

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

ERRO JUDICIÁRIO

Michelle de Freitas Bagli Figueirêdo de Medeiros

Presidente Prudente/SP
2003

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

ERRO JUDICIÁRIO

Michelle de Freitas Bagli Figueirêdo de Medeiros

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente/SP

2003

ERRO JUDICIÁRIO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Jurandir José dos Santos – Orientador

Gilmara P. Fernandes Morh Funes – 1ª Examinadora

Andrei Morh Funes – 2º Examinador

Presidente Prudente, 28 de novembro de 2003

“O direito não é uma simples idéia, é uma força viva. Por isso, a justiça sustenta em uma das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra segura a espada de que serve para o defender. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do direito”

Rudolf Von Ihering – A luta pelo Direito

Dedico aos meus pais, pela vida e pelo exemplo. Ao meu marido, pelo apoio, à minha filha pela compreensão.

Agradecimentos

A realização deste trabalho deve ser compartilhada com diversas pessoas, em especial agradeço:

primeiramente à Deus pela vida e acima de tudo por dar-me forças
para buscar a realização dos meus objetivos;

aos meus pais Gilmar e Fátima, pelo amor, carinho e dedicação,
que sacrificaram e sacrificam seus sonhos em favor dos seus filhos;

aos meus irmãos, Murilo e Micaelle,
por sempre se fazerem presentes na minha vida;

ao Professor Jurandir José dos Santos, que com muita presteza e
serenidade soube conduzir-me durante este trabalho.

aos examinadores, Professores Gilmara e Andrei por aceitarem meu
convite para compor a banca examinadora;

em especial ao meu marido, companheiro e amigo de todas as horas, que
sempre soube me incentivar na realização dos meus ideais;

e à minha amada filha Bruna, que além do meu agradecimento merece
desculpas pelos momentos que precisei estar ausente.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar a Responsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais, através da evolução histórica e no direito comparado. Discute ainda a possibilidade da responsabilização do magistrado.

O trabalho desenvolve os aspectos fundamentais da matéria de Responsabilidade do Estado, dando um enfoque especial ao erro judiciário.

Neste estudo são expostas as hipóteses legais de erro judiciário, suas espécies bem como as suas prováveis causas e a indenização dele decorrente.

A autora buscou através de bibliografia, pesquisa doutrinária e jurisprudencial discorrer também sobre a indenização devida ao indivíduo que foi vítima do erro judicial, sobretudo a abrangência desta indenização que deve incluir tanto os danos materiais (lucros cessantes e danos emergentes) como também os danos morais.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade do estado; Atos judiciais; Erro judiciário; responsabilidade do juiz; Indenização.

ABSTRACT

The present work has for objective the analyze of the Responsibility of the State for the Jurisdictionals Acts, across of the historical evolution and in the comparative law. It still discusses the possibility of the magistrate responsabilization.

The work develops the fundamental aspects of the matter of Responsibility of the State, giving a special focus to the Judiciary error.

In this study plows exposed the legal hypotheses to the Judiciary error, its species, the well, the probable effect and the indemnity resulting of its.

The author looked out for through bibliography, doctrinarian research and jurisprudential say also about the compensation owed to the individual that was victim of judicial error, above all the abrangency of that indemnity that should include the material damage (dismissed profits and emergent damages) like the moral damage too.

KEYWORDS: Responsibility of the State; Judicial acts; judiciary error; magistrate responsibility; Indemnity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1-RESPONSABILIDADE DO ESTADO	11
1.1-Evolução Histórica da Responsabilidade do Estado	11
1.1.1-Teoria da irresponsabilidade	12
1.1.2-Teorias civilistas	14
a) Teoria dos atos de império e atos de gestão	14
b) Teoria da culpa civil ou da responsabilidade civil baseada na relação de preposição	16
1.1.3-Teorias publicistas	17
a) Teoria da falta do serviço público	17
b) Teoria do risco integral	18
c) Teoria do risco administrativo	19
d) Teoria do dano objetivo	20
1.2-Direito Comparado	20
1.3-Fundamentos da Responsabilidade do Estado	23
1.4-Responsabilidade do Estado no Direito Brasileiro	27
2-RESPONSABILIDADE CIVIL	29
2.1- Evolução histórica da responsabilidade civil	29
2.1.1- Fase da vingança privada	29
2.1.2- Responsabilidade aquiliana	30
3- RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS	32
3.1- A Atividade Judicial Danosa	36

4- O ERRO JUDICIÁRIO	39
4.1- Definição de Erro Judiciário	39
4.2- Espécies de Erros Judiciários	40
4.2.1- Erro judiciário penal	44
4.2.2- Erro judiciário não penal	45
4.3- Causas do Erro Judiciário	47
5- INDENIZAÇÃO DO ERRO JUDICIÁRIO	52
5.1- Considerações Gerais	52
5.2- Fundamento Jurídico do Dever de Indenizar do Estado	54
5.3- Responsabilidade do Juiz	56
5.4- Dano Indenizável	58
5.4.1- Dano patrimonial	60
5.4.2- Dano moral	60
5.5- Indenização Decorrente de Ação Pública	62
5.6- Indenização Decorrente de Ação Privada	63
5.7- Isenção do Dever de Indenizar	66
5.8- Ação de Indenização	68
6- CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	78

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado é uma condição de segurança da ordem jurídica em face do serviço público, cujo funcionamento não deve resultar lesão a nenhum bem juridicamente protegido. Este é, aliás, um princípio conceitual do chamado Estado de Direito.

A importância do tema reside no fato de se trabalhar com o Estado em sua razão básica de existência, a garantia dos direitos dos seus cidadãos.

Certos de que o Estado não é segurador universal, mas que nenhuma pessoa pode assumir sozinha o prejuízo por danos injustos praticados pelo Estado ao interesse público, com o presente trabalho pretendeu-se demonstrar que ao cidadão lesado pelo erro judiciário é justa uma indenização.

À princípio, não se pode negar que o cidadão prejudicado pelo funcionamento de um serviço público tem no postulado da igualdade dos encargos, o direito à reparação do prejuízo sofrido.

À propósito, é princípio universal que toda lesão de direito deve ser reparada, razão pela qual não se há de excluir a indenização em face do erro do judiciário. Não se deve esquecer que as restrições que o cidadão sofre são graves e profundas. A marca da injustiça sofrida é, às vezes, tão profunda que uma reparação pecuniária torna-se ínfima.

Nesse contexto está a problemática da responsabilidade do Estado por danos causados ao particular quando no exercício de suas funções, em especial quando decorrentes de atos praticados pelo judiciário.

O que se apresentou, portanto, foi um estudo que versou sobre a responsabilidade do Estado e dos próprios juízes pelos atos judiciais, abrangendo os casos de erro judiciário, a sua indenização e o meio assecuratório para o exercício do direito à reparação.

1 RESPONSABILIDADE DO ESTADO

1.1 Evolução Histórica da Responsabilidade do Estado

Cahali, ao tratar da evolução histórica da responsabilidade do Estado cita Bielsa que com propriedade se refere à evolução da Responsabilidade civil do Estado descrevendo que se desenvolveu em três etapas:

- 1) o prejudicado não tinha nenhuma ação, nem contra o Poder Público, nem contra o causador do dano; em conseqüência, deveria suportar ele próprio o dano causado por aqueles;
- 2) o prejudicado por um ato lesivo, arbitrário ou ilegal do funcionário público podia exercer ação contra este para reclamar a indenização correspondente; se o Estado o indenizasse, poderia aquele exercer ação regressiva contra o agente causador do ato irregular; em alguns sistemas, estabeleceu-se a responsabilidade conjunta ou mesmo solidária de ambos;
- 3) o prejudicado por ato do Poder Público tem ação direta contra o Estado, para demandar a indenização, se o ato se considera como do serviço público, ou por outro motivo a lei o obriga a indenizar. (1996, p. 16-18).

Duez (*apud* CAHALI, 1996, p. 17) traz um outro esquema quando trata da responsabilidade do Estado:

- a) numa primeira fase, a questão inexistia; a irresponsabilidade aparece como axioma, e a existência de uma responsabilidade pecuniária da Administração é considerada como entrave perigoso à execução de seus serviços; na ordem patrimonial, os administrados tem à sua disposição apenas uma ação de responsabilidade civil contra o funcionário;
- b) numa segunda fase, a questão se põe parcialmente no plano civilístico: para a dedução da responsabilidade pecuniária do Poder Público, faz-se apelo às teoria do Código Civil, relativas aos atos dos prepostos e mandatários;
- c) numa terceira fase, a questão se desabrocha e se desenvolve no plano próprio do direito público; uma concepção original, desapegada do direito civil, forma-se progressivamente no quadro jurídico da falta e do risco administrativo.

A responsabilidade extracontratual do Estado tem recebido tratamento diverso no tempo e no espaço. Inúmeras teorias têm sido elaboradas. A regra adotada por muito tempo, da irresponsabilidade absoluta, cedeu terreno, posteriormente, para a responsabilidade subjetiva, vinculada à idéia de culpa. Após, evoluiu-se para a admissão de preceitos próprios, regrados pelo direito público, admitindo-se as teorias da falta do serviço público, do risco administrativo e do dano objetivo.

A doutrina sobre a obrigatoriedade que o Estado tem de recompor o patrimônio diminuído em razão de seus atos, evoluiu da irresponsabilidade para a responsabilidade com culpa (fase civilista) e desta para a responsabilidade sem culpa (fase publicista).

Como bem destaca Odoné Serrano Júnior:

Pode-se demarcar três fases acerca das idéias quanto à responsabilidade do Estado. Foram elas decorrentes das influências do regime político e ideológico dominante. Desta feita, identificamos uma primeira fase, de **irresponsabilidade**; uma segunda fase - **civilista**, e a atual, regida pelo **direito público**. (1996, p. 52)

1.1.1 Teoria da irresponsabilidade

A teoria da irresponsabilidade, também conhecida como Regaliana, teve início na época dos Estados Absolutistas e vigorou durante muito tempo (até meados do séc. XIX), impondo aos particulares lesados a obrigação de suportarem qualquer prejuízo causado pelas atividades da Administração.

O Estado era irresponsável, sendo que o soberano era considerado o representante de Deus na terra, e como tal, vigorava a máxima *The King can do no Wrong*¹ e *Le Roi ne peut mal faire*², em que o rei não podia ser responsabilizado pelos atos de seus subordinados.

¹ Tradução Livre: O Rei não pode errar.

² Tradução livre: O Rei não pode fazer mal.

Desta feita, nem o rei, nem o Estado poderiam ser responsabilizados por danos decorrentes de erros por eles praticados, pois significaria colocá-los ao mesmo nível dos súditos, afrontando a soberania.

Para esta teoria, os prejuízos resultantes de atos ilegais praticados por agentes públicos, no exercício legal de suas funções, deveriam ser suportado pelos particulares, visto que estes atos jamais seriam considerados como atos do Estado.

A total irresponsabilidade do Estado foi apoiada por juristas de porte, como Ruy Barbosa e Pontes de Miranda, que acreditavam que podia o juiz ser processado e punido pessoalmente pelos danos causados, ficando livre, todavia, o erário de qualquer ação indenizatória. Exceção feita, porém aos casos de revisão de sentença penal que, com base em legislação de 1895, previa o ressarcimento de dano causado por sentença errada.

Muitas eram as justificativas³ usadas pelos partidários dessa teoria para defender que a irresponsabilidade do Estado. No campo jurídico, Marcelo Sampaio Siqueira sintetiza as seguintes:

- a) o Chefe do Executivo nunca atentaria contra a ordem jurídica, já que não pratica injustiças, sendo ele o próprio Direito, não pairando qualquer responsabilidade sobre os seus atos;
- b) como o Estado possui como objetivo básico o bem da coletividade, nunca será responsável pelos seus atos, que buscam sempre a satisfação de todos;
- c) o Estado só é representado pelo Chefe de Governo, não podendo ser classificado como atos de Estado os praticados pelos servidores;
- d) o Estado Soberano não pode ser culpado pelas falhas, perdendo esse qualificativo caso houvesse a responsabilidade.(2001, p. 65)

³ “Em Amaro Cavalcanti encontramos minudente crítica dos autores que, a partir da Segunda metade do século passado, procuraram sustentar, com argumentos diversos, a teoria da irresponsabilidade geral do Estado; Em síntese, tais argumentos assim se anunciam: a) quando o Estado exige a obediência de seus súditos, não o faz para fins próprios, mas, justamente, para o bem dos mesmos; logo, de semelhante ato não lhe pode advir qualquer responsabilidade; b) não se justifica a ficção de que os funcionários administrativos sejam órgãos imediatos do Estado e que, em conseqüência, os atos destes devam ser tidos como atos do Estado; este só é representado pelo chefe do governo; c) as relações jurídicas do mandato não podem ser aplicadas por analogia aos servidores do Estado, como se tem pretendido;”(CAHALI, 1996, p.17)

Criticada pela doutrina por sua evidente injustiça, a teoria da irresponsabilidade passou a ser repudiada pelos juristas, e aos poucos foi sendo abandonada pelos legisladores, assim como adverte Yussef Said Cahali:

Na doutrina, pôs-se em evidência que a teoria da irresponsabilidade representava clamorosa injustiça, resolvendo-se na própria negação do Direito: se o Estado se constitui para a tutela do Direito, não tinha sentido que ele próprio o violasse impunemente; o Estado, como sujeito dotado de personalidade, é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, nada justificando a sua irresponsabilidade quando sua atuação falha e seus representantes causam danos aos particulares. (1996, p. 19).

