenização por danos decorrentes de condenação criminal de um inocente, decorrente de fraude não detectada pela Autoridade Policial e perpetrada pelo indivíduo que foi preso em flagrante delito, incide ao caso a responsabilidade civil objetiva do Estado (art. 37, § 6º, da CR/1988). 2 - Estando demonstrado que ocorrera a condenação judicial por prática de crime contra o patrimônio de um inocente, cujos erros e vícios processuais tiveram origem em uma má e precária identificação do indivíduo preso em flagrante, que se fez passar por outrem, impõe-se a reparação dos danos morais e materiais sofridos pelo mesmo. 3 - Encontra-se pacificado na jurisprudência do col. Superior Tribunal a possibilidade da compensação de honorários advocatícios quando ocorre a sucumbência recíproca, o que obsta a pretensão contrária deste entendimento formulada pela parte. 4 - Primeiro recurso não provido e segundo recurso parcialmente provido (Apelação cível nº. 1.0024.06.271343-3/001; Rel. Des. Edgard Penna Amorim, da 8ª Câmara Cível do TJMG; j. 11.12.2008).

Administrativo, constitucional e processual civil. Ação indenizatória. Prisão ilegal. Erro judiciário. Responsabilidade do Estado. Sentença de parcial procedência. Apelo do réu, pela improcedência. Apelo adesivo do autor, objetivando a majoração dos danos morais. Equívoco na qualificação indireta promovida em sede policial. Errôneo indiciamento do autor como autor do fato criminoso. Erro na grafia de seu nome. Ausência de identificação visual do acusado após sua prisão. Processo penal que correu à sua revelia. Prisão ocorrida após a decisão de pronúncia. Defensoria Pública que não recorreu da referida decisão, que restou preclusa. Diversos pleitos de relaxamento de prisão, com o indicativo dos equívocos cometidos em sede policial, todos indeferidos. Negativa de autoria que só se esclareceu na ocasião do júri popular, após quase nove meses de cárcere. Responsabilidade do Estado evidente. Dano moral in re *ipsa*, decorrendo do tempo em que o autor teve sua liberdade ilegalmente restringida. Intenso sofrimento decorrente da prisão indevida que é fato capaz de gerar, em grau extremo, a lesão extrapatrimonial, e que deve ser contemplado de forma a corroborar para a adequada fixação da reparação moral. Majoração do quantum para R$ 100.000,00. Precedente deste Tribunal de Justiça. Desprovimento do apelo principal (do réu). Provimento do apelo adesivo (do autor) (Apelação cível nº. 0105684-33.2005.8.19.0001; Rel. Des. Luiz Fernando de Carvalho, da 3ª Câmara Cível do TJRJ; j. 11.05.2011).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ERRO JUDICIÁRIO. ABUSO DE DIREITO. ROUBO IMPUTADO AO AUTOR EM 07/04/2004. INQUÉRITO, DENÚNCIA, DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA E POSTERIOR ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. Sentença improcedente. Apelo do autor. Reforma parcial do *decisum*. Ocorrência do alegado ato ilícito. O autor sofreu 34 dias de total privação de

sua liberdade de forma arbitrária e indevida. Falha na condução do inquérito policial, da denúncia e da prisão preventiva, pois, segundo ofício emitido pela Casa de Custódia Jorge Sant'anna, o apelante (suposto autor do fato) ao tempo do crime, encontrava-se internado. Assim, não há como negar a presença da responsabilidade civil do Estado, na medida em que autor sofreu as consequências de uma denúncia absolutamente infundada, sem um suporte probatório mínimo quanto à efetiva participação do autor. A autoridade policial não tinha elementos suficientes para proceder à investigação criminal contra o autor, na medida em que havia prova documental irrefutável de que o suposto criminoso ao tempo dos fatos, encontrava-se custodiado e em local absolutamente diverso do crime. Participação do apelante no roubo que se configurou inexistente desde o início, não sendo razoável a imputação, tampouco a denúncia e a decretação da preventiva. Dano moral configurado. Quantum fixado em R$ 35.000,00, computando-se juros desde a citação e correção monetária a partir da sessão de julgamento. Condenação do réu ao pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação cível nº. 0122850-78.2005.8.19.0001 (2009.001.59466); Rel. Des. Ferdinaldo do Nascimento, da 19ª Câmara Cível do TJRJ; j. 23.02.2010).

Responsabilidade Civil Objetiva do Estado. A hipótese não indica qualquer questionamento acerca de erro judiciário típico, pois não há que se falar em dolo ou fraude quando a sentença extintiva de medida socioeducativa, apenas, é omissa quanto ao recolhimento de mandado de busca e apreensão expedido anteriormente. Assim, a hipótese é de falha administrativa por não ter sido diligenciado para o recolhimento do mandado não cumprido. Dano moral devido em decorrência de prisão indevida do autor, uma vez que o mesmo já havia cumprido a medida socioeducativa, extinta por sentença. Observância da segunda parte do artigo 5º, LXXV, da CF, c/c seu artigo 37, § 6º. Dano moral fixado em observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Recurso improvido (Apelação cível nº. 0007212-60.2006.8.19.0001 (2008.001.55683); Rel. Des. Carlos Jose Martins Gomes, da 16ª Câmara Cível do TJRJ; j. 24.03.2009).

Responsabilidade civil do Estado. Indenização por dano moral decorrente da prisão indevida do Autor em razão de débito de pensão alimentícia já quitado. Sentença que julgou procedente o pedido, condenando o Réu ao pagamento de R$ 10.000,00, além de honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação. Apelação de ambas as partes. Responsabilidade objetiva do Estado. Inteligência do artigo 5º, inciso LXXV da CF. Declaração da representante legal da credora de que o débito cobrado já havia sido pago de forma parcelada, requerendo o recolhimento do mandado de prisão. Determinação de desentranhamento do mesmo mandado de prisão em data posterior, a despeito de certidão cartorária apontando o cumprimento da obrigação, o que configurou erro judiciário a ensejar o dever de indenizar. Precedentes do TJRJ e do STJ. Dano moral configurado. Quantum da reparação fixado segundo critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Reforma parcial da sentença, em reexame necessário, para retificar o termo inicial dos juros de mora, pois o evento danoso se deu em 21/03/2006. Desprovimento de ambas as apelações, reformada a sentença parcialmente em reexame necessário (Apelação cível nº. 0096462-

07.2006.8.19.0001 (2008.227.00056); Relª. Desª. Ana Maria Oliveira, da 8ª Câmara Cível do TJRJ; j. 05.02.2009).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. TORTURA. REPRESSÃO POR PARTE DOS AGENTES DO ESTADO. MÉTODOS DESUMANOS DE TRATAMENTO AO INDIVÍDUO DETIDO PELO APARATO ESTATAL QUE EXTRAPOLAM AS FUNÇÕES DO PODER DE POLÍCIA. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. QUANTUM. IMPRESCRITIBILIDADE RECONHECIDA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. *Da imprescritibilidade dos direitos e garantias fundamentais*. 1. Merece reparo a decisão singular que julgou extinto o feito em razão do reconhecimento da prescrição do direito de ação, aplicando ao caso dos autos o Decreto nº 20.910 de 1932, porquanto constatada a imprescritibilidade da demanda que visa reparar danos morais decorrentes de tortura praticada durante período de exceção do Estado, cujos agentes públicos extrapolaram os poderes de polícia, utilizando métodos desumanos para obter objetivos escusos. 2. Com efeito, adotar a prescrição quinquenal com base no Decreto nº 20.910 de 1932 é destituir a força normativa da Constituição, e reconhecer a aplicabilidade de norma de conteúdo valorativo inferior em detrimento de princípio de maior valor consagrado na Carta Magna. 3. A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e a tortura o mais expressivo atentado a esse pilar da República, de sorte que reconhecer a imprescritibilidade dessa lesão é uma das formas de dar efetividade à missão de um Estado Democrático de Direito, reparando odiosas desumanidades praticadas na época em que o país convivia com um governo autoritário e a supressão de liberdades individuais consagradas. 4. Constata-se a existência de um núcleo essencial de direitos fundamentais que não permite ser atingido por qualquer tipo de interpretação, e o princípio orientador desse núcleo será justamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Desta forma, somente será possível limitar um direito fundamental até o ponto de o princípio da dignidade da pessoa humana não ser agredido, porquanto existem direitos fundamentais considerados absolutos. 5. A vedação à tortura deve ser considerada um direito fundamental absoluto, pois a mínima prática de sevícias já é capaz de atingir frontalmente a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido é o proclamado no art. 2º da declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura, que dispõe que todo ato de tortura ou outro tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante constitui uma ofensa à dignidade humana e será condenado como violação dos propósitos da Carta das Nações Unidas e dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Proclamados na Declaração Universal de Direitos Humanos. Assim, rejeita-se a prefacial de prescrição, pois este instituto é incompatível com o tema em discussão, na medida em que versa sobre direito inalienável sem prazo para o exercício. 6. Possibilidade de reexame amplo da matéria neste grau de Jurisdição, por se tratar de questões preponderantemente de direito e presentes os requisitos necessários para o julgamento da lide, conforme aludem os artigos 330, I, 515, §1º e 516, do CPC. *Mérito do recurso em exame*. 7. O Estado do Rio Grande do Sul tem responsabilidade de ordem objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, no termos do § 6º do art. 37 da CF. 8. O Estado demandado apenas se desonera do dever de indenizar caso comprove a ausência de nexo causal, ou seja, prove a culpa exclusiva da vítima, fato exclusivo de terceiro, caso

fortuito ou força maior. 9. Presente nos autos a conduta ilícita dos agentes responsáveis pela investigação, porquanto agiram com flagrante excesso ao poder de polícia, salvaguardados pelo regime ditatorial vigorante à época. 10. Com relação ao direito à indenização, esta matéria é ponto incontroverso da lide, a teor do que estabelece o art. 334, II, do CPC, tendo em vista que houve o reconhecimento administrativo por parte do Estado da existência de conduta ilícita por parte de seus agentes públicos, consubstanciado na prática de tortura, física e psíquica, cujo nexo causal também restou inconteste quanto a ter ocasionado os danos de ordem psicológica e atinente à saúde física da parte autora. 11. Portanto, no caso dos autos configurada a prática do delito hediondo de tortura por parte dos agentes públicos, os quais teriam a responsabilidade de garantir a incolumidade física e mental do cidadão mediante o poder de polícia, e não ao contrário, ocasionar a mais vil das lesões ao espírito humano, ou seja, submeter determinada pessoa, impotente e desprotegida, às sevícias de um estado totalitário e sem respeito às garantias mínimas que asseguram o direito à vida e à dignidade humana, princípios estes subjugados por uma violência irracional e desproporcional. 12. A matéria controvertida diz respeito a apenas dois pontos: o primeiro deles é quanto à abrangência dos danos reconhecidos mediante a Lei Estadual nº 11.042/1997, ou seja, o que foi objeto de indenização e se nesta estaria subsumida a indenização por dano imaterial pleiteada na presente ação. O outro vértice a ser analisado no presente feito é o que diz respeito à extensão dos prejuízos causados, isto é, se o valor pago à parte autora a título de indenização pelos fatos ocorridos nos calabouços da ditadura foi suficiente e proporcional ao dano em questão, bem como se serviram para reparar os prejuízos imanentes ao trauma vivenciado pela parte autora. 13. Tendo o autor formulado pedido administrativo para receber indenização por base na Lei 11.042 de 1997, e estabelecido que esta se limita a indenizar os danos físicos e psicológicos, não há qualquer óbice à reparação dos danos morais experimentados, pois estes podem ser aquinhoados em razão de vértices distintos. 14. Há que se reconhecer, igualmente, que os prejuízos causados excedem em muito o valor pago à parte autora a título de indenização pelos fatos ocorridos, bem como não se prestaram a reparar os danos imanentes, que só se evidenciaram em lapso temporal posterior ao pagamento da reparação. 15. Ademais, há que se ressaltar que na ocasião o autor foi contemplado com o limite máximo tarifariamente estabelecido em função dos horrores a que foi submetido na adolescência, pois contava como apenas 16 anos na ocasião, e teve esmagados naquela ocasião os seus ideais pela violência desproporcional e abusiva, própria daqueles que se escondem atrás dos títulos inerentes aos cargos públicos que ocupam para praticar o mal, valendo-se da máquina estatal e de vítimas indefesas para tanto. 16. No que tange à prova do dano moral por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as consequências da conduta do demandado, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta ilícita do demandado que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora, é o denominado dano moral puro. 17. O valor da indenização a título de dano moral deve levar em conta questões fáticas, como as condições econômicas do ofendido e do ofensor, a extensão do prejuízo, além quantificação da culpa daquele, a fim de que não importe em ganho desmesurado. Afastada a prescrição. Dado provimento ao apelo (Apelação cível nº. 70037772159; Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, da 5ª Câmara Cível do TJRS; j. 20.04.2011).