1.1.2 Teorias Civilistas

Com a queda do absolutismo, principalmente após Revolução francesa, substituiu-se a figura do monarca pela do Estado soberano.

À partir do século XIX, sob a influência do liberalismo, passou-se a admitir a responsabilidade do Estado pelos atos culposos de seus agentes, adotou-se os princípios do direito civil baseados na idéia da culpa.

Nesta segunda fase para deduzir uma responsabilidade pecuniária do Poder Público, faz-se remissão aos princípios da responsabilidade por fatos de terceiro, primeiro através da teoria dos atos de império e de gestão, depois com a teoria da culpa civil.

a) Teoria dos atos de império e atos de gestão

Segundo essa teoria, as atividades desempenhadas pelo Estado classificam-se em duas espécies: atos de império e atos de gestão.

Atos de império são aquelas atividades denominadas necessárias ou essenciais à garantia da existência do Poder público, ou seja, quando o Estado age no exercício de sua soberania.

Para Yussef Said Cahali:

[...] agindo o Estado no exercício de sua soberania, na qualidade de poder supremo, supra-individual, 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 a reparação. Quanto aos primeiros o Estado não era considerado responsável, vez que atuava como potestade pública, expressão do poder soberano, devendo a vítima conformar-se com os danos que sofrera. (1996, p. 20)

Já os atos de gestão são atividades facultativas realizadas para satisfazer necessidades sociais, de progresso, bem-estar e cultura. Nestes atos o Estado procedia como uma pessoa privada.

Nesses moldes, o Estado quando praticasse atos de império, estaria agindo no exercício de sua soberania, e desta forma não poderia ser responsabilizado em caso de prejuízo ao particular.

Por outro lado, os atos de gestão se submetiam ao direito comum, pois nestes o Estado equiparava-se ao particular na gestão patrimonial, administrando seu patrimônio como pessoa privada e, nesta qualidade, era responsável pelos prejuízos que causasse. Deveria ficar demonstrada ainda a culpa do funcionário para a indenização fosse devida.

Neste sentido são as palavras trazidas por Yussef Said Cahali:

“Todavia, na prática dos 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, conforme tivesse havido ou não culpa do funcionário: havendo culpa, a indenização seria devida; sem culpa, não haveria ressarcimento do dano. (1996, p. 20)

Embora tenha sido um inegável progresso em relação à teoria da irresponsabilidade, grande foi a oposição a essa teoria, com inúmeras críticas, entre elas as destacadas por Elcio Trujillo (1996, p. 49), a saber: “a necessidade da caracterização da culpa do funcionário a cargo do particular, a individualização do agente culpado, e a divisão da personalidade do Estado”.

As principais críticas versavam sobre a divisão da personalidade jurídica, dizendo que esta não passaria de uma ficção, esse entendimento é resumido nas

palavras de Odoné Serrano Júnior: “o Estado agindo através dos seus agentes políticos ou através de outros agentes públicos, age na qualidade de Estado” (1996, p. 55).

Outro ponto nevrálgico era o fato de que para o lesado pouco importava se aquele ato era de império ou de gestão, pois ambos eram formas da atuação administrativa, e nessa qualidade, havendo lesão, deveriam ser reparados pelo Estado.

b) Teoria da Culpa Civil ou da responsabilidade civil baseada na relação de preposição

Superada completamente a doutrina da irresponsabilidade da Administração, e abandonada a distinção entre atos de império e de gestão, adveio, paralelamente à constituição do Estado Liberal, a doutrina da culpa civil.

A fase da responsabilidade do Estado com culpa civil, também chamada de responsabilidade subjetiva do Estado, tornou a culpa ou dolo do agente público a condição para a responsabilidade patrimonial do Estado.

O agente público atua com culpa quando age com imprudência, imperícia, negligência ou imprevisão e causa um prejuízo a alguém. Dolo de outra parte é a vontade consciente do agente público voltada para a prática de um ato que sabe ser contrário ao Direito. Ambos os comportamentos quando praticados pelo agente público causando dano a terceiros enseja a obrigação de indenizar por parte do Estado.

Segundo essa teoria, a responsabilidade civil do Estado/Administração, desde que demonstrada a culpa, está embasada numa relação de preposição entre o agente público e o Estado.

Como assevera Odoné Serrano Júnior: “Equiparava-se a responsabilidade do Estado à do patrão ou comitente pelos atos dos empregados ou prepostos” (1996, p. 55).

Esse entendimento foi consagrado em nosso ordenamento no art. 43 do Código Civil de 2002, que assim prescreve:

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

Essa solução civilista, embora tenha representado um grande progresso em relação à teoria da irresponsabilidade, não foi capaz de satisfazer os interesses da Justiça, visto que os lesados tinham que demonstrar, além do dano, a situação culposa do agente estatal para que pudessem ter o dano indenizado.

Cahali destaca que o pressuposto da culpa, como condição de responsabilidade civil do Estado, acabou se definindo como injustificável principalmente naqueles casos de culpa anônima da administração. Nestes casos o conceito de culpa civilística já não bastava para explicar o dano que teria resultado da falha da máquina administrativa, havendo a necessidade de recorrer-se a uma concepção de culpa publicista.

Devido à inaplicabilidade dos princípios da teoria da culpa civil, a doutrina procurou centrar a obrigação de indenizar na culpa do serviço, ou, segundo os franceses, na chamada “faute du service”. À partir daí, começou uma transição da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva, onde não mais se indaga sobre a culpa subjetiva do agente, mas perquire-se quanto à falta objetiva do serviço.

1.1.3 Teorias Publicistas

a) Teoria da Falta do Serviço Público

Esta teoria restringe-se ao fato da responsabilidade do Estado em não prover adequadamente o bom funcionamento da justiça, ocasionando, por sua

omissão e falta de recursos materiais e pessoais adequados, estorvos ao pontual cumprimento dos deveres de seus juízes.

Em tais casos, o Estado – pai de todos – não acionou convenientemente a engrenagem do serviço público judiciário, nem proporcionou à parte a prestação jurisdicional a que estava obrigado, havendo em casos dessa natureza, inegável falta do serviço.

Esta teoria desvincula o dever de indenizar do Estado, por atos praticados com culpa do funcionário. Neste sentido, Marcelo Sampaio Siqueira preconiza que:

Não é essencial a prova de que o funcionário tenha agido culposamente, bastando se comprovar que o serviço devido não ocorreu, funcionou atrasado ou funcionou mal, acarretando dano ao administrado, consumidor do serviço público, e gerando como conseqüência a responsabilidade estatal. (2001, p. 68)

Para o êxito desta teoria, o pedido de indenização ficava condicionado à demonstração do dano sofrido por parte do lesado, e, também, da culpa da administração pela falta do serviço.

Com o passar do tempo, esta teoria ficou ultrapassada para os anseios de justiça, e procurou-se então novos critérios capazes de responsabilizar o Estado de forma objetiva, foi então que surgiu a teoria do risco administrativo.

b) Teoria do Risco administrativo

Essa teoria veio ampliar a proteção do administrado, vez que basta a comprovação do dano causado pelo Estado, sendo desnecessário demonstrar a culpa do agente ou do serviço.

Pela teoria do risco administrativo basta tão só o ato lesivo e injusto imputável à Administração Pública. Não se indaga da culpa do Poder Público mesmo porque ela é inferida do ato lesivo da Administração. Basta a

comprovação pela vítima, do fato danoso e injusto decorrente de ação ou omissão do agente público.

Portanto, sob essa teoria, a obrigação de indenização surge tão só da equação: FATO + DANO + NEXO CAUSAL. Não se indaga mais sobre qualquer intenção do agente ou ocorrência de serviço da Administração

Embora dispense a prova da culpa da Administração (por presumi-la), a teoria do risco administrativo admite a prova da culpa da vítima para eximir-se da responsabilidade ou atenuá-la, nos casos de culpa concorrente ou exclusiva. Este é o ponto chave que diferencia a teoria do risco administrativo da teoria do risco integral.

c) Teoria do Risco Integral

A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo.

Por essa teoria, o Estado responde, invariavelmente, pelos atos que os seus agentes pratiquem no exercício regular ou irregular de suas funções. O laço causal entre o dano e o ato ou omissão do agente do Poder Público, desde que este tenha agido na esfera de suas atribuições, determina a responsabilidade do Estado, sem que se faça necessário indagar a existência da culpa em qualquer de seus graus.

O fundamento desta teoria é o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. Sendo assim, se, o Estado, ao realizar seus objetivos, prejudica inevitavelmente o patrimônio ou o direito de alguns dos membros da comunidade, é justo e razoável, que toda a sociedade componha os danos assim verificados.

Assim, o Estado responde não somente pelos danos ocasionados pelo funcionamento normal dos serviços públicos, isto é, quando não houve falta ou não se verificou nenhuma culpa por parte dos seus agentes, como também pelos danos resultantes de faltas, erros ou atos culposos praticados pelos seus representantes, por ocasião ou por motivo do funcionamento dos serviços, conforme é lição da doutrina.

Insta salientar conforme Rui Stoco que “por esta fórmula radical a Administração estaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiro, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima.” (2001, p.750)

Tal aspecto é alvo de críticas por parte da doutrina, visto que conduz ao abuso e à iniquidade social, pois segundo essa teoria basta provar que o dano foi decorrente do serviço público para que o Estado tenha o dever de indenizar.

d) Teoria do Dano Objetivo

A teoria do dano objetivo deriva do princípio da equânime repartição dos encargos públicos, no qual as conseqüências danosas do funcionamento do serviço público deve ser distribuído por toda a coletividade.

Odoné Serrano Júnior (1996, p.60) fundamenta essa teoria dizendo que os danos que advém do desempenho de atividades estatais lícitas e regulares, que visam atender a interesses da sociedade, devem ser indenizados, não sendo justo que, somente algumas pessoas sofram com o efeito lesivo, oriundo de atividade exercida em benefício de todos.

O dano objetivo provém de uma atuação estatal comissiva lícita, encontrando sua indenização fundamento no princípio basilar da igualdade, evitando um empobrecimento injusto do lesado. E exemplificando, podemos citar o caso trazido por Hely Lopes Meirelles: “se na abertura de um túnel ou de uma galeira de águas pluviais o só fato da obra causar danos aos particulares, por estes danos responde objetivamente a Administração que ordenou os serviços.” (1994, p. 563)

1.2 Direito Comparado

Cada sistema jurídico apresenta a matéria segundo sua estrutura político-administrativa, em função da harmonia de seus poderes soberanos, da sua filosofia jurídica, de sua formação e de seus preceitos tradicionais.

Para Yussef Said Cahalli:

[...] pode-se dizer que os diversos sistemas legislativos caracterizam-se por um movimento acelerado, a partir de meados do século passado, no sentido do reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, abandonando paulatinamente, mas definitivamente os privilégios antes outorgados ao Estado irresponsável. (1996, p. 24)

As últimas resistências representadas pelos países da “Common Law” acabaram sendo finalmente superadas.

Na Inglaterra de acordo com o “Crown proceedings act” de 1947, previu-se a responsabilidade da coroa pelos atos culposos dos agentes públicos que desempenham funções judiciais. Porém na responsabilidade por atos do juiz continua prevalecendo a tese da irresponsabilidade, embora em alguns casos já se tenha responsabilizado o juiz por danos causados ao particular.

Já nos Estados Unidos, pelo Federal Tort Claim Act de 1946, admitiu-se a responsabilidade do Estado por danos decorrente de atos culposos ou abusivos dos agentes públicos, ainda que com ressalvas enumeradas em lei.

Por outro lado nos países que adotaram o sistema do “Civil Law”, constata-se que vem sendo enterrado o princípio da imunidade estatal. Dessa forma vem-se firmando que a responsabilidade do Estado deve ser a mais ampla possível, abrangendo o erro judiciário criminal, bem como outras hipóteses de funcionamento defeituoso da justiça.

As constituições do Chile, Peru, Argentina e Portugal adotaram o direito a indenização para as vítimas de erro judiciário penal.

Outros países como Espanha, Itália, França e Polônia admitem a responsabilidade do Estado, mesmo fora dos casos do erro judiciário.

No direito francês o réu que tem sua inocência decretada em revisão criminal, terá direito a uma reparação moral e pecuniária. A reparação moral consiste em uma publicidade legal e judiciária dada ao julgamento ou acórdão, de modo a demonstrar publicamente a inocência do condenado. É feita publicação da decisão revisada às custas do Estado. A reparação pecuniária abrange a indenização das perdas e danos.

Elcio Trujillo salienta que:

Na França, por obra do Conselho de Estado é que se estruturou a teoria da responsabilidade no campo do Direito Público, caracterizando esse Estado por uma constante ampliação desse instituto, um constante aperfeiçoamento técnico da teoria das relações entre administração, seus agentes e os administrados, vítima dos danos e ainda, uma delimitação da responsabilidade administrativa, como teoria autônoma. (1996, p. 65)

Na França a lei abarca a responsabilidade patrimonial do Estado no âmbito civil, penal e comercial e pressupõe o funcionamento defeituoso do serviço público da justiça que abrange tantos as falhas pessoais dos juízes como também as faltas de serviço não decorrentes de falta pessoal.

Na Itália com a implantação da República, passou-se a ofertar ao Estado maior responsabilidade. O direito italiano seguiu basicamente a orientação francesa, adotando a responsabilidade direta do Estado, fundada em princípios de Direito Público.