APELAÇÃO CÍVEL. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO JUDICIÁRIO. REVISÃO CRIMINAL. RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. FATO GRAVE. CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. 1. O dever de indenizar e a responsabilidade do Estado do Rio Grande do Sul já restou reconhecida nos autos da revisão criminal nº 70012499000, restando a fixação do quantum indenizatório, sendo que aquela é de ordem objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, no termos do § 6º, do art. 37 da CF. 2. O reconhecimento da responsabilidade civil do demandado não importa na conclusão de que houve equívoco jurisdicional na prolação da sentença. Com efeito, verifica-se que o grave erro que ocasionou a prisão indevida do autor se deve à não realização do exame de DNA por um método seguro, o qual, na época, não era custeado pelo Estado. 3. A partir daí, exsurge o dever de ressarcir os danos daí decorrentes, como o prejuízo imaterial ocasionado, decorrente da dor e sofrimento da parte autora em razão da injusta imputação que lhe foi feita, decorrente do induzimento por parte de agentes públicos no reconhecimento como autor de delito que não praticou, restando atingido o seu direito à liberdade por largo lapso temporal. 4. No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as consequências da conduta do demandado, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta ilícita do demandado que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora, é o denominado dano moral puro. 5. O valor da indenização a título de dano moral deve levar em conta questões fáticas, como as condições econômicas do ofendido e do ofensor, a extensão do prejuízo, além da quantificação da culpa daquele, a fim de que não importe em ganho desmesurado. 6. Releva ponderar, ainda, que, quando da ocorrência de um dano material, duas subespécies de prejuízos exsurgem desta situação, os danos emergentes, ou seja, aquele efetivamente causado, decorrente da diminuição patrimonial sofrida pela vítima; e os lucros cessantes, o que esta deixou de ganhar em razão do ato ilícito. 7. Não é juridicamente possível indenizar expectativa de direito, tendo em vista que os prejuízos de ordem material devem ser devidamente comprovados, o que não ocorreu no caso em tela. Dado parcial provimento ao apelo (Apelação cível nº. 70041625179; Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, da 5ª Câmara Cível do TJRS; j. 25.05.2011).

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRISÃO INDEVIDA. UTILIZAÇÃO DO NOME DO AUTOR PELO IRMÃO. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA NO SISTEMA DA SECRETARIA DE SEGURANÇA DO ESTADO. FALHA DO ESTADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. HONORÁRIOS. CUSTAS DO ESTADO. ISENÇÃO. O Estado responde objetivamente pelo ilícito praticado pelo agente público no exercício da função ou em razão dela. Art. 37, §6º, da CF. Embora a responsabilidade do Estado seja objetiva, no tocante à atividade prestada, é necessária a comprovação do nexo causal entre o ato e o dano. Caso concreto em que o irmão do autor se apresentava com o nome deste e, mesmo após o Estado ter conhecimento de tal circunstância, desde 1993, não promoveu a retificação no sistema da Secretaria de Segurança. Diante da

falha do Estado, o autor foi preso, em uma blitz, por seu nome constar no rol dos foragidos da Justiça, permanecendo encarcerado por quinze dias, até que o exame datiloscópico comprovou as identidades. Dano moral reconhecido. A fixação do quantum indenizatório deve sopesar critérios objetivos como a condição econômica das partes, a gravidade do dano, o grau de culpa, atendendo, especialmente, para o caráter punitivo-pedagógico inerente à indenização em tais casos, sem acarretar o enriquecimento ilícito da vítima. O reconhecimento da indenização somente vai ser eficaz se, além de compensar a vitima pelo prejuízo suportado, ocasionar impacto no patrimônio do agente causador do dano, capaz de evitar a reincidência do evento danoso. Desta forma, o quantum fixado na sentença se mostra adequado ao caso concreto. Lucros cessantes mantidos, uma vez que, em função da prisão, o autor perdeu o emprego, ficando desempregado por três meses após sua soltura. Honorários reduzidos em atenção aos ditames contidos no artigo 20, §3º, do CPC. A recente alteração legislativa, introduzida pela Lei 13.471/2010, isentou as pessoas jurídicas de direito público do pagamento de custas, despesas judiciais e emolumentos no âmbito da Justiça Estadual, tanto de primeiro, quanto de segundo grau. Isenção de custas reconhecida. APELO DO RÉU PROVIDO PARCIALMENTE. APELO DO AUTOR DESPROVIDO. (Apelação cível nº. 70037234960; Rel. Des. Romeu Marques Ribeiro Filho, da 5ª Câmara Cível do TJRS; j. 24.08.2011).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRISÃO INDEVIDA. DANOS MORAIS. 1. O caso dos autos apresenta uma situação particular e que não se enquadra nas costumeiras lides que envolvem a discussão da responsabilidade civil do Estado por conta de erro judicial. É que, na hipótese concreta, a ilegalidade do mandado de prisão ficou cabalmente comprovada. O autor comprovou idoneamente, perante a polícia, a perda de seus documentos, no ano de 1995, bem como o posterior roubo de seus documentos no ano de 1997, os quais acabaram sendo usados por terceiro para o cometimento de delitos. 2. O Estado (*latu sensu*) é responsável por prestar serviços adequados e de qualidade. Na falta desses, responde objetivamente por eventuais danos causados, seja de ordem moral ou material, porque incide a teoria do risco objetivo da administração.
Caso concreto em que a prisão foi ilegal. 3. Danos morais *in re ipsa* reconhecidos na quantia de R$ 15.000,00 (Quinze Mil Reais), quantia a ser corrigida pelo IGP-M e acrescida de juros legais de mora, ambos a contar da data deste Acórdão. 4. Os honorários advocatícios, em favor do patrono da parte autora, devem ser fixados em 10% do valor da condenação. 5. Diante da redação conferida ao art. 11 da Lei 8.121/85 pela Lei nº 13.471/2010, as Pessoas Jurídicas de Direito Público são isentas do pagamento de custas, despesas judiciais e emolumentos no âmbito da Justiça Estadual de Primeiro e Segundo Graus. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.(Apelação cível nº. 70043017474; Relª. Desª. Iris Helena Medeiros Nogueira, da 9ª Câmara Cível do TJRS; j. 29.06.2011).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO INDEVIDA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.
O Estado (*latu sensu*) é responsável por prestar serviços adequados e de qualidade. Na falta desses, responde objetivamente por eventuais danos

causados, seja de ordem moral ou material, porque incide a teoria do risco objetivo da administração. Caso concreto em que a prisão por depositário infiel do autor estava revogada quando foi cumprido o mandado. Danos materiais reconhecidos. Danos morais *in re ipsa* também reconhecidos. Verba honorária redimensionada. NEGADO PROVIMENTO AO APELO DO ESTADO E PROVIDO O DO AUTOR. (Apelação cível nº. 70041553058; Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, da 9ª Câmara Cível do TJRS; j. 08.06.2011).