Na Alemanha a doutrina e a jurisprudência também tiveram papel preponderante na construção da proteção do particular prejudicado, só que de maneira mais tímida, a legislação e a jurisprudência limitaram-se a considerar como pressuposto do dever de reparação a culpa da administração, adotada, porém, de forma mais restrita do que acontece na Itália e na França. No direito alemão a vítima de danos decorrentes da atividade jurisdicional deve acionar o Estado e não o juiz. Este somente poderá responder se o Estado exercer o direito regressivo.

Em qualquer caso, nota-se a forte tendência mundial de responsabilizar o Estado – concorrente ou exclusivamente – pelos atos judiciais danosos.

Todos esses sistemas tiveram como ponto de partida a adoção dos princípios privatísticos de modo a estender ao Estado a responsabilidade pelo ato ilícito de seu funcionário, esteja ele na condição de seu funcionário, esteja ele na condição de seu representante ou de preposto.

Em seguida, os princípios privatísticos foram sendo superados, à medida que os princípios publicísticos foram se consagrando.

Nessas condições cada sistema jurídico procurou definir a responsabilidade do Estado segundo critérios próprios, seja adotando a responsabilidade direta, ou a solidária; seja adotando a responsabilidade subjetiva ou a objetiva.

1.3 Fundamentos da Responsabilidade do Estado

Superadas as fases da irresponsabilidade estatal e da responsabilidade somente em caso de culpa ou dolo dos seus agentes, não resta dúvida de que o Estado deve indenizar os danos decorrentes da atividade administrativa, porém, dada à diversidade das fontes obrigacionais, faz-se necessário perquirir-se quais são os fundamentos dessa responsabilidade.

O desenvolvimento teórico, elaborado pela doutrina e pela jurisprudência, acerca da responsabilidade do Poder Público, funda-se em razões de justiça e de solidariedade social. Não se pode permitir que apenas uma pessoa suporte o dano causado pelo funcionamento de um serviço público que aproveita à toda coletividade.

Rui Stoco (2001, p. 750) destaca que “a idéia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito”, que “exsurge como mero corolário da submissão do Poder Público ao Direito”.

A responsabilidade do Estado é uma condição de segurança da ordem jurídica em face do serviço público, cujo funcionamento não deve resultar lesão a nenhum bem juridicamente protegido. Este, aliás, é um princípio conceitual do chamado Estado de Direito.

Apura-se, em tempos atuais, a tendência preponderante de considerar como fundamento da responsabilidade do Estado os princípios da legalidade e da igualdade, o primeiro, relativo aos atos ilícitos, e o segundo, característico das atividades lícitas.

Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que os fundamentos da responsabilidade civil do Estado estão bipartidos da seguinte forma:

a) No caso de comportamento ilícito, comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar, já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade.

b) No caso de comportamento lícito, assim como na hipótese de dano ligado a situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso – entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. Do seguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito. (1998, p. 338)

Sintetizando, pode-se dizer que essa responsabilidade patrimonial do Estado, quando decorrente de ato ilícito fundamenta-se na própria violação do princípio da legalidade pois se entende que o Estado descumpriu a lei. E, no caso de ato lícito, a responsabilidade por danos causados a terceiros é socializada, sendo os prejuízos repartidos com a sociedade, fundamentando-se no princípio da igualdade de encargos.

Zulmar Fachin sintetiza que:

[...] tendo sido adotada pelo Direito brasileiro a teoria objetiva, na modalidade do risco administrativo basta o rompimento do princípio da igualdade para que o Estado seja compelido a indenizar os prejuízos causados ao particular. Não é necessário que a norma jurídica seja violada: basta que o Estado tenha sido o causador do dano. (2001, p. 93)

Em seu processo evolutivo, como ficou evidenciado, a responsabilidade do Estado teve a informá-la diferentes princípios e teorias. Passou por uma longa evolução até chegar no estágio atual da responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco administrativo⁴.

⁴ RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 107, DA CF/69. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. 1. A CF/69, art. 107, adotou a teoria do risco administrativo e não a teoria do risco integral. 2. O 'risco administrativo' ao contrário do 'integral' não induz a que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano sofrido pelo particular, significa apenas que a vítima fica dispensada da prova da culpa da administração, podendo esta, todavia, demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, com o que ficará eximida total ou parcialmente da responsabilidade de indenizar. 3. Remessa desprovida. (Remessa Ex-Ofício nº 116485/90-BA, TRF 1ª Região, Relator Juiz Gomes da Silva, DJU 02.04.91, p. 6135)

Stoco (2001, p. 760) leciona que por esta teoria “o Estado responde pela reparação dos danos causados pelos seus serviços, em virtude de seu mau funcionamento, ainda que não se verifique culpa de seus encarregados ou prepostos”.

A fim de justificar a responsabilidade objetiva do Estado pode-se destacar algumas teoria:

- Teoria do Sacrifício Especial: Elcio Trujillo diz que essa teoria foi:

[...] desenvolvida por Otto Mayer à partir do princípio da equidade estabelece a obrigação de indenizar do Estado, quando o indivíduo é atingido pela atividade pública, lícita ou não, submetendo-o a um prejuízo desigual ao dos outros, sobre a forma da privação patrimonial e correspondente ao enriquecimento sem causa. O sacrifício especial surge quando o indivíduo é afetado de maneira desigual e desproporcional por prejuízos que extrapolam os prejuízos normais, impostos e todos, como decorrentes da relação administração-administrado, em um sistema de perdas e garantias recíprocas, condição de existência do próprio Estado. O sacrifício generaliza-se através da compensação que se faz por meio de indenização originária de um fundo comum.(1996, p. 57)

- Teoria da Igualdade dos encargos Públicos: Tem por expoente Tiraud, Leissier e Duez e fundamenta-se no princípio elevado à categoria de garantia constitucional da igualdade de todos na repartição dos encargos públicos. Os cidadãos não podem sofrer uns mais que os outros pelas cargas exigidas no interesse comum e assim, o dano excepcional imposto do particular deve ser suportado por todos, salvo disposição legal. A lei estabelece as condições em que cada indivíduo deve contribuir de acordo com suas faculdades, respeitadas as normas superiores de justiça distributiva. A maioria dos partidários dessa teoria invoca a sua aplicação de forma ampla para fundamentar a obrigação estatal de reparar os danos ocasionados pelas atividades públicas, sejam elas lícitas ou ilícitas.

- Teoria do Seguro Social: Sustentada por Duguit que considera a obrigação de indenizar do Estado edificada na idéia de um seguro social a cargo do erário comum, em benefício de todos aqueles que sofram prejuízos resultantes do funcionamento dos serviços públicos, já que são exercidos no interesse de toda a coletividade. O fundamento dessa teoria é a “segurança social”, ficando o estado obrigado a reparar os danos causados aos administrados, independente da qualidade do serviço.

Canotilho salienta os fundamentos utilizados por Orlando e por Cunha Gonçalves, ambos ligados às correntes objetivistas: Cita que o primeiro, com a “idéia de lesão” pretende o abandono da culpa ou ilicitude da conduta lesiva pela responsabilidade, concentrando-se, exclusivamente, na lesão de um direito. O segundo, com a “idéia do risco”, propõe a substituição da culpa por um critério mais moderno pelo qual “todo dano deve ser reparado por quem se arriscar, com ou sem intenção de tirar proveito, a exercer por si, por via de outrem, uma atividade qualquer positiva ou negativa da qual podia resultar esse dano”, ou seja, o critério do risco. (*apud* TRUJILLO, 1996, p. 58)

Em sua obra Rui Stoco cita as palavras proferidas por José de Aguiar Dias publicadas pela Revista Forense vol. 115, p. 355, dignas de transcrição:

O fundamento primário da responsabilidade civil é o princípio da restituição, isto é, a contemplação da manutenção do equilíbrio social, que se afere de acordo com a ordem jurídico-política vigente. É esse o sentido em que deve ser entendida a responsabilidade civil do Estado. Vem ela a ser, pois, a obrigação, a cargo do Poder Público, de reparar o dano por ele causado, restabelecendo, por meio de indenização adequada, o equilíbrio econômico rompido pelo prejuízo. (2001, p. 761)

Diante de tais fundamentos da responsabilidade do Estado, resta observar que o dever de reparar o dano é sustentado pela teoria do risco administrativo. Neste diapasão Rui Stoco diz que:

[...] opondo-se à teoria do risco integral, a teoria do risco administrativo estabelece o princípio da responsabilidade objetiva mitigada ou temperada, ou seja, que permite discussão em torno de causas outras que excluam a responsabilidade objetiva do Estado, nas hipóteses de inexistência do elemento causal ou nexa de causalidade. Assim, essa

responsabilidade objetiva do Estado pode ser reduzida ou excluída conforme haja culpa concorrente do particular, ou tenha sido este o responsável exclusivo pelo evento e, ainda, nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, em que também ocorre o rompimento do liame causal (2001, p. 761)

Enfim, o Estado tem o dever de indenizar os danos que causar sob o fundamento da teoria objetiva na modalidade de risco administrativo.

1.4 Responsabilidade do Estado no Direito Brasileiro

A responsabilidade do Estado percorreu no Brasil caminho semelhante ao do resto do mundo. A primeira Constituição Federal do Estado Brasileiro, datada de 1824, continha disposição obrigando à indenização de abusos e omissões, porém a imposição recaía sobre o funcionário público, e não sobre o Estado, visto que vigorava a teoria da irresponsabilidade.

Com a Constituição de 1934, no art. 171, ficou estabelecido que os funcionários públicos seriam responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos.

A solidariedade foi afastada na Constituição de 1946, quando foi admitida a responsabilidade objetiva do Estado no seu art. 194, que previa: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nesta qualidade, causem a terceiros”.

A teoria objetiva implicou na desnecessidade da prova de culpa ou dolo, dando lugar à fixação do nexo causal entre o efeito lesivo e a atuação do agente público.

Essa teoria foi repetida na Carta de 1967 (art. 105), na de 1969 (art. 107) e chega aos dias atuais no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988 nos seguintes termos:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores 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.

Paralelamente às disposições constitucionais, subsistiu o art. 15 do Código Civil de 1916, que assim dispunha:

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

A redação deste artigo por considerar-se ambígua deu margem ao surgimento de controvérsia, sendo que alguns autores, como Aguiar Dias (*apud* CAHALI, 1996, p. 29), entenderam que as expressões “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei” contidas no artigo poderiam ser entendidas como significativas de culpa do funcionário.

A falta de técnica legislativa do art. 15 do Código Civil de 1916 propiciou larga divergência na sua aplicação e interpretação, variando a opinião de juristas entre aqueles que viam a exigência de demonstração da culpa para a configuração da responsabilidade estatal e aqueles que já admitiam a moderna teoria do risco que possibilitava a responsabilidade sem culpa em determinados casos de atuação lesiva do Estado.

Com o Código Civil de 2002 (art. 43) essa discussão fica superada, pois foi dada nova redação ao art. 15, sendo suprida a expressão causadora da celeuma, para abarcar os casos de danos causados por agentes públicos causadores de danos, independente da presença da culpa.

Também o art. 37, § 6º da Constituição Federal foi omissivo quanto ao elemento subjetivo, devendo as entidades previstas no artigo reparar o dano mesmo sem culpa do agente público.

A mesma orientação da doutrina mais moderna vem sendo adotada de maneira uniforme pela jurisprudência mais recente, orientando que a responsabilidade do Estado é objetiva na obrigação de indenizar.

A individualização da culpa ou dolo do agente público passou a interessar apenas para os fins de regresso, sem que seja afetada a responsabilidade do Estado perante o terceiro prejudicado.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.1 Evolução Histórica da Responsabilidade Civil

Etimologicamente, responsabilidade deriva do latim *respondere*, responder, e deste sentido surge seu significado técnico-jurídico, ou seja, responsabilizar-se, tornar-se responsável, ser obrigado a responder.

A responsabilidade civil surge no direito como um instituto com uma função precípua: a de reparar dano, fazendo recolocar-se o prejudicado no *status quo ante*, buscando-se o equilíbrio econômico-jurídico que fora atingido.

A responsabilidade se dá a partir do ato que viola o dever imposto por uma relação jurídica já existente entre o causador do dano e a vítima.

Pode-se afirmar que até certo ponto a responsabilidade civil confunde-se com a história da pena, o que só começou a mudar no Direito Romano, como adiante se analisará.

2.1.1 Fase da Vingança Privada

Visando a harmonia e a paz social, o homem sempre repudiou os atos lesivos que causassem prejuízo na esfera patrimonial, tanto individual quanto coletiva. Neste diapasão é que está motivada a responsabilidade civil.

Primeiramente a responsabilidade civil visou tão-somente punir todo aquele que causasse diminuição patrimonial a outrem, sem com isso reparar o dano, sendo tal punição dissociada da composição patrimonial pretendida pelo lesado.

Essa primeira fase é chamada de fase da vingança privada, exemplificada pelas penas do Talião, que preconizavam a retribuição do mal pelo mal. A Lei Mosaica introduziu o princípio da proporcionalidade entre a pena e o delito, sendo que nesta fase a responsabilidade era objetiva, necessitando apenas, que fosse comprovada a autoria e a existência de dano, sem questionar a culpa.

Num outro momento, ingressou-se na fase em que era proibido ao lesado fazer justiça pelas próprias mãos e qualquer prejuízo patrimonial sofrido por ele era causa para efetivar o direito a reparação do dano. Segundo Arnaldo Quirino (1999. p. 46), “desse avanço jurídico surgiu a Lei Aquília, como principal instrumento de equidade nas relações jurídicas de sua época, e cujas bases lançadas acerca da responsabilidade civil são notadas até hoje pelo Direito”.

2.1.2 Responsabilidade Aquiliana

A Lei Aquília trouxe para o direito romano noções modernas e mais justas, em contraposição à Lei do Talião, superando a idéia de que o mal causado deve ser reparado por outro mal igual, a ser experimentado pelo ofensor, trazendo uma nova fundamentação para a reparação: “a todo mal causado deve corresponder uma pena pecuniária, que pelo seu pagamento ao ofendido, corresponda verdadeiramente a reparação do dano que fora causado” (QUIRINO, 1999, p.47).

Com a Lex Aquília previu-se que, a cargo do autor do dano ficaria prescrito o pagamento de uma sanção pecuniária em favor da vítima.

Surgiram então os pressupostos para que o dano pudesse ser ressarcido: a *injúria*, a *culpa* e o *damnum*. Para Quirino (1999, p.47) a injúria determinava que o dano deveria decorrer de ato contrário ao direito. Estaria afastado o delito caso fosse cometido em legítima defesa ou estado de necessidade. A culpa ficaria configurada pela prática de ato positivo do autor da ação e, portanto, a omissão não importava na caracterização da culpa. Já o *damnum* era aquele causado diretamente pelo agente e de forma efetiva sobre a coisa; o dano considerado era somente o material.

Com o passar do tempo passou-se a admitir também a reparabilidade do dano material causado de forma indireta pelo agente, abrangendo ainda, tanto os danos emergentes (*damnum emergens*), quanto os lucros cessantes (*lucrum cessans*).

A Lei Aquiliana trouxe grande progresso, visto que após seu advento o ressarcimento por perdas e danos ganhou maior efetividade, e, ainda hoje seus fundamentos continuam surtindo efeito, especialmente no que tange a um de seus pressupostos que é a culpa.

O surgimento da idéia de culpa consolidou a culpa aquiliana, porém os juristas romanos não conseguiram separar as noções de culpa e injúria, sendo que em decorrência desta confusão viram-se obrigados a reconhecer que o autor do dano tivesse sempre agido com culpa, pouco importando seu grau.

Em entendimento contraposto está o posicionamento de Aguiar Dias, que afirma que no direito romano predominou, mesmo após a Lei Aquilia, o princípio da responsabilidade objetiva, desvinculada de qualquer grau de culpa.

3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS

Há grandes divergências sobre a responsabilidade do Estado na atividade jurisdicional.

Recentemente vem-se acentuando as correntes doutrinárias no sentido de reconhecer a responsabilidade do Estado pelos danos conseqüentes de suas falhas e omissões na prestação jurisdicional.

Para a doutrina mais moderna se da administração da justiça resulta dano ao particular, o Estado será obrigado a indenizar, respeitando o disposto no art. 37, § 6º da Constituição Federal, isso não fere a independência da atividade judicante, nem a eficácia da coisa julgada, princípios que via de regra são colocados como obstáculo para o reconhecimento da responsabilidade estatal pelos atos judiciais.

Essa corrente doutrinária é abarcada por autores como Juary C. Silva, Cretella Júnior, Lafayette Ponde e Yussef Said Cahalli, que defendem ser admissível o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais.

Defendendo esta tese está Cretella Júnior ao afirmar:

Não militam a favor da irresponsabilidade do Estado, por atos judiciais, nem o argumento da soberania, nem o da incontrastabilidade da coisa julgada pode ser atacada no cível pela rescisória, ou pela revisão no crime. (1980, p. 222)

Observa-se também que a atividade jurisdicional é exteriorização do exercício do poder do Estado, e nesta condição deve sujeita-se à mesma obrigação e responsabilidade atribuída às demais atividades exercidas pelos dois outros poderes, quando seus agentes causam danos a terceiros.

Além disso, o juiz como agente público, fica submetido à regra constitucional do art. 37, § 6º, respondendo a Fazenda Pública pelos atos de seus agentes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros.

Por outro lado, posicionam-se aqueles que defendem a irresponsabilidade do Estado.

De uma forma geral, são as seguintes as mais sérias razões em que se fundamentam aqueles que entendem que os danos decorrentes de atos jurisdicionais não geram responsabilidade estatal:

- **Soberania do Poder Judiciário.** Os defensores desta corrente aduzem que as decisões judiciais como manifestações da soberania estatal, não teriam aptidão a provocar danos, inexistindo a obrigação de indenizar. Assim, só restaria ao lesado o acionamento direto do magistrado.

De modo a refutar tal entendimento não se pode admitir que um órgão estatal, sob o argumento da Soberania, esteja isento de qualquer forma de controle ou responsabilidade. Não existe contradição entre *responsabilidade* e a *soberania*, ou seja, uma não exclui a outra, pois se assim fosse, nenhum ato estatal geraria responsabilidade, vez que todos promanam de algum dos Poderes do Estado.

- **Incontrastabilidade da coisa julgada.** Sem dúvida este é o mais forte dos argumentos em favor da imunidade dos atos jurisdicionais, baseado no princípio da unidade da jurisdição, da segurança jurídica e da preclusão. Segundo esta corrente, a coisa julgada gera como efeito, a imutabilidade da decisão. Assim, se a decisão torna-se imutável não se pode admitir o ressarcimento diante de eventual prejuízo, dado que a coisa julgada faz lei entre as partes.

Essa justificativa é rebatida sustentando-se que nem todos os atos judiciais danosos podem ser acobertados pelo manto da coisa julgada, vez que não são provenientes de sentença, mas de provimentos interlocutórios.

Necessário fazer a distinção entre coisa julgada e coisa soberanamente julgada, sendo certo que apenas a última é alvo da imutabilidade protegida constitucionalmente (art. 5º, inc. XXXVI).

A primeira categoria de coisa julgada é aquela em que a decisão ainda pode ser atacada através de ação de impugnação (Rescisória ou Revisão Criminal), enquanto que a coisa soberanamente julgada é aquela em que não pode mais ser desconstituída por decorrência do prazo prescricional. Sob esse entendimento, a coisa soberanamente julgada deve ser respeitada.

Cabe salientar que a coisa julgada não atinge terceiros, estranhos à lide.

Além disso, deve-se observar a existência da ação de impugnação cível denominada ação rescisória deve ser ajuizada no prazo de 02 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão (art. 495⁵ do Código de Processo Civil) e do meio de impugnação penal denominada revisão criminal, a qual poderá ser requerida a qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após (art. 622⁶ do Código de Processo Penal).

A coisa julgada oferece segurança às relações jurídicas, no entanto ela não pode ser invocada para eximir o Estado de cumprir com o dever de indenizar. Neste sentido são as palavras de Zulmar Fachim: “A segurança é um bem precioso. A justiça também o é. Estes valores fundamentais da vida humana precisam ser conciliados”. (2001, p. 173)

- **Ausência de texto legal expreso.** Esta alegação é fundada na excepcionalidade da responsabilidade estatal pelos atos judiciais, restrita aos casos expressamente previstos em lei, como é o caso do erro judiciário subentendido no art. 5º, LXXV da Constituição Federal. Contrariando este argumento os doutrinadores invocam a previsão genérica constitucional do § 6.º do art. 37, que não excluiu nenhum ato de seus agentes, e desta forma pode ser invocado em caso de danos causados por atos judiciais.

Dada a precisão dos termos, eis o posicionamento do Prof. Canotilho:

Não obstante as reticências da jurisprudência portuguesa, a orientação mais recente de alguns países vai no sentido de consagrar a responsabilidade dos magistrados (de tribunais individuais e colectivos) quando a sua actividade dolosa ou gravemente negligente provoca um dano injusto aos particulares. Sob pena de paralisar o funcionamento da justiça e perturbar a independência dos juízes, impõe-se aqui um regime particularmente cauteloso, afastando, desde logo, qualquer hipótese de responsabilidade por actos de interpretação das normas de direito e pela valoração dos factos e da prova. Por outro lado, é duvidoso que, fora dos casos de responsabilidade penal e disciplinar do juiz, se possa admitir a responsabilidade civil do juiz com a conseqüente possibilidade de direito de regresso por parte do Estado. No entanto, podem descortinar-se hipóteses de responsabilidade do Estado por actos ilícitos dos juízes e outros magistrados quando: (1) houver grave violação da lei resultante de "negligência grosseira"; (2) afirmação de factos cuja inexistência é manifestamente comprovada pelo processo; (3) negação de factos, cuja

⁵ Art. 495: O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

⁶ Art. 622: A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após.

existência resulta indesmentivelmente dos actos do processo; (4) adopção de medidas privativas da liberdade fora dos casos previstos na lei; (5) denegação da justiça resultante da recusa, omissão ou atraso do magistrado no cumprimento dos seus deveres funcionais. Foi neste sentido que se orientou a lei italiana de 13 de abril de 1988, nº 117, depois de uma consulta referendista. No mesmo sentido, pode ver-se a lei francesa de 5 de julho de 1972, artigo 11º, relativa à reparação de danos provocados pelo funcionamento "defeituoso" do serviço de justiça, existindo "falta grave" (culpa) ou denegação da justiça" (2001, p. 495)

Dentre os casos capazes de resultar em responsabilidade do estado por atos jurisdicionais está o erro judiciário.

No que tange ao erro judiciário é pacífica a sua reparabilidade pelo Estado, isso porque a Constituição Federal foi clara ao assegurar a indenização não só do erro judiciário, como também da indevida privação de liberdade.

O art. 5º, inc. LXXV deixa explícita a responsabilidade estatal, já consagrada de forma genérica pelo art. 37, § 6º da CF, de modo que não restam dúvidas da indenização pelo Estado, dos erros e falhas do serviço judiciário.

- **Falibilidade contingencial dos juízes.** Por essa tese, o Estado ficaria isento de qualquer responsabilidade por atos lesivos aos jurisdicionados fundado no fato de que o juiz, em decorrência da sua característica de humano e falível, pode cometer erros no exercício de sua função. Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José Guilherme de Souza são dois dos vários doutrinadores consagrados que não aceitam o argumento da falibilidade dos juízes como eximente da responsabilidade patrimonial.

- **Risco do serviço assumido pelo jurisdicionado.** Segundo essa teoria o Estado não responde pelos danos causados pela atividade jurisdicional porque o jurisdicionado, ao deduzir em juízo sua pretensão, assume o risco da atividade jurisdicional. Essa teoria não prevalece, pois como defende Zulmar Fachin (2001, p. 177) o serviço judiciário é um serviço público e os riscos pelos danos ocasionados pelo serviço público jurisdicional são do Estado e não do jurisdicionado.

- **Independência do juiz.** Para os defensores desta teoria admitir-se a responsabilidade por atos jurisdicionais seria tornar o juiz inseguro e temeroso, limitando a sua liberdade no exercício de suas atribuições. Porém responsabilizar-

se o Estado não atinge o juiz que continuará sendo independente no exercício de sua função e o Estado que será o responsável pelos danos daí decorrentes.

3.1 A Atividade Judicial Danosa

Inúmeros são os danos que podem advir da atividade judiciária. E, deste modo pode-se apontar algumas espécies de atividades judiciais danosas:

- a) erro judiciário;
- b) denegação de justiça;
- c) serviço judiciário defeituoso;
- d) dolo ou culpa do juiz.

Um mau desempenho do agente judiciário causa vastos danos aos jurisdicionados, ao Estado, à sociedade, ao prestígio da justiça e da classe dos magistrados.

Para Luíz Antônio Soares Hentz quando ocorrem danos oriundos da atividade jurisdicional do Estado, a preocupação deve ser sempre maior por duas ordens de raciocínio:

[...] primeiro, porque os órgãos incumbidos da realização da justiça não podem ser causas de injustiças, o que se explica pela natureza teleológica sob o prisma do destinatário da atuação estatal; em segundo lugar, pelo avanço da dogmática jurídica na aplicação da lei, a exigir inevitável aumento da criatividade da função judiciária. (1995, p. 57-8).

Veja-se aqui alguns exemplos onde os atos judiciais acarretam a responsabilidade do Estado, são eles: a prisão preventiva decretada contra quem não praticou crime; 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 inconstitucionalidade e a ausência de legalidade da decisão proferida pelo juiz; o abuso de autoridade e principalmente o erro judiciário.

Para os magistrados, o art. 133 do CPC prevê a sua responsabilidade pessoal por perdas e danos nos casos de dolo, fraude, recusa, omissão e retardamento injustificado por parte do juiz. Em geral, a responsabilidade do magistrado pode ser analisada sob diferentes aspectos: em face de um delito cometido no exercício da sua função (por exemplo, a corrupção), ou em face de uma falta ou simplesmente um erro.

Essa previsão de responsabilidade pessoal do magistrado é taxativa, portanto, para ser responsabilizado o juiz deve ter agido com dolo, fraude ou culpa na modalidade de negligência (“recusar, omitir ou retardar”).

O inciso I do art. 133 refere-se às violações intencionais por parte do magistrado ocorridas quando o juiz não julga, julga mal ou tumultua o processo por interesse próprio ou alheio.

O dolo do juiz consiste na vontade livre e consciente de violar a lei, no intuito de prejudicar o jurisdicionado em proveito de outrem. Já a fraude quer indicar qualquer ato ilícito praticado pelo juiz.

O inciso II do art. 133 do CPC, trata dos casos em que o juiz, sem justo motivo, recusa, omite ou retarda providência a ser tomada.

Para a caracterização da inércia, diz o parágrafo único do referido artigo, é necessário que a parte requeira, por intermédio do escrivão, a prática do ato e o juiz, mesmo assim, não o faça dentro de 10 (dez) dias.

Diante da sistemática do art. 37, § 6º da CF, a responsabilidade será primária para o Estado pelos atos de seus agentes, enquanto que os artigos 133 do CPC e 49 da LOMAN poderão ser invocados quando da ação regressiva, movida pelo Estado contra o magistrado.