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Prisão indevida. Manutenção do acusado em prisão, após expedição de alvará de soltura. Culpa estatal evidenciada. Omissão que se verifica no retardo em liberar o preso beneficiado pela liberdade provisória. Diminuição do *quantum* arbitrado a título de verba indenizatória. Reexame necessário e apelação parcialmente providos. (Apelação cível nº. 9241470-98.2005.8.26.0000; Rel. Des. Fermino Magnani Filho, da 5ª Câmara de Direito Público do TJSP; j. 26.09.2011).

Indenização - Responsabilidade civil do Estado - Ação de alimentos - Prisão indevida, efetuada vários meses após expedição do contramandado de prisão - Nexo causal, suficientemente comprovado - Culpa exclusiva da vítima não caracterizada - Danos materiais e morais - Ocorrência - Juros moratórios incidentes a partir da citação – Parcial provimento. (Apelação cível nº. 0178121-12.2007.8.26.0000; Rel. Des. Alves Bevilacqua, da 2ª Câmara de Direito Público do TJSP; j. 20.09.2011).

Responsabilidade civil do Estado – Danos materiais e morais – Prisão ilegal e abusiva – Erro judiciário – CF, art. 5º, LXXV, e C. Civil, art. 954, § único, incisos II e III – Pessoa sem antecedentes criminais, trabalhador com registro em carteira, que vivia com a mulher e filha, acusado da prática de crimes sexuais e que teve a prisão preventiva decretada, permanecendo encarcerado por 29 dias, quando a prova resultou negativa. Necessidade de prévia investigação para a decretação de prisões. Inadmissível o encarceramento do autor, baseado no frágil reconhecimento por parte da vítima. Laudo pericial que deveria anteceder a prisão do autor. Depoimento e reconhecimento da vítima que não poderia ser o único fundamento para a prisão, dada a sua fragilidade. Possibilidade de indenização que não se restringe aos casos de procedência da ação de revisão criminal, do art. 630 do CPP, pelo fato de ser cabível apenas no caso de condenação. É que os absolvidos, quando injustamente presos, também têm direito à indenização. Ação procedente, ao menos em parte. Recurso provido (Apelação cível nº. 994.09.360374-1; Rel. Des. Urbano Ruiz, da 10ª Câmara de Direito Público do TJSP; j. 20.09.2011).

APELAÇÃO CÍVEL RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANOS MORAIS suportados pelo autor em virtude de ter permanecido na prisão por dezesseis dias após a prolação da sentença absolutória - Demora da serventia judicial em elaborar o alvará de soltura - Responsabilidade objetiva do Estado - Ausência de causas excludentes da responsabilidade. DANOS MORAIS - Dever de indenizar os danos suportados pelo autor - Pedido inicial julgado parcialmente procedente - Reforma do *quantum debeatur* fixado pelo juízo *a quo*, a fim de se reduzir

a verba indenizatória - Reexame necessário e recurso da FESP providos em parte (Apelação cível nº. 9111651-69.2009.8.26.0000; Rel. Des. Osvaldo de Oliveira, da 12ª Câmara de Direito Público do TJSP; j. 17.08.2011).

CONCLUSÃO: A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR DO ESTADO PELO ERRO JUDICIÁRIO E PELA PRISÃO INDEVIDA

1. Finaliza-se o estudo do “erro judiciário” e da “prisão indevida”, objeto desta tese, e nossa posição é no sentido da reparabilidade dos danos em geral decorrentes da prestação do serviço judiciário;

2. Não existindo causa apta para a privação da liberdade pessoal em definitivo, a prisão não é devida, impondo ao Estado o dever de indenizar, que, no direito brasileiro, tem amparo no art. 5º, LXXV, da Constituição Federal, verbis: “O Estado indenizar o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”, ficando distribuídos, assim, entre toda a coletividade, os encargos sofridos pelo particular;

3. O fundamento da indenização por prisão indevida é a assunção de responsabilidade, frente ao risco assumido, a que o Estado adere por força da legislação que impõe o dever de indenizar, atribuindo a responsabilidade ao poder público, e tornando imperativa a sua obrigação perante o particular;

4. A responsabilidade estatal é informada pela teoria do risco administrativo, conforme os ditames constitucionais, de forma que, demonstrando o lesado o nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão do Estado, representado por seus agentes, ensejará o direito à indenização, cabendo ao Estado voltar-se regressivamente em face de seu funcionário;

5. O Estado Democrático de Direito revela a necessidade da efetivação do que rezam o art. 1º e seguintes, bem como o art. 37, § 6º, da Constituição da República e, a partir do momento em que se concretizam esses postulados, tem-se um verdadeiro Estado democrático e de direito. E uma das formas de tornar efetivas tais garantias é o dever que possui o Estado de responder pelos danos causados;

6. Procuramos discorrer sobre as diversas teorias existentes na doutrina a respeito da responsabilidade extracontratual do Estado por danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros;

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

8. Os erros judiciários e judiciais, bem como a prisão indevida, seja esta excessiva ou cautelar, serão sempre passíveis de indenização, pois, o direito de obter a

reparação dos prejuízos é previsto como uma garantia fundamental do indivíduo pela Constituição Federal, abrangendo os danos patrimoniais, morais e pessoais que o cidadão venha a sofrer;

9. Os cidadãos estão submetidos ao julgamento de seus atos pelo Estado e às consequências por ele impostas. Desta forma, não há como lhe tirar a responsabilidade pelos prejuízos que, exercendo a função jurisdicional que chamou para si, causa prejuízos à sociedade;

10. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais;

Este item trata de tema concernente à responsabilidade do Poder Público por ato jurisdicional, ou seja, ato praticado por juiz ou tribunal judiciário em sua função específica de elaboração e entrega da prestação jurisdicional, ato que, viciado, cause dano pessoal, moral ou patrimonial ao administrado; o serviço judiciário consiste em um serviço público, imposto a todos os cidadãos pelo Estado, que deve zelar por certo grau de perfeição tanto na sua organização quanto no seu funcionamento, bem como responder pelos danos daí provenientes. Por isso, pode-se dizer que "a responsabilidade do Estado por atos judiciais, nestes catalogados também os jurisdicionais, é espécie do gênero responsabilidade do Estado por atos decorrentes do serviço público". E os atos do Poder Judiciário, jurisdicionais ou administrativos, são atos das pessoas físicas que exercem o serviço público judiciário, em nome do Estado; portanto, empenham, se danosos, a responsabilidade da pessoa jurídica (Estado) que representam (ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 181);