Contrariando este entendimento Rui Stoco admite que o lesado ingresse com ação diretamente contra o magistrado quando já houve sido intentada a ação rescisória e reconhecido o direito à indenização. Preceitua o renomado autor: “[...] caberá à parte interessada ou prejudicada ingressar em juízo com ação de indenização contra o magistrado, visando obter a composição dos danos sofridos. Mas aqui terá que fazer prova do dolo ou fraude” (2001, p.812).

Stoco (2001, p.812) diz ainda que o interessado ou prejudicado poderá dirigir a ação somente contra a Fazenda Pública, caso em que caberá ação de regresso contra o juiz, ou então contra ambos solidariamente.

Uma questão importante a ser levantada é relativa aos danos causados à parte por atos judiciais decorrentes de meras falhas ou erros não intencionais praticados pelos juízes sem qualquer indício de culpa.

Neste sentido cita-se o posicionamento de Pontes de Miranda, explicando que o Estado pode responder mesmo quando ao juiz não possa ser atribuída a responsabilidade por não ter agido ele com dolo ou culpa. Diz o renomado autor:

A responsabilidade do Estado pode existir ainda que não exista a responsabilidade do juiz. O Estado responde pelo fato da lesão ao direito, por parte dos funcionários públicos, ainda que não tenha culpa desses; a ação regressiva do Estado é que depende da culpa do funcionário público. (*apud*, FACHIN, 2001, p. 214)

Embora não sendo pacífico, modernamente tem-se admitido que a ação reparatória deve ser movida sempre e unicamente contra o Estado, não sendo admitido que o agente estatal figure o pólo passivo da relação jurídico-processual.

4 O ERRO JUDICIÁRIO

4.1 Definição de erro judiciário

A doutrina moderna quando fala em *erro judiciário penal*, pretende nele incluir todos os atos injustos praticados no exercício da jurisdição, incluindo: a) o erro propriamente dito, no caso de sentença condenatória injusta, b) os atos ilícitos, como as prisões indevidas, e c) os atos originalmente lícitos, como a prisão cautelar regularmente decretada, mas tida, posteriormente, como injusta, em razão da absolvição do acusado.

Essa corrente doutrinária é defendida por autores como Luiz Antônio Soares Hentz, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os quais adotam um conceito amplo de erro judiciário. Para essa corrente, quando se fala em "erro judiciário" logo se pensa em erro penal, que abrange, dentre outros, o erro na condenação e o erro na prisão preventiva. No entanto, o erro judiciário pode ocorrer no âmbito não penal, abrangendo o erro no processo civil, trabalhista, eleitoral ou em qualquer outra área de atuação jurisdicional; pode ser erro "in procedendo" ou "in judicando"; pode decorrer de erro, dolo ou culpa (negligência, imperícia ou imprudência).

Perceba-se que, na atualidade, existe uma tendência por parte da doutrina em ampliar o conceito de erro judiciário, o que se explica pelo sentimento de justiça favorável ao administrado-jurisdicionado, o qual não pode ser prejudicado por uma atividade judicial injustamente danosa. A eficiência e a presteza do serviço público é fundamental para que o Estado cumpra sua função.

Conforme o magistério de Giovanni Ettore Nanni:

O erro judiciário é aquele oriundo do Poder Judiciário e deve ser cometido no curso de um processo, visto que na consecução da atividade jurisdicional, ao sentenciarem, ao despacharem, enfim ao externarem qualquer pronunciamento ou praticarem qualquer outro ato, os juízes estão sujeitos a erros de fato ou de direito, pois a pessoa humana é falível, sendo inerente a possibilidade de cometer equívocos. (1999.p.122).

Em síntese o erro judiciário é toda atuação judicial danosa que decorre do exercício da função estatal.

O erro judiciário ocorre por equivocada apreciação dos fatos ou do direito aplicável, o que leva o juiz a proferir sentença passível de revisão ou rescisão.

O erro pode resultar de dolo ou culpa do juiz, de falha do serviço. Pode estar em sentença proferida em qualquer jurisdição ou instância, a despeito de estar comumente associado à sentença criminal.

Seja na Justiça Civil ou na Justiça Criminal, a responsabilidade deve englobar o erro de ambas, pois o risco do erro é inerente à função jurisdicional, seja cível ou criminal.

4.2 Espécies de erros judiciários

O juiz no desempenho de suas atividades pratica atos processuais que podem ser classificados em sentenças (que põe fim ao processo), decisões (que resolve questão incidente) e despacho (que não é sentença nem decisão).

Para Mossim, o juiz, no exercício de sua atividade judicante pode cometer duas espécies de erros: ***errores in procedendo*** e ***errores in iudicando***, ou melhor, erro de procedimento ou erro de julgamento.

Piero Calamandrei define os *errores in procedendo* e *in iudicando* da seguinte forma:

Posto que todas as atividades humanas estão por sua natureza sujeitas a erros, pode ocorrer que a conduta dos sujeitos processuais não se desenvolva no processo de um modo conforme as regras do direito objetivo, e que, portanto, um ou mais dos atos coordenados na forma antes indicada sejam executados de um modo diverso daquele querido pela lei, ou, em absoluto, sejam contra a vontade da lei, olvidados. Produz-se então uma inexecução da lei processual, enquanto alguns dos sujeitos do processo não executam o que esta lei lhes impõe (execução *in omittendo*), ou executa o que esta lei lhes proíbe (inexecução *in faciendo*), ou se comportam de um modo diverso do que a lei lhes prescreve: esta inexecução da lei processual constitui no processo uma irregularidade, que os autores modernos chamam um vício de atividade ou um defeito de construção, e que a doutrina do direito comum chamava um **erro in procedendo**. ...Pode ocorrer que a vontade

concreta da lei proclamada pelo juiz como existente em sua sentença, não coincida com a vontade efetiva da lei (sentença injusta), porque, ainda havendo se desenvolvido de um modo regular os atos exteriores que constituem o processo (imune, assim de *errores in procedendo*), e o juiz tenha incorrido em erro durante o desenvolvimento de sua atividade intelectual, de modo que o defeito inerente a uma das premissas lógicas tenha repercutido necessariamente sobre a conclusão. Neste caso, em que a injustiça da sentença deriva de um erro ocorrido no raciocínio que o juiz leva a cabo na fase da decisão, os autores modernos falam de um *vício de juízo*, que a doutrina mais antiga chama um ***error in iudicando***. (g.n.) (*Apud* MOSSIM, 1997, p. 15-6)

Sendo assim, se o erro advém de decisão ou despacho, pode-se dizer que houve erro de procedimento. Agora, se o processo findou com uma sentença e há erro, podemos dizer que trata-se de erro de julgamento.

Analisando-se mais apuradamente o erro *in iudicando*, verifica-se que o erro pode dividir-se ainda em: erro de direito e erro de fato.

Será *error in iudicando* de direito quando o juiz fizer um falso juízo de valor sobre a norma.

O erro de direito, segundo Heráclito Antônio Mossim (1997, p. 18), pode recair sobre a existência da norma (não foi ela promulgada ou foi revogada); pode incidir sobre a sua seleção (quando o preceito foi equivocadamente escolhido, não se aplicando à espécie litigada) e pode percutir sobre a hermenêutica da norma (interpretação incorreta de seu conteúdo).

Será *error in iudicando* de fato quando ocorrer um falso juízo em torno da prova, ou seja, quando versar sobre os meios probatórios e sobre as relações de fato dentro da relação processual.

Importante trazer à colação as palavras de Calderón Botero que sintetizam as principais características dos *error in procedendo* e *in iudicando*:

Os *errores in iudicando* implicam faltas de lógica jurídica no julgador; os *errores in procedendo* acusam um defeito de atividade, por ação ou omissão, do juiz ou dos sujeitos processuais. Os *errores in iudicando* se produzem no ato de julgar, ou seja, na sentença; os *errores in procedendo* se originam normalmente no curso do processo, no *iter* processual, porém podem excepcionalmente ocorrer no próprio ato. Os *errores in iudicando* quebram unicamente a sentença; os *errores in procedendo* invalidam, ademais um setor, um setor do processo. (*apud* MOSSIM, 1997, p. 17)

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.

É evidente que o dano causado por erro judiciário pode derivar tanto de sentença, decisão ou despacho, só que é na sentença que se perpetua o erro judiciário quando contra ela não couber mais recurso.

As vítimas do erro judiciário podem sofrer penas privativas da liberdade e passar muitos anos no cárcere. Podem, em alguns países, sofrer pena capital, caso em que os parentes da vítima têm o direito de pleitear indenização em juízo.

Além desses casos extremos, que não são hipotéticos, outros casos há de detenções preventivas, que se prolongam abusivamente; de processos que terminam pelo arquivamento, mas que deixam mácula irreparável no crédito ou na reputação de uma pessoa. E a pergunta que se faz é: Quem será responsabilizado pelos prejuízos pecuniário e moral ocasionados pelo mau funcionamento dos serviços judiciários?

No caso de prejuízo causado por ato jurisdicional, consubstanciado em sentença, a responsabilidade do estado esbarra contra vários obstáculos, notadamente o da presunção da verdade legal.

O princípio da irresponsabilidade do Estado por ato jurisdicional não pode ser aplicado no caso do erro judiciário. Pois o erro judiciário reconhecido mediante revisão, que levar a efeito e proclamar a inocência do acusado, possibilitará a responsabilidade civil do Estado por perdas e danos.

Vale salientar que, se o julgamento não chegou ao fim, o prejudicado não tem o direito de pleitear indenização, porque vários recursos estão à sua disposição e não se concretizou o dano.

Os adeptos da irresponsabilidade estatal argumentam que quando da ocorrência do erro judiciário se o julgamento continuar, a parte, diante da ausência de condenação definitiva, mesmo sofrendo danos, não tem direito à indenização alguma. E mais, se o julgamento chegar ao fim, culminando com a condenação, a parte, mesmo sendo inocente, não pode pleitear indenização, visto que esbarra com a imutabilidade da coisa julgada.

Encerrar, nesse dilema, a vítima de erro judiciário ou, de modo mais geral, de prejuízo causado pelo mau funcionamento do serviço de justiça, é solução por demais simplista. É um sofisma. Com efeito, a possibilidade de interpor uma série de recursos contra a condenação injusta, proferida em primeira instância, não impede que efeitos danosos já se tenham feito sentir: reputação, honra, crédito, privação de liberdade"(CRETELLA JÚNIOR, 1989, p. 824)

Para Odoné Serrano Júnior o erro judiciário *in judicando* freqüentemente sucede por:

- a) dolo do juiz;
- b) culpa do juiz, nas modalidades negligência ou imprudência;
- c) decisão contrária a prova dos autos (por dolo ou culpa do juiz);
- d) indução a erro através da juntada ou não aos autos de elemento relevante ao esclarecimento da verdade (culpa da vítima ou culpa de terceiro – exclusiva ou concorrente);
- e) aparecimento posterior de fatos ou elementos que venham a contradizer ou anular provas ou elementos relevantes dos autos e que influíram decisivamente na prolação da sentença; etc. (1996, p. 149)

Os erros judiciários não podem ser confundidos com o erro de julgamento penal , visto que o primeiro é gênero de que o segundo é espécie.

O erro judiciário pode advir de uma sentença equivocada tanto em um processo criminal, quanto na esfera não-penal (civil, trabalhista, eleitoral, etc) como se denota abaixo:

4.2.1 Erro judiciário Penal

Uma prisão injusta que ocorreu por um crime que não se cometeu é capaz de despertar grande repercussão, visto que envolve o conceito de liberdade, e por isso é que tanto se ouve falar em erro judiciário ligado ao processo penal.

O erro penal é o que mais gravemente lesiona os direitos individuais, podendo atingir a vida, os bens patrimoniais, a honra e a família do lesado. Talvez por sua gravidade foi, historicamente, o primeiro a ser reconhecido como indenizável.

No processo penal, durante toda a fase da persecução criminal há espaço para a ocorrência do erro judiciário, bem como após o julgamento e até na fase da execução da pena.

Para melhor compreensão vale citar as palavras de Hentz, que a título exemplificativo trás diversas decisões em que pode ocorrer erro, a saber:

[...] a que recebe a denúncia, a que decreta a prisão cautelar, a que determina o arresto e a busca e apreensão e as que decidem incidentes na execução da pena, a que não concede o relaxamento do flagrante ou a liberdade provisória, se for o caso do réu responder ao processo em liberdade". (1995, p. 24)

Como meio de correção do erro judiciário encontramos a revisão criminal, compreendida por uns como verdadeira ação e, por outros como recurso, tem seu procedimento previsto no Código de Processo Penal.

As hipóteses em que o pedido pode ser deduzido estão no art. 621 do CPP:

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 de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Parágrafo único. Não será admitida a reiteração do pedido, salvo se fundada em novas provas.

Ocorrendo uma dessas hipóteses será possível o ajuizamento da revisão criminal, e se o interessado requerer, o Tribunal poderá reconhecer o direito a uma justa indenização.

Se o interessado não requerer a indenização na revisão criminal, poderá fazê-lo mais tarde, ajuizando ação própria no juízo cível.

4.2.2 Erro Judiciário Não-Penal

Tradicionalmente, quando se fala em erro judiciário, entende-se como sendo o erro judiciário ocorrido na esfera criminal. Porém, modernamente, deve-se ter por erro judiciário toda falha ou omissão ocorridos na prestação jurisdicional, seja ela num processo criminal ou em um procedimento não-penal.

O erro judiciário é um ato jurisdicional, pois decorre da decisão ou sentença prolatada por um juiz, e como tal, se vier a causar prejuízo ao particular deve dar azo à indenização.

Edmir Neto Araújo já manifestou entender por erro judiciário a sentença equivocada “quer seja emitida em um processo criminal, quer tenha origem em um procedimento não penal”. (1981, p. 133)

O direito à indenização por atos judiciais nocivos, originados de erros ocorridos dentro ou fora da órbita criminal, encontra supedâneo no artigo 5º, LXXV da Constituição Federal.

Hentz salienta que “a esfera de atuação que se rotula de não-penal não se cinge ao processo civil, havendo o trabalhista, o eleitoral, o constitucional”. (1995, p.18)

Quanto ao erro judiciário civil, alguns doutrinadores sustentam que, como ocorre na esfera penal, também o erro na esfera civil pode acarretar a obrigação do Estado indenizar os prejuízos causados aos jurisdicionados.

O Código de Processo Civil estabelece as hipóteses em que a decisão injusta pode ser desfeita:

Art. 485: A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III – resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV – ofender a coisa julgada;

V – violar literal disposição de lei;

VI – se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provocada na própria ação rescisória;

VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII – houver fundamento para invalidar a confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

Portanto, segundo as hipóteses legais acima expostas, a sentença cível de mérito poderá ser rescindida. Haverá casos em que a sentença ora rescindida tenha causado danos ao particular, e se causou dano, haverá responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional.

Uma questão que causa divergência na doutrina é a que se refere à necessidade prévia da rescisão da sentença que causou o dano, para somente depois intentar a ação de reparação contra o Estado.

A primeira corrente sustenta que a ação de reparação de danos só poderá ser ajuizada depois da obtenção da rescisão da sentença, ou seja é necessário o desfazimento da coisa julgada material.

Para autores como Juary da Silva e José Guilherme de Souza a coisa julgada material deve ser desfeita para, somente depois, poder-se ingressar com a reparatória, assim sendo não cabe condenação por erro judiciário civil sem a prévia ação rescisória.

A segunda corrente conduzida, entre outros, por Ada Pellegrini Grinover, entende que pode haver ação de reparação independente de ter sido rescindida ou não a sentença danosa.

Outra questão difícil é a que se refere ao prazo decadencial de dois anos contados do trânsito em julgado da sentença para o ajuizamento da ação rescisória (art. 495 do CPC). Se decorrer esse prazo a vítima do erro judiciário civil fica irressarcida?

Diante desse quadro não se pode admitir que a injustiça seja perpetuada, deve-se admitir que o lesado ajuíze a ação reparatoria contra o Estado mesmo sem a rescisão da sentença danosa.

4.3 Causas do erro judiciário

O Homem sempre está sujeito ao cometimento de erro, e o juiz sendo homem pode equivocar-se em suas decisões. E quanto maior o despreparo de quem julga, maiores são as incidências de erros.

Luiz Antônio Soares Hentz (1995, p. 29) salienta que o uso indiscriminado de recursos e a demora de seus julgamentos em tribunais mal aparelhados reflete na perda de efetividade da atuação do Judiciário.

A doutrina busca enumerar os motivos de tais enganos que muitas vezes são irreparáveis.

Entre as causas que conduzem ao erro no julgamento podemos citar a confissão, que ao longo dos tempos tem sido adotada como a rainha das provas.

Se a condenação é determinada apenas pela confissão, corre-se o risco de se condenar pessoas inocentes, quando a confissão é obtida através de coação física ou moral.

Mossim cita a paixão pública como outra causa capaz de culminar em erro judiciário, afirma ele:

Com efeito, sempre que há ampla cobertura da imprensa relativamente a certo e determinado acontecimento típico, os réus deste processo acabam sendo prejudicados, posto que ha sempre uma exigência do poder judiciário quanto as suas punições. (1997, p. 22).

Citam-se ainda, as provas periciais. A demasiada confiança que os tribunais têm nos peritos, agravada pela deficiência de instrução da maioria dos juízes e defensores em matéria de criminologia moderna, dão causa à numerosas sentenças errôneas.

Há que se destacar que as causas de erro judiciário estão intimamente ligadas à formação da prova e com a formação do convencimento do magistrado.

Mossin, ao citar João Martins ressalta que na primeira fase do processo, o erro é ocasionado pela deficiente e imprópria instrução, e neste sentido, não poupa críticas ao papel desempenhado por alguns juízes:

Inobstante esta deficiência, há de se por também em via de consideração a má vontade de alguns juízes quanto à coleta das provas carreadas na instrução, principalmente, devido à injustificável pressa de encerrar os depoimentos além de entenderem de modo equivoco, que o material probatório coletado é suficiente para formar suas persuasões racionais, esquecendo-se, dentro de suas mascaradas posturas de donos do direito, que as partes integrantes da relação jurídico-processual também participam da lide, ofertando seus conhecimentos jurídicos; além do que, este material de prova há de ser o mais amplo possível, tendo em vista o duplo grau de jurisdição, o qual dará oportunidade para que outros juízes, pertencentes a colegiados de grau superior, também estejam possibilitados quanto à formação de suas livres convicções. (1997, p. 24).

Para Luiz Hentz (1995, p.31), as principais causas do erro judiciário são:

- a) o erro ou ignorância;
- b) o dolo e a simulação ou fraude;
- c) o erro judiciário decorrente da culpa;
- d) a decisão contrária à prova dos autos;
- e) o erro provocado não imputável ao julgador;
- f) a errada interpretação da lei;
- g) o erro judiciário decorrente da aplicação da lei;

Passando para análise de cada uma das causas citadas por Hentz, começando pelos vícios da vontade.

O **erro** ou **ignorância** pode ser entendido como sendo o desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias, que condiciona o agente à prática de um ato, o qual não teria ocorrido se fosse conhecida a verdade dos fatos.

Ocorre o erro quando o juiz ao declarar o direito aprecia de forma errônea em consequência de uma má percepção dos fatos.

O erro, conforme o caso, pode ser substancial ou acidental.

Rui Stoco (2001, p. 796) enuncia que apenas o erro substancial (o que diz respeito à natureza do ato, ao objeto principal da declaração ou a algumas qualidades a ele essenciais) e inescusável poderá empenhar responsabilidade do Estado por erro judiciário; Por outro lado, Hentz (1995, p. 32) estende a possibilidade de indenização também nos casos de erro acidental, destacando que: “se não houve correção do erro judicial e a sentença produziu seus efeitos, e em virtude de erro acidental causou-se prejuízo às partes ou a qualquer pessoa, o vício será considerado para efeitos indenizatórios”.

O **dolo** também pode ser causa do vício de um ato jurisdicional, e consiste em práticas ou manobras maliciosamente levadas a efeito pelo juiz para dar causa ao erro judiciário. O procedimento doloso pode caracterizar-se em uma ação ou omissão que seja capaz de viciar o ato conduzindo ao erro judiciário e, conseqüentemente obrigará o Estado a reparar os danos ocorridos em virtude da conduta ilícita do magistrado. Nestes casos o próprio juiz responderá por seus atos ilícitos, segundo o art. 133, inc. I⁷ do Código de Processo Civil, sendo obrigado a recompor o erário público na ação regressiva que o Estado promoverá contra ele.

No que tange à **culpa**, pode-se falar que o erro judiciário decorre da inobservância do dever de cautela (imprudência), de um agir desidioso (negligência), ou do descumprimento de um dever profissional em determinada circunstância (imperícia).

⁷ Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:
I- no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

Um juiz, no exercício de suas funções, deve se cercar de toda previsibilidade possível ao proferir uma decisão ou sentença, para que não cometa erros judiciários. Porém, por mais preparado que esteja para ocupar o cargo, o magistrado não está imune à possibilidade de incidir em erro por negligência, imprudência e imperícia.

Outra causa de erro judiciário é a **decisão contrária à prova dos autos**.

Dentro do processo caberá ao juiz apreciar as provas e valorá-las a fim de extrair delas a verdade dos fatos.

A apreciação da prova deve ser feita segundo um sistema de persuasão racional que vincula o convencimento do juiz ao material probatório constante dos autos. Porém, considerando que o juiz realiza seu juízo de convencimento sem critérios objetivos, há grande margem à ocorrência do erro judiciário, mas ao mesmo tempo a legislação limita as possibilidades desse erro ser invocado quando restringe a possibilidade da reapreciação das provas.

Hentz cita ainda como causa do erro judiciário, o **erro provocado não imputável ao julgador**, que pode decorrer da alteração da verdade dos fatos por provocação de estranhos ao exercício da jurisdição. Diz o renomado autor: “Tal dar-se-ia eventualmente por má-fé das próprias partes ou auxiliares da justiça, porém o erro pode ter-se formado por atuação de estranho à relação processual...” (1995, p. 37)

É, por exemplo, quando a prova testemunhal está eivada de mentira, isso pode ocorrer pela própria condição de falibilidade do ser humano. Além disso, não são raras as pessoas arroladas para depor em juízo que tem a única finalidade de confirmar aquilo que é falso, e negar aquilo que sabem ser verdadeiro.

Apesar de ser uma causa de erro judiciário, não há neste caso a possibilidade de ensejar a reparação dos danos às custas do Estado, nem do julgador, visto que, a Constituição Federal em seu art. 37, § 6º⁸, prevê a responsabilização do Estado somente quando se tratar de ato injusto de seu agente.

⁸ Art. 37. ...

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

Outra causa de erro judiciário é a **errada interpretação da lei** que ofenda sua literal disposição. Nestes casos é possível a desconstituição do julgado por intermédio de ação rescisória cível ou da revisão criminal.

Por fim, o erro judiciário pode decorrer da **errada aplicação da lei**. Sobre esta causa traz-se à colação as palavras de Hentz:

A lei inconstitucional aplicada ao caso posto *sub judice*, ou a não-aplicação de lei cuja constitucionalidade é indiscutível, pode gerar o erro judiciário, sendo imputável ao Poder Público a responsabilidade por eventuais danos causados ao jurisdicionado. (1995, p. 40)

Sobre esta causa de erro judiciário Rui Stoco diverge em parte do entendimento acima citado, afirma o respeitável autor:

É certo que a lei inconstitucional, aplicada à hipótese *sub judice* ou a não aplicação de lei de constitucionalidade indiscutível poderá, apenas em tese, gerar o erro judiciário. (2001, p. 796)

Para Stoco o fato de se entender inconstitucional a lei aplicada ou constitucional a lei não aplicada, por si só não pode ser considerado causa eficiente a gerar o direito de reparação. Além da inconstitucionalidade (ou não aplicação da lei constitucional), deve estar presente o liame entre esta e o erro.

Enfim, várias são as causas que podem dar nascimento ao erro judiciário, prejudicando não só aquele que tem sua liberdade privada, como também toda uma coletividade que se descredibiliza da atividade judiciária.

5 INDENIZAÇÃO DO ERRO JUDICIÁRIO

5.1 Considerações gerais

A reparação dos danos decorrentes de erro judiciário constitui um verdadeiro direito da vítima contra o Estado. Sendo que hoje é elencado como uma garantia constitucionalmente assegurada pelo artigo 5º, inciso LXXV.

Relativamente à responsabilidade do Estado por fato da função jurisdicional, Canotilho salienta que:

[...] a Constituição consagra expressamente o dever de indenização nos casos de privação inconstitucional ou ilegal da liberdade e nos casos de erro judiciário, mas a responsabilidade do Estado-juiz pode e deve estender-se a outros casos de "culpa grave" de que resultem danos de especial gravidade para o particular. (2001, p. 495)

O art. 5º, inc. LXXV da Constituição Federal dispõe que "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

Buscando esclarecer o conteúdo desta norma Constitucional que autoriza a indenização, discorre Silvio Euzébio:

- a) ESTADO: é o devedor da indenização. Pode ser ou a UNIÃO FEDERAL, caso a pena tenha sido imposta por Tribunais ou Juízes Federais, ou o ESTADO MEMBRO FEDERADO, no caso da pena ter sido aplicada por Tribunais ou Juízes Estaduais.
- b) INDENIZAÇÃO: é o conjunto de valores devidos a título de reparação pelo ERRO ou EXCESSO. Não exclui a reparação por outros direitos lesados, e. g., integridade física. Os parâmetros são comuns.
- c) CONDENADO: é quem suportou os efeitos da sentença condenatória ou o excesso no cumprimento da pena privativa de liberdade.
- d) CONDENAÇÃO: é o provimento da acusação penal. Diz respeito ainda à aplicação de qualquer espécie de pena criminal.
- e) ERRO JUDICIÁRIO: corresponde às situações que dão ensejo à REVISÃO CRIMINAL, prevista no art. 621 do Cód. de Proc. Penal, e ocorrem: "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 comprovadamente falsos; III -

quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena." É importante ressaltar que o ERRO JUDICIÁRIO difere do DESVIO NA EXECUÇÃO DA PENA porquanto o primeiro diz respeito aos fundamentos da decisão condenatória, e o segundo, por sua vez, está relacionado com o cumprimento ou satisfação do julgado, cf. reza o art. 185 da Lei de Execuções Penais – LEP. (EUZÉBIO, Silvio Roberto Matos. Reparação do erro judiciário e do cumprimento da pena privativa de liberdade além do tempo fixado na sentença . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 1, n. 7, fev. 1997. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1112>>. Acesso em: 09 out. 2002)

Tal garantia visa restabelecer o *status quo ante*, além da “situação hipotética atual”, em que estaria o injustamente condenado, se não tivesse sofrido os prejuízos do erro judiciário.