11. A indenização deve corresponder ao valor de avaliação da diminuição sentida pelo lesado em seu patrimônio, seja de natureza material, atingindo o patrimônio da pessoa e consistindo em perda monetária decorrente da sua redução (dano emergente) ou da supressão de possibilidade de seu aumento (lucro cessante), seja moral, a atingir aspectos não-econômicos dos bens jurídicos da pessoa; 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;

12. Convém ser proposta a ação indenizatória em face do Estado, em razão da responsabilidade objetiva, ao invés de demandar diretamente contra o magistrado, ocasião em que a responsabilidade seria subjetiva. Cumpre 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;

13. Assim, tanto a pessoa jurídica de direito público quanto a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público têm direito de regresso contra seus respectivos agentes responsáveis pelo dano que aquelas foram obrigadas a indenizar;

14. Quando identificado o agente causador do dano, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal assegura que, caso tenha ele agido com dolo ou culpa, o Estado deve (isso não é uma faculdade, mas um *poder-dever* irrenunciável e indisponível do Estado) promover o ressarcimento ao erário das despesas havidas com a mencionada indenização, intentando uma *ação regressiva* contra o servidor responsável, o que, mesmo que da Constituição não constasse, seria assegurado pelo artigo 934 do Código Civil;

15. Abordamos, também, embora resumidamente, o tema que diz respeito ao instituto da denunciação da lide, e qual sua importância frente à ação regressiva;

16. A identificação dos sujeitos que devem integrar o polo passivo da ação indenizatória, para se saber se a demanda pode ser proposta contra o Estado e o agente em litisconsórcio facultativo, se deve ser proposta apenas contra o Estado ou se pode ser proposta apenas contra o agente, e se seria admissível em qualquer caso a denunciação recíproca da lide, deve ser examinada necessariamente a partir de uma distinção fundamental, que decorre do art. 37, § 6º, da Constituição;

17. Se a pretensão inicial deduzida pelo prejudicado funda-se na responsabilidade civil objetiva do Estado, com a arguição da culpa anônima do serviço público, de falha administrativa, de risco da atividade estatal desenvolvida, e somente nessa hipótese - da ação indenizatória ajuizada com fundamento na responsabilidade objetiva do Estado, em razão da falha administrativa, de risco da atividade estatal, de culpa anônima do serviço, de culpa presumida da Administração -, é lícito dizer-se, com Hely Lopes Meirelles, que “a ação de indenização da vítima deve ser ajuizada unicamente contra a entidade pública responsável (acrescente-se, agora, também contra a entidade privada prestadora de serviço público), não sendo admissível a inclusão do servidor (agora agente) na demanda”;

18. Não iremos nos ocupar sobre o tema da expressão *denunciação da lide*, visto que não é objeto desta tese, embora o tenhamos feito apenas superficialmente. A denunciação da lide, ou o instituto da litisdenunciação, é o instituto processual que permite, simultaneamente, um acerto da pretensão principal e da regressiva. A questão é controvertida e, por efeito, passível de grande discussão doutrinária;

19. Não existindo causa apta para a privação da liberdade pessoal em definitivo, a prisão não é devida, impondo ao Estado o dever de indenizar, que, no direito brasileiro, tem

amparo no art. 5º, LXXV, da Constituição Federal, verbis: “O Estado indenizar o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”, ficando distribuídos, assim, entre toda a coletividade, os encargos sofridos pelo particular;

20. O fundamento da indenização por prisão indevida é a assunção de responsabilidade, frente ao risco assumido, a que o Estado adere por força da legislação que impõe o dever de indenizar, atribuindo a responsabilidade ao poder público, e tornando imperativa a sua obrigação perante o particular;

21. Por derradeiros, deixamos aqui nossa posição no sentido de que, quando há um erro judiciário, nos termos do art. 5º, LXXV, DA CF., e tendo havido prisão processual, a posterior absolvição empenha a responsabilidade civil do Estado à indenização, por danos materiais e morais;

Esse é o entendimento, hoje, de considerável corrente jurisprudencial de nossos tribunais superiores a respeito do tema, da indenização do erro judiciário e da prisão indevida, seja processual ou cautelar, ou, mesmo, definitiva, quando se detecta ter havido erro judiciário. A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5°, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização.

Assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido. A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar o mais comezinho direito fundamental à vida livre e digna. A absolvição futura revela da ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos (*notoria non egent probationem*); defendemos esse entendimento, embora ao exame das circunstâncias de caso a caso;

22. Como bem se expressou José de Aguiar Dias, quando afirmou que ordinariamente, considera-se erro judiciário a sentença criminal de condenação injusta. Em sentido mais amplo, a definição alcança, também, a prisão preventiva injustificada. Com efeito, não há base para excluí-la do direito à reparação. Se há erro judiciário em virtude da sentença condenatória, haverá também em consequência da prisão preventiva ou detenção. Danos e tragédias decorrem, por igual, de uma e de outros. Onde existe a mesma razão, deve valer a mesma disposição;

23. Defendemos, nesta tese, que o erro judiciário penal, em seu sentido amplo, abrange, além da sentença condenatória, a prisão preventiva ou processual, ou, ainda, a prisão

cautelar injusta, por cujos danos patrimoniais e morais patentes, igualmente, responde o Estado; defendemos também a posição de que os casos de erro judiciário civil igualmente engendram a responsabilidade estatal;

24. Eis, pois, em apertada síntese, o exame que propusemos a respeito da indenização por erro judiciário e prisão indevida, que hoje adquiriu *status* constitucional no artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição da República. Assim, também, seguindo o caminho trilhado por respeitáveis doutrinadores, nacionais e estrangeiros, concordamos em que, "seja voluntário ou involuntário, todo erro que produza consequências danosas – em outras palavras, toda atividade judiciária danosa – deve ser reparado, respondendo o Estado civilmente pelos prejuízos, a ele assegurado o direito de regresso contra o agente público responsável pela prática do ato";

Essa é, pois, a nossa posição, respeitando as posições e entendimentos em sentido contrário.

BIBLIOGRAFIA

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. Responsabilidade ou irresponsabilidade do Estado? In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (coord.). *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Responsabilidade do Estado na Constituição de 1988. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (coord.). *Direito administrativo na Constituição de 1988.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 199-205.

ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. A responsabilidade do Estado pela prisão ilegal. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 24 jul. 2005.

ALMEIDA, Caio Eduardo Canguçu. O art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República e a prisão anterior à sentença penal condenatória definitiva. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 125, 4º bimestre, jul./ago. 1990.

ALVES, Vilson Rodrigues. Responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Tomos I e II, Campinas, SP: Editora Bookseller, 2001.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Reforma define status jurídico de tratados internacionais*. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 29 out. 2008.