Segundo a disposição da Carta Magna, a indenização por erro judiciário cabe em duas hipóteses:

1) A primeira delas verifica-se quando uma pessoa vem a ser condenada por um crime que não cometeu. Neste caso, antes de se pedir a indenização, faz-se necessário que o prejudicado ingresse no judiciário pleiteando o reconhecimento do erro judiciário através de uma revisão criminal.

A revisão criminal será o meio hábil a absolver aquele que tenha sido condenado num processo criminal já terminado (transitado em julgado, sem possibilidade de recurso).

Na própria revisão criminal o interessado já pode requerer que seja reconhecido seu direito à indenização pelos danos que sofreu com a condenação indevida. A decisão que aí for proferida valerá como título executivo no juízo cível, que cuidará de apurar o montante da indenização a ser paga.

O interessado poderá também, após obter a desconstituição da decisão condenatória pela revisão criminal, e se não houver desde logo requerido a indenização, ingressar com ação própria no juízo cível para solicitar a reparação dos prejuízos sofridos. A sentença civil que reconhecer o direito à indenização por erro judiciário também valerá como título executivo, que também deverá ser liquidado no juízo cível, a fim de apurar o valor a ser pago ao interessado a título de ressarcimento dos danos suportados.

2) A segunda hipótese diz respeito à situação em que o condenado permanece preso por mais tempo que a pena de prisão que lhe foi determinada.

Os efeitos da perda da liberdade para a vida de qualquer pessoa, ainda que por um único dia, são bastante danosos, e devido a isso, não se admite que a pessoa seja constrangida a permanecer presa por mais tempo do que o determinado legalmente.

Uma vez ocorrendo o excesso de prisão, o prejudicado deverá ser indenizado, seja qual for a espécie da prisão: prisões processuais (temporária e preventiva), penais, administrativas ou disciplinares.

Nesta hipótese, o ressarcimento deverá ser requerido em ação própria no juízo cível.

5.2 Fundamento Jurídico do dever de Indenizar do Estado

Como já suscitado a responsabilidade do Estado por erro judiciário encontra-se positivada no artigo 5º, LXXV da Carta Magna.

A indenização deve abarcar tanto os danos patrimoniais como os morais, derivados de erro judiciário.

O preceito do art. 37, 6º da Constituição Federal consagrou a responsabilidade objetiva, que facilita sobremaneira a concretização do direito indenizatório ao jurisdicionado lesado.

Bastará para o lesado provar que sofreu um dano indenizável por falha do serviço judiciário, independentemente da prova de conduta ilícita do agente público.

À luz da norma infraconstitucional, precípua o legislador ordinário: “O Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito à uma justa indenização pelos prejuízos sofridos (art. 630, caput, do CPP).

Odoné Serrano Júnior (1996, p. 79) defende que o artigo 630 do CPP vincula-se ao instituto da revisão criminal, cabível nos processos findos:

- a- Quando a sentença condenatória for contrária a texto expresso da lei penal ou evidências dos autos;
- b- Quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
- c- Quando após a sentença se descobrirem novas provas da inocência do condenado ou de circunstâncias que determinem ou autorizem diminuição especial de pena. (art. 621 do CPP)

O art. 5º, LXXV, abrange o erro judiciário penal, o erro judiciário civil e os casos de prisão prolongada por tempo superior ao fixado na sentença.

Caracterizado o erro judiciário, para o qual não colaborou o condenado, tal fato evidencia que o serviço funcionou mal, não funcionou ou funcionou tardiamente. Com isso, deve se restabelecer ao condenado todos os direitos por ele perdidos em virtude da condenação.

Odoné Serrano Junior (1996, p. 70) destaca que alguns direitos do condenado não poderão ser restituídos “in natura” (como por exemplo, o tempo de sua vida que lhe foi sonogado pelo período que passou na prisão, e sua honra vilipendiada pela injusta condenação) e, assim, deverão ser devolvidos através do equivalente econômico, expresso na indenização.

No âmbito penal, os processos findos poderão ser alvo de revisão criminal, a qualquer tempo, até mesmo após a morte do condenado (art. 623)⁹.

Através da revisão criminal é possível que sejam desfeitos os efeitos da sentença condenatória transitada em julgado.

Ao reconhecer o erro judiciário em sede de revisão criminal, caberá ao tribunal, caso o interessado requeira, manifestar-se sobre o direito a uma justa indenização nos moldes do art. 630 do CPP.

Analisando-se o dispositivo legal acima citado, cabe esclarecer que o Tribunal “poderá” reconhecer o direito a indenização. Sendo assim, o Tribunal não pode conceder indenização “ex officio”.

Na lição de Eduardo Espínola citado por Mossin:

⁹ Art. 623: A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Essa indenização, que, no nº 1.301, mencionamos como uma das conseqüências da absolvição proclamada na revisão criminal, é um direito do réu, e, pois, fica ao seu critério exclusivo pedi-la ou não, sendo vedada toda iniciativa de ofício, aos julgadores. (1997, p. 139)

Sobre a responsabilidade de o Estado indenizar, Mossin salienta que:

[...] há de se deixar assente que a responsabilidade do Estado em indenizar o condenado por erro judiciário ou seus sucessores deriva daquele risco social anteriormente lembrado, que pode ser traduzido, em última análise, em responsabilidade objetiva, posto que a indenização deriva independente da apuração de culpa ou de dolo relativamente ao juiz que pronunciou a decisão condenatória de error "in iudicando" ou "in procedendo". (1997, p. 140).

À Fazenda Pública, cabe o direito de regresso, nos termos do art. 37, § 6º da CF/88, contra o agente causador do dano, caso fique evidenciado que este agiu com dolo ou culpa.

5.3 Responsabilidade do Juiz e o Direito de Regresso

Temas dos mais palpitantes é o que diz respeito à responsabilidade ou não do Juiz que, por dolo ou fraude, ou ainda sem justo motivo, recusar, omitir ou retardar medidas que deve ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

O Código de Processo Civil no artigo 133¹⁰ declara civilmente responsável o Juiz quando no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude, ou recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Aliás, disposição idêntica pode ser encontrada no art. 49 da LOMAN (Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC 35, de 14.3.79)

Há doutrinadores como Nelson Nery Júnior que defende que:

¹⁰ Art. 133: Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

[...] a responsabilidade pessoal do juiz somente ocorrerá se tiver procedido com dolo ou com 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). (1994 ,p.390-1)

Por outro lado Rui Stoco (2001, p. 800) argumenta que “o legislador não foi redundante, nem inseriu no preceito do art. 133 do CPC e do art. 49 da LOMAN palavras inúteis”.

Nesta segunda corrente, portanto, a responsabilidade pessoal do juiz abrange não só o dolo e a fraude, mas também a culpa qualificada por injustificada resistência de acordo com o inc. II do art. 133 do CPC.

Cabe advertir, ainda, que, embora o magistrado possa ser responsabilizado de forma pessoal e direta nos casos de responsabilidade aquiliana, fundada no dolo, fraude ou culpa, a obrigação de reparar o erro judiciário típico, a que se refere o art. 630 do CPP, será sempre do Estado, por força do disposto no seu § 1º, que atribui esse dever à União e aos estados federados.

Como ficou manifesto, já não domina mais o princípio da responsabilidade solidária da entidade de direito público e de seus funcionários (agentes). Vez que na atualidade a responsabilidade é do Estado, com direito regressivo contra o juiz.

Para ser possível a responsabilidade regressiva, é basilar considerar o magistrado como um agente público, pois é inquestionável que este atua em nome do Estado e sob a égide do art. 37, § 6º da Constituição Federal.

Portanto, os comportamentos danosos, aludidos no referido artigo, dão nascimento à obrigação de indenizar, bastando verificar-se o comportamento e o dano. Trata-se da responsabilidade objetiva, que obriga o Estado a ressarcir o prejuízo ao patrimônio do lesado.

E, da mesma forma a responsabilidade incide para obrigar o causador do dano a ressarcir o órgão pagador, como uma forma de evitar injusto enriquecimento às custas do dinheiro público.

Para que o Estado seja ressarcido dos valores despendidos na indenização do dano causado por seu agente, pode-se utilizar duas vias processuais distintas: a denunciação da lide ou ação própria.

Sobre este tema pesam inúmeras divergências as quais Zulmar Fachin sintetiza com propriedade:

Quanto à denunciação da lide, profunda é a divergência tanto doutrinária quanto jurisprudencial. Uma parte da doutrina entende que o Estado deve denunciar da lide o responsável pelo dano, ao passo que outra sustenta que não cabe a denunciação, devendo o Estado indenizar a vítima e, depois, ajuizar a ação própria contra o responsável. (2001, p. 250)

5.4 Dano indenizável

Primeiramente, o judiciário é pago pelo cidadão. Esta é a razão pela qual a indenização pelos prejuízos sofridos é cabível.

O artigo 5º, LXVV da Lex Mater estabelece: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.”

O Estado, não cumprindo sua finalidade nem seu dever de prestar justiça, é, nos termos do artigo supracitado obrigado a indenizar pelos prejuízos causados.

A reparação deve ser integral, abrangendo todas as dimensões jurídicas, econômicas e morais, onde o condenado tenha sido afetado. Se possível *in natura*, e, quando tal não se der, pelo equivalente prático ou econômico.

Elcio Trujillo salienta que:

A indenização do dano quando cabível deve ser a mais completa possível, compensando de forma integral os prejuízos sofridos pela vítima. Incluiu, portanto, os danos emergentes, os lucros cessantes, os juros, as custas, os emolumentos, a honorária advocatícia, bem como, em países como o nosso, em que há grande variação no poder aquisitivo da moeda, a atualização do valor via instituto da correção monetária. (1996, p. 64).

Cumprido salientar que o dano para ser considerado reparável deverá ser **certo** (possível, real, efetivo, presente – exclui-se, pois dano eventual, isto é, o que poderá acontecer), **especial** (individualizado, referido à vítima, pois se geral configura ônus comum à vida em sociedade), **anormal** e de **valor economicamente apreciável** (não tem sentido a indenização de dano de valor irrisório).

Observe-se ainda que a indenização deverá contemplar sempre dois aspectos dos danos sofridos: **o dano moral e o dano material**.¹¹

A execução de uma condenação injusta, além de ferir a honra do condenado, afasta-o por um período do convívio social e da família, gerando distúrbios morais e patrimoniais. Seus efeitos são nefastos, produzindo, não raras vezes, um homem doentio, cheio de seqüelas, tomado por traumas e arruinado economicamente, tornando inquestionável o seu direito à indenização, tanto material como moral.

As reparações do dano moral e do dano material tem finalidades distintas conforme aponta Zulmar Fachin:

A reparação do dano material tem por escopo recompor o *status quo ante* em razão do prejuízo decorrente da diminuição do patrimônio da vítima. A reparação do dano puramente moral busca compensar o sofrimento inflingido à vítima. (2001, p. 228)

Enfim, o Estado é responsável pela reparação dos danos causados pelo erro judiciário, sendo que esta reparação deve ser a mais abrangente possível, ou seja, deverá cobrir os danos morais e materiais.

¹¹ Erro judiciário e indenização por danos material e moral: TJ/SP – “INDENIZAÇÃO – Erro judiciário – Condenação e prisão criminais – Dano moral e material – Cumulatividade das indenizações – Estimativa por arbitramento – Juízo prudencial” (rel. César Peluso – Apelação Cível n.º 125,081-3 – São Paulo – 26-4-93).

5.4.1 Dano patrimonial

De outro lado, menos complexo e de mais fácil valoração, temos os Danos Materiais.

Tais danos são aqueles que podem ser apreciados pecuniariamente, ou seja, no Dano Material o cidadão é atingido em seus direitos de personalidade, suportando lesão inequívoca no seu patrimônio.

As lesões abrangidas pelo Dano Material são via de regra, todos os lucros cessantes¹² e os danos emergentes.

Hentz, ao tratar do dano material destaca o que segue:

O dano pode, conforme as circunstâncias, ser da modalidade emergente ou não. Se recai sobre um interesse atual ou relativo a um bem pertencente a uma pessoa já no momento em que ele ocorre, é dano emergente. Mas se o objeto é um interesse futuro ou se refere a uma coisa ainda não pertencente ao lesado, diz-se lucro cessante. (1995, p. 111)

A reparação devida pelo dano material suportado visará restabelecer e recompor a situação econômica anterior da pessoa prejudicada.

5.4.2 Dano moral

Dano Moral é aquele dano sofrido pela vítima, e que não tem reflexo econômico, mas em contrapartida, é o dano que lesa a honra da vítima, causando a dor, o sofrimento, dano este que deve ser reparado por seu causador.

Uma condenação criminal injusta afeta de maneira irreversível a honra daquele que foi vítima do erro judiciário. Um réu injustamente processado tem seu

¹² Erro judiciário e lucros cessantes: TJ/SP – “INDENIZAÇÃO – Fazenda Pública – Responsabilidade Civil – Lucros cessantes – Erro judiciário – Perdas sofridas durante o período da injusta permanência no cárcere – Verba devida – Apuração – Liquidação por artigos” (JTJ 155/73).

conceito diante da sociedade abalado; sua credibilidade deixa de existir; pois nada pior que uma sanção penal imposta a um inocente.¹³

É importante salientar, que a simples absolvição posterior do condenado, via procedimento revisional, não apaga o vexame e o ultraje sofrido pela vítima do erro judiciário.

A constituição federal consagrou de modo insofismável a reparação do dano moral no art. 5º, X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Desta feita, indiscutível é o direito do condenado à indenização do dano moral, visto que este corresponde ao preço da dor ou sofrimento moral a que foi submetido o injustamente condenado.