_____. *Tratados internacionais:* reforma nega status constitucional automático a tratado. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 29 out. 2008.

_____. Os tratados internacionais sobre direitos humanos: como ficam após a reforma do Poder Judiciário. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. IX., n. 197, p. 38-39, mar. 2005.

ANNONI, Danielle. *Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo.* Curitiba: Juruá Editora, 2009.

ARAS, Vladimir. *Diminuição do quadro de instâncias*: posição favorável. Carta Forense, março de 2011, p. B 26.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. Ilícito administrativo: a comunicabilidade das instâncias penal e administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo, n. 29, 1988.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAÚJO. Francisco Fernandes de. *Do prazo razoável na prestação jurisdicional* apud CATOSSI, Vanessa Padilha. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1351, 14 mar. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9602>. Acesso em: 31 jan. 2011.

ARDANT, Philippe. *La responsabilité de l'état du fait de la fonction juridictionnelle*. Paris: LGDJ, 1956.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, n. 6, abr./jun., 2000, pp. 11-44.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. São Paulo: RT, 1987.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo.* v. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

_____. Considerações em torno da prisão em flagrante delito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano 49, v. n. 301, pp. 24-40, nov. 1960.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASILEU, Garcia. *Instituições de Direito Penal*. v. I, tomo 2. São Paulo: Max Limonad, 1952.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Ed., 2002.

_____. *Elementos de direito constitucional.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. I e VII. São Paulo: Saraiva, 1989.

BAZHUNI, Marco Antonio. *Da responsabilidade civil do Estado em decorrência de sua atividade administrativa.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1992.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar.* São Paulo: Malheiros, 2005.

BEGLEY, Louis. *O Caso Dreyfus* – Ilha do Diabo, Guantánamo e o pesadelo da história. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

BIELSA, Rafael. As vítimas dos erros judiciários nas causas criminais e o direito à reparação. *Revista Forense*, vol. 105, p. 482.

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Depalma, 1957.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 70.121/MG, rel. Min. Djaci Falcão, DJ. 30.03.73. *RDA*, São Paulo, n. 114, p.298.

BRASIL, Ubiratan. Pesadelos Jurídicos: Semelhanças entre o absurdo jurídico da França do século 19 e Guantánamo inspiram livro. Jornal *O Estado de S.Paulo*, ed. 02 de janeiro de 2011, caderno "Cultura".

BRÉCHON-MOULÈNES. *Les regimes législatifs de responsabilité publique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974.

BÜHRING, Márcia Andréa. *A natureza jurídica do poder de polícia é discricionária?* 2001. Monografia (Pós-graduação do curso de Mestrado Interinstitucional em Direito) – Universidade Federal do Paraná e Universidade de Caxias do Sul, Curitiba, 2002.

_____. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoria general de la responsabilidad civil*. 9. ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

BUZAID, Alfredo. Da responsabilidade do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 9, p.15.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. Coimbra: Coimbra, 1970.

_____. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Dano e indenização*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

CALAMBREDI, Pietro. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Dano e indenização*. São Paulo: RT, 1980.

CAMARGO, Luis Antonio de. *A responsabilidade civil do Estado e o erro judiciário*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CAMPOS, Asér Martins de Souza; CAMPOS JÚNIOR, Asér de Souza. *Breves anotações sobre a prova e erros judiciários*. [s.l.: s.n.],1984.

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CAMPOS BARROS, Romeu Pires. Considerações em torno da prisão em flagrante delito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 49, n. 301, pp. 24-40, nov. 1960.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Proteção internacional dos direitos humanos nos planos nacional e internacional:* perspectivas brasileiras. Brasília/San José da Costa Rica: IIDH/F. Naummann-Stiftung, 1992.

_____. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. Brasília/San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1996.

_____. Direitos e garantias individuais no plano internacional, In: *Assembleia Nacional Constituinte: Atas das Comissões*, v. I, n. 66 (supl.), 27.5.1987.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

_____. O *problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*. Coimbra: Coimbra, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

CAPEZ, Fernando. Lei nº 12.403/2011 e prisão provisória: questões polêmicas. *Boletim Informativo* ano 8, nº 46, maio/junho/julho de 2011: Edição da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, p. 4-7.

CARDOSO, Hélio Apoliano. Indenização em face da morosidade e erro do judiciário e suas controvérsias. *Revista Cearense Independente do Ministério Público*. Ano I – nº 03 – Outubro/1999, p. 126.

CARVALHO, Jéferson Moreira de. *Prisão e liberdade provisória*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes*. São Paulo: Atlas, 2000.

CASTRO, Guilherme Couto e. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CATARINO, Luis Guilherme. *A responsabilidade do Estado pela administração da justiça*. Coimbra: Almedina, 1999.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

CAVALLIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CERQUEIRA, Manoel de Castro. A responsabilidade objetiva das pessoas de direito público interno. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. São Paulo, v. 2, p. 199.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Tradução de Lygia Cristina, revista por André Praça de Souza Telles. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 2002.

CICOTE, Luiz Eduardo. Responsabilidade civil do Estado perante os condenados beneficiados pelo regime aberto na sentença, mas que cumpriram pena no regime fechado por falta de casa do albergado ou estabelecimento congênere. In: *RT* 776/485.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993.

COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. Da responsabilidade do Estado por atos de juiz em face da Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 1, p. 31-49, jan./mar. 1993.

COUTO E SILVA, Almiro do. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 203, p. 19-41, out./dez. 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *O Estado e a obrigação de indenizar.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Tratado de direito administrativo.* v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

_____. Responsabilidade civil do Estado legislador. In: CAHALI, Yussef S. (Coord.). *Responsabilidade civil:* doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. *RDA*, Rio de Janeiro, n. 99, p. 13-32, jan./mar. 1970.

_____. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Comentários à Constituição de 1988*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

_____. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 230, pp. 36-46, abr./jun., 1970.

_____. *Crimes e julgamentos famosos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DALLARI, Adilson de Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DAUDT, Edmar Vianei Marques. Pressupostos da responsabilidade civil do Estado. *Revista Justiça do Direito,* São Paulo, v. 9, n. 9, pp. 169-188, 1996.

DELGADO, José Augusto. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. *Paraná Judiciário*, Paraná, n. 6, v. 8, pp. 29-36, 1983.

_____. Responsabilidade do Estado: responsabilidade civil do Estado ou responsabilidade da Administração, a demora na entrega da prestação jurisdicional. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 4, n. 226, pp. 5-26, ago. 1996.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DELVOLVÉ, Pierre. *L'acte Administratif.* Paris: Daliz, 1983.

DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: RT, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 198, pp. 85-96, 1994.

_____. Responsabilidade administrativa do servidor público. G*ênesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, n. 4, pp. 29-36, mar. 1995.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Da responsabilidade civil.* 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINAMARCO, Cândido R. *Fundamentos do processo civil moderno.* São Paulo: RT, 1986.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno.* Tomo II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINIZ, Danielle Alheiros. Responsabilidade civil do Estado pela morosidade na prestação jurisdicional. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 563, 21 jan. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6205>. Acesso em: 12 nov. 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. 7 v. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DREYFUS, Alfred – *Cinq années de ma vie – 1894-1899*. Paris: La Découverte/Poche, 2006.

DROMI, José Roberto. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1973.

_____. *Manual de derecho administrativo*. v. 2. Buenos Aires: Astrea, 1987.

DUEZ, Paul. *La responsabilité de la puissance publique:* en dehors du contrat. 2. ed. Paris: Dalloz, 1938.

_____. *La responsabilité de la puissance publique* : en dehors du contrat. Paris: Librairie Dalloz, 1927.

_____ ; DEBEYRE, Gui. *Traité de Droit Administratif.* Paris : Librairie Dalluz, 1952.

ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

_____. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984.

FALCÃO, Alcino Pinto. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 295.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance. Prisão temporária e "fermo": estudo comparativo. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 78-89, jul./set. 1992.

_____. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

FERREIRA, Antonio Carlos. *Responsabilidade civil por atos da administração pública.* São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. Da responsabilidade civil do Estado. *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, v. 25, n. 100, pp. 323-336, out./dez., 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

_____. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Responsabilidade dos agentes políticos e dos servidores. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, v. 50, n. 196, p. 36-42, abr./jun. 1994.

FREITAS, Maria Helena d'Arbo Alves de. O Estado legislador responsável. *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, n. 128, p. 285-295, out./dez. 1995.

FREITAS, Sérgio Henrique Zandona. Responsabilidade civil do Estado por ato administrativo. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FRIEDE, Reis. *Curso de direito administrativo:* em forma de perguntas, respostas e diagramas explicativos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. Uso de algemas: a Súmula Vinculante nº 11, do STF. Jus *Navigandi,* Teresina, ano 12, n. 1875, 19 ago. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11625>. Acesso em: 04 dez. 2010 .

GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público.* Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAZOTO, Luís Wanderley, 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.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas do Código de Processo Penal:* Considerações críticas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade (conforme a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos*): doutrina e jurisprudência. São Paulo: RT, 1994.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal.* 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. Prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência. *Fascículos de Ciências Penais,* Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 17-27, jun./mar. 1992.

_____, *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. A denunciação da lide: sua obrigatoriedade e extensão. *Justitia*, São Paulo, n.94, p.9-17, 1976.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do Domicílio na Constituição.* São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

_____. *Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.* São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GUAGLIARIELLO, Glaucio. Efetividade da jurisdição: razoável duração do processo. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1425, 27 maio 2007. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/9772. Acesso em: 9 dez. 2010.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: RT, 1986.

GUETTIER, Christophe. *La responsabilité administrative.* Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1959.

GUIMARÃES, Mário. *Estudos de direito civil*. São Paulo: Martins, 1947.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 11. ed. Paris: Sirey, 1927.

HENTZ, Luis Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: Ed. Leud, 1996.

_____. Responsabilidade do Estado por prisão indevida. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 730, pp. 68-79, ago., 1996.

_____. *Indenização do erro judiciário*. São Paulo: Leud, 1996.

_____. **Responsabilidade do Estado por prisão indevida.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/1092. Acessado em: 28 maio de 2011.

JARDIM, Afrânio Silva. A prisão no curso do processo em face da nova Constituição. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, v. 14, n. 54, pp. 256-269, abr./jun. 1989.

JELLINEK, George. *Teoria general del Estado*. Tradução de la segunda edición alemana por Fernando de los Rios Urruti. Granada: Comares, 2000.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1986.

JUCOVSKY, Vera R. S. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

KELSEN, Hans. *General theory of law and state.* Nova Iorque: Russel & Russel, 1961.

_____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *La giustizia constituzionale*. Tradução de Sérgio Resende de Barros. Milão: Giuffrè, 1981.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1976.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: RT, 2000.

LAZZARINI, Álvaro. Responsabilidade civil do Estado por atos omissivos de seus agentes. *RJTJSP*, 117:8.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 1, n. 1, pp. 111-118, out./dez. 2001.

LENZ, Eduardo Thompson Flores. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol, 210, p. 147-158, Rio de Janeiro: out./dez.1997.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário.* Rio de Janeiro: Livr. Francisco Alves, 1915.

LIEBMAN, Eurico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença.* Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Responsabilidade pública por atividade judiciária.* São Paulo: RT, 2005.

LUIS CARLOS, Làzinha. *Erros judiciários.* v. I. São Paulo: São Paulo, 1973.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1956.

_____. *Elementos de direito processual penal*. v. IV. Campinas: Bookseller, 1997.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade do Estado por actos legislativos.* Coimbra: Almedina, 1992.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MEIRELLES, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. **Responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 505, 24 nov. 2004. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/5961. Acesso em: 27 maio 2011 e em 23 out. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Cadernos de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*, sob a coordenação do Prof. Sérgio Resende de Barros, no prelo.

MENDES JÚNIOR, Onofre. *Natureza da responsabilidade da administração pública*. Belo Horizonte, 1961.

MENDES JÚNIOR, João. *Direito judiciário brasileiro*. 5. ed. São Paulo-Rio: Freitas Bastos, 1960.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. *Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

_____. Responsabilidade do Estado por ato judicial inconstitucional, In: *RT* 738/12-31.

MICHOUD, Léon. De la responsabilité de l'État a raison des fautes de sés agents. *Revue du Droit Publique et de la Science Politique em France et à l'étranger*, Paris: M. Giardi & E. Brière, pp. 253-255,1895.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil:* parte geral. v. I. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Âmbito, 1992.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. *O espírito das leis.* Tradução Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA NETTO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo.* 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. *Responsabilidade civil do Estado legislador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

MOURÃO, Jacira Nunes. Responsabilidade civil do Estado por actos jurisdicionais. *Revista de Direito Civil – imobiliário, agrário e empresarial*. São Paulo: RT, n. III, ano 2, p. 65-82, jan./mar., 1978.

NANNI, Giovanni Ettore. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Responsabilidade civil do Estado.* Rio de Janeiro: Aide, 1995.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.* 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NERY, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Proibição de prova ilícita: novas tendências do direito. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça Penal (críticas e sugestões).* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Proibição da prova ilícita – Novas tendências do direito (CF, art.5º, LVI). In: MORAES, Alexandre de (coord.). *Os 10 Anos da Constituição Federal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999**.**

_____. *Princípios fundamentais:* teoria geral dos recursos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Responsabilidade civil do Estado e denunciação da lide. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 248, pp. 142-149, jun. 1998.

OLIVEIRA, Josivaldo Felix de. *A responsabilidade do Estado por ato lícito*. São Paulo: Habeas, 1998.

PANTALEÃO, Juliana F.; MARCOCHI, Marcelo C. Indenização: erro judiciário e prisão indevida. *Jus Navigandi,* Teresina, ano 9, n. 416, 27 ago. 2004. Disponível 5642>. Acesso em: 4 jun. 2011.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Tempo da prisão: breves apontamentos. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.* Nº 8, 2002, p. 231-266.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo Penal.* Evolução Histórica e Fontes Legislativas. Bauru: Editora Jalovi, 1983. p. 331/332.

PRIETO, Andre Luiz. O uso abusivo de algemas e a tríplice responsabilidade . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1878, 22 ago. 2008. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11629. Acessado em: 02 dez. 2010.

PINTO FERREIRA, Luis. Preâmbulo. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. LIX. São Paulo: Saraiva, 1977.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Acórdão, Apel. Cível n. 037.029.5/6 – 00, 7ª Câm. – TJSP – 13.09.1999, Rel. Sérgio Pitombo.*

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri:* procedimentos e aspectos do julgamento. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

_____. *Responsabilidade do Estado pelos atos dos seus juízes.* RT, 563:9.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Prisão Civil e os direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

QUIRINO, Arnaldo. *Prisão ilegal e responsabilidade civil do Estado*, São Paulo: Atlas, 1999.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. Prisão civil do depositário infiel em face da derrogação do art. 1.287 do Código Civil, pelo Pacto de São José da Costa Rica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 756, p. 37-52, out. 1998.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. *Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais*. São Paulo: LTr, 2002.

RIVERO, Jean. *Droit administrative*. 3 ed. Paris: Dalloz, 1965.

RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administrative*. 18. ed. Paris: Dalloz, 2000.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 28, n. 111, pp.79-122, jul./set. 1991.

_____. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA JÚNIOR, José Jardim. Problemas com o governo dos juízes: sobre a legitimidade democrática do "judicial review". *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 38, n. 151, pp. 255-278, jul./set. 2001.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil.* v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. *Direito civil:* responsabilidade civil. v. 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. *Direito civil:* responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 5. n. 7, p. 302-303.

ROZAS, Luiza Barros. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. *Revista da FADUSP* 99/782.

SALAZAR, Alcino de Paula. *Responsabilidade do poder público por atos judiciais*. Rio de Janeiro: Canton & Reile, 1941.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito civil:* responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2000.

SANGUINÉ, Odone. Prisão provisória e princípios constitucionais. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 96-124, abr./mar. 1992.

SÉ, João Sento. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. Responsabilidade civil do Estado pela atividade judiciária na Constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito da UFBA*, Bahia, v. 35, 1991, p. 63-64. Edição em homenagem ao centenário da Faculdade de Direito da UFBA, coordenada por Antonio Carlos de Oliveira.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996.

_____. Responsabilidade extracontratual do Estado por atos judiciais. *Revista da Faculdade de Direito de Curitiba*, Curitiba, v. 11, n. 9, pp. 57-187, 1995.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico.* v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Juary C. *A Responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos*. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. *Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais*, em RT 351, 1965 (52-66-140-163).

_____. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais*, em RDP 20/178 e 179.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e Estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. (coord.). *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. (coord.). *Processo penal e garantias constitucionais.* São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Juízes irresponsáveis? Uma indagação presente. *RT*, n. 674, São Paulo, *RT*, p. 70-80, dez. 1991.

SOUZA, José Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária. *Ed. Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 652, p. 29-49, fev. 1990.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. Responsabilidade do Estado por erro judiciário. ,n. 21, São Paulo, *RT*, p. 91-101, jan.-mar. 1998.

TÁCITO, Caio. Tendências atuais sobre a responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 55, pp. 262-271, jan./mar., 1959.

TESSEROLI FILHO, Nourmirio Bittencourt. *Teoria dos frutos da árvore envenenada*, Disponível em: http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_8551/artigo_sobre_teoria_dos_ frutos_da_Árvore_envenenada. Acesso em: 13.01.2011.

TESSIER, Georges. *La responsabilité de la puissance publique*. Paris: Paul Dupont, 1906.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 9. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1987.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Teoria geral do Estado.* São Paulo: Forense, 1997.

_____; CAETANO, Flávio Crocce. Competência e prerrogativa de foro em ação civil de improbidade administrativa, In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo

de Rezende (coord.). *Improbidade administrativa*: questões polêmicas e atuais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1987.

TORON, Alberto Zacarias. A Constituição de 1988 e o conceito de bons antecedentes para apelar em liberdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, pp. 70-80, out./dez. 1993.

_____. Diminuição do quadro de instâncias: posição contrária. *Carta Forense, março de 2011*, p. B 26.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Da prisão e da liberdade provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista Dos Tribunais, ano 2, nº 7, julho-setembro de 1994., p. 73.

TROTABAS, Louis. La responsabilité de l'Etat em droit interne e le respect de la propriété privée. In: *Introduction à l'étude Du Droit Comparé. Darmstadt, Detlev Auvermann, 1973, v. 3, PP. 46-53 (Recueil d'études Edouard Lamberty).*

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo:* uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Presunção de inocência e prisão provisória. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre: Fabris, v. 5, n. 2, p. 133-135, 1992.

_____. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade civil do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 24, n. 96, pp. 233-252, 1987.

VENDRAMEL, Aparecida. *Responsabilidade extracontratual do Estado*. São Paulo: Themis, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VILLA, Leguina. *La responsabilidad civil de la administración pública*. Madrid: Tecnos, 1970.

VILLELA, Álvaro. *A revisão no processo criminal*. Coimbra: [s.n.], 1897.

WALD, Arnoldo. Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 30, n. 117, p. 16, jan./mar. 1993.

WALINE, Marcel. *Droit Administratif.* 9. ed. Paris: Sirey, 1963.

WEMBIER, Luiz Rodrigues. A responsabilidade civil do Estado decorrente de atos jurisdicionais. *Revista dos Tribunais,* v. 633, p. 34.

XAVIER, Márcio Coelho. *Fundamentos da responsabilidade civil estatal.* Brasília: OAB, 2005.

ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: RT, 1981.

ZOLA, Émile. *J'accuse!* Paris: Labibliothèque Gallimard, 2003.