Todavia, qual o valor a ser pago para reparar o sofrimento de um ser humano? Como se vê, o legislador não estabeleceu limites quantitativos ou qualificativos para fixar-se a indenização.

Para a fixação do *quantum* devido à título de dano moral, alguns autores defendem que a apuração deve dar-se segundo os critérios do art. 953 e 954 do Código Civil de 2002, porém, como melhor se analisará no ponto 7.8, parece estar na equidade a solução mais acertada.

Consoante os ensinamentos de Luiz Antônio Soares Hentz:

[...] é na equidade, evidentemente, que está a base para o arbitramento que exige a reparação do dano moral, cujo aferimento objetivo se afigura impossível ante a inexistência de efeitos práticos. Nesse mister, o juiz tem ampla liberdade para sopesar as circunstâncias e pautar-se dentro do razoável para a atribuição de obrigação pecuniária ao Estado em montante não além e nem aquém do suficiente para a compensação do lesado por erro judiciário. (1995, p. 146)

¹³ Indenização- Danos morais – Erro judiciário – Prisão de pessoa errada – Art. 5º da CF/88 – Efeitos psicológicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano – Fixação do valor devido que fica a critério do Juiz – Inaplicabilidade das normas penais e do art. 1.550 do CC – 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 – 4.ª C. – Ap. 224.123-1 – Rel. Toledo Silva – j. 06.04.1995)

Assim cabe ao juiz ponderar os danos morais, e para tanto, não existe uma “tabela”, ficando esta tarefa à critério do Magistrado, que deverá, segundo as circunstâncias fáticas do caso concreto, fixar o “quantum” devido pelo dano sofrido.

5.5 Indenização decorrente de ação pública

A injustiça da condenação faz nascer à vítima de erro judiciário o direito público subjetivo a um ressarcimento adequado ao prejuízo que sofreu em decorrência da condenação provinda de acusação pública.

O “caput” do art. 630 do CPP prevê a proclamação pelo tribunal de uma justa indenização à vítima de erro judiciário.

Essa indenização é um direito do réu, e, por isso, fica a seu critério exclusivo pedi-la, ou não, sendo vedada toda iniciativa de ofício, aos julgadores.

A lei assegura uma justa indenização pelos prejuízos efetivamente sofridos.

Na ponderação de Eduardo Espínola:

[...] são contemplados todos os danos pecuniários, resultantes da condenação, assim a cessão, durante certo tempo, da sua atividade remunerada, algum negócio que, seguramente, deixou de realizar em virtude da interposição da pena, a perda do emprego, enfim, os prejuízos efetivos e os lucros cessantes, que se apuram em prejuízo, pela certeza de não terem sido auferidos, exclusivamente por causa da condenação. (2000, p. 499)

Salienta-se ainda que, para a caracterização da indenização é indispensável que a condenação tenha sido injusta, eivada de erro judiciário, e que a sentença condenatória tenha causado dano ao revisionado.

5.6 Indenização decorrente de ação privada

O § 2º, alínea “b”, do artigo 630 do Código de Processo Penal, exclui o direito a indenização quando a decisão revidada for prolatada em processo em que a acusação foi “meramente privada”.

Esta é a redação do referido artigo:

Art. 630. ...
 §2º A indenização não será devida:
 ...
 b) se a acusação houver sido meramente privada.

Primeiramente, é necessário destacar que a ação penal privada subdivide-se em: exclusivamente privada; privada personalíssima e privada subsidiária da pública.

E em todas essas hipóteses ocorre a chamada substituição processual ou legitimação extraordinária em que o Estado transfere ao particular o “ius persecuendi”.

À princípio, em razão dessa substituição do pólo ativo, poder-se-ia dizer que fica excluída a obrigação da Fazenda Pública, em ressarcir o dano ou prejuízo advindo do erro judiciário, mas com a explanação que segue, ficará demonstrada a possibilidade da responsabilização do Estado em caso de ação penal de iniciativa privada.

Os posicionamentos de diversos autores não se coadunam a respeito do assunto.

Segundo Mossin, para poder delimitar os casos de responsabilidade estatal, primeiramente deve-se analisar a importância da expressão “meramente privada” usada pelo legislador ao se referir à acusação. Segundo o autor, “no campo da interpretação gramatical da alínea ora sopesada, a acusação a que faz menção o texto legal, é aquela provinda da ação penal privada genuína, aquela que não tem mistura”. (1997, p. 146).

Neste diapasão, é possível entender que a expressão “meramente privada” quis abranger a ação penal exclusivamente privada, e a privada personalíssima, excluindo-se, portanto, a ação penal privada subsidiária da pública, cuja

titularidade originária para a “persecutio criminis” é do Ministério Público, e devido à sua inércia é transferida ao particular.

Desta feita, de acordo com o art 630, § 2º, “b”, do CPP, a obrigação de reparar o dano resultante de erro judiciário somente exclui a responsabilidade do Estado quando a ação for exclusivamente privada ou privada personalíssima. O mesmo não ocorre quando a ação penal privada é subsidiária da pública, pois nesses casos o Ministério Público funciona como litisconsorte adesivo obrigatório, jamais perdendo sua posição de parte principal na ação.

Porém, vários são os autores que divergem deste entendimento, inclinando-se para o cabimento da indenização em qualquer dos tipos de ação penal privada.

A responsabilidade ressarcitória do Estado é muito discutida quando a ação é meramente privada, visto que o particular age em nome próprio, porém, age também na defesa do interesse punitivo do Estado.

Neste sentido, é salutar o argumento de Eduardo Espínola:

Porque se trate de reparação de erro judiciário, não aplaudimos a isenção da responsabilidade do Estado, quando a condenação tiver sido proferida em ação movida por iniciativa meramente privada. (2000, p. 502)

Um outro argumento daqueles que defendem a reparabilidade dos danos causados em ação penal privada, diz respeito aos preceitos do artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, que previu: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário”, sem fazer distinção se a ação penal é pública ou privada, e desta forma passou a abranger todos os erros sem excluir aqueles oriundos de ação penal privada.

Sobre o regramento do art. 5º, LXXV da Constituição Federal, que é posterior ao dispositivo 630 do CPP, relevantes são os ensinamentos de 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 de liberdade ainda que não haja condenação. (1995, p. 61)

O fato de a acusação ser privada não retira da sentença seu caráter de ato jurisdicional, além disso, nem o Juiz perde sua qualificação de agente público ao apreciar uma demanda de iniciativa privada.

Mossin destaca que:

Se é o juiz quem entrega a prestação jurisdicional no exercício da judicatura, o denominado erro judiciário é diretamente causado por ele, como integrante do Poder Judiciário, sendo de responsabilidade do Estado o dever de indenizar material e moralmente aquele que foi vítima do erro. (1997, p. 147)

Sob este argumento, encontram-se ainda, os ensinamentos de Rui Stoco:

A acusação pode ser privada nas ações penais privadas típicas e nas ações penais públicas subsidiárias (CPP, art. 29), mas os atos judiciais e a decisão serão sempre públicas, posto originados do Estado–Juiz. (2001, p. 796)

No sentido de afastar a irreparabilidade Odoné Serrano Júnior destaca que:

[...] nas ações privadas (assim chamadas porque a titularidade pertence a um particular, mas que, nem por isso deixam de ser um direito subjetivo público constitucionalmente assegurado) funcionará o Ministério Público, podendo este, nos termos do art. 45 do CPP, aditar a queixa, bem como deverá intervir em todos os termos do processo, zelando pela correta observância da lei. (1996, p. 83)

Enfim, qualquer argumento formulado contra a responsabilidade estatal fica superado quando se invoca o preceito constitucional do art. 5º, inc. LXXV. Assim, a regra do art 630, § 2º, alínea “b” do Código de Processo Penal não subsiste diante do dispositivo constitucional, pois, por ser incompatível, sequer foi recepcionado pela nova ordem jurídica, implantada em 1988.

Saliente-se ainda que, ocorrendo o erro judiciário, decorrente de ato ou decisão equivocada do julgador, incidirá a regra geral do art. 37, § 6º da Constituição Federal e a indenização será devida bastando estar preenchidos os pressupostos exigidos.

Agora se, mesmo diante dos argumentos acima manifestados, por qualquer razão de ordem jurídica o Estado ficar excluído de indenizar o erro judiciário, indubitavelmente não ficará excluída a responsabilidade do querelante, pois a vítima não poderá perder seu direito à justa indenização.¹⁴

5.7 Isenção do dever de indenizar

A obrigação de o Estado indenizar fica afastada diante da constatação de que concorreu para o erro judiciário o próprio prejudicado pela decisão ou sentença, que a culpa seja exclusiva de terceiro, ou que tenha ocorrido caso fortuito ou força maior.

O legislador processual penal, na alínea “a”, do § 2º, do artigo 630, do CPP isenta a Fazenda Pública da obrigação de indenizar, quando o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou fato imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder.

Na **culpa exclusiva da vítima** se nota o que segue:

[...] caso tenha o condenado concorrido ou dado causa a sua condenação, com dolo ou culpa grave, ou noutras palavras, induzido o juiz a erro, não pode ele postular pela indenização decorrente do gravame injusto que lhe produziu a decisão de mérito condenatória, eivada de erro judiciário. (MOSSIN, 1997, p. 148)

¹⁴ Rui Stoco: “Ora, se responsável pelo erro for o Estado-Juiz ou seus auxiliares, será empenhada a responsabilidade do Estado. Mas se responsável for o advogado da própria parte ou da parte contrária, evidentemente que continuará a existir um responsável, ainda que o particular.” (Stoco, 2001, p. 796)

Para Eduardo Espínola (2000, p. 504) se o réu contribuiu, intencionalmente, para a condenação, não vemos como ser beneficiado com a indenização.

É indispensável se verificar o fenômeno das concausas. É fundamental examinar se a culpa da vítima constituiu a única causa do dano, ou se, de alguma forma houve a contribuição do agente estatal. Dessa maneira, se o dano não for resultado somente da culpa da vítima, mas também da ação do agente estatal, não haverá exclusão completa do dever de ressarcir do Estado, mas sim, uma redução do valor a ser pago de acordo com a responsabilidade de cada um.

Outros pontos devem ser observados, por exemplo no que tange a confissão do revisionado é forçoso convir que nem toda confissão é causa excludente da indenização.

Para Hentz:

A confissão de autoria por quem não praticou o fato, seja criminoso - levando à condenação do confesso -, seja de outra natureza, hipótese em que a confissão por quem pode confessar opera efeitos em seu desfavor (art. 348 do Código de Processo Civil), não interfere na função do julgador e, portanto, não é suficiente para a formação do erro judiciário. (1995, p. 133)

Destarte, somente terá valia a confissão que for prestada espontaneamente.

“Sendo ela obtida sob meios não permitidos por nosso direito, como a coação; hipnose; uso de substâncias excitantes ou entorpecentes, ou de engenhos como o *lie-dector*, seu valor probante é nulo”.(MOSSIN, 1997, p. 149)

Se a confissão não for espontânea não há que se admitir a culpa do revisionado, e a condenação decorrente desta confissão será causa de erro passível de indenização por parte do Estado.

Se o condenado ocultou prova que estava em seu poder, e em virtude dessa ocultação o juiz foi induzido a erro, não há que se falar em indenização.

Pela doutrina são indicadas ainda outras causas excludentes da responsabilidade do Estado: a força maior, o caso fortuito e a culpa de terceiros.

“Força maior é o acontecimento exterior, independente da vontade humana, acidente cuja causa é conhecida, mas que se apresenta com um caráter de irresistibilidade” (TRUJILLO, 1996, p. 64)

Os eventos de **força maior** (causa física influenciada pelo elemento humano que causam danos inesperados) fogem ao controle do homem, e da mesma forma fogem do controle da administração pública, não sendo capazes de gerar responsabilidade do Estado.

O **caso fortuito** (acontecimento natural, derivado da força da natureza, ou o fato das coisas), por se tratar de uma causa desconhecida que gera um dano, não é capaz de gerar responsabilidade, pois não poderia ter sido previsto nem impedido. Destarte, demonstrado que o dano era imprevisível e irresistível nada mais é necessário para liberar a Administração Pública do dever de indenizar o dano sofrido pela vítima.

O **ato de terceiro**, entendido como conduta de uma pessoa, que não sendo agente público age nesta qualidade, também pode excluir a obrigação do Estado responder pelas conseqüências danosas.

Hentz salienta que a interferência de terceiro tem a ver com o falso testemunho e se encontra em inúmeros casuísmos que só na prática se pode constatar, devendo o juiz detecta-los para que não interfiram no julgamento.(1995, p. 133)

Também no caso fortuito, na força maior e no ato de terceiro deve-se observar a questão das concausas, vez que o dano imputável à culpa do lesado somente exclui a responsabilidade do Estado quando for exclusiva, quando se tratar de culpa concorrente a responsabilização será apenas mitigada, cada qual respondendo pelo tanto que contribuiu para o resultado lesivo.

5.8 Ação de indenização

Reconhecido o erro, em decisão proferida pela corte rescindenda, forma-se verdadeiro título executivo, bastando, no cível, fixar e apurar o quantum da indenização.

O fato de não ter o condenado requerido ao tribunal o reconhecimento de seu direito à indenização, por ocasião da revisão, causa grande polêmica entre respeitados doutrinadores.

Para uma corrente, a ausência de pedido incidente na revisão não importa em perda deste direito. Se o prejudicado não requereu a fixação de indenização naquela oportunidade ainda poderá postular a reparação dos danos através da via ordinária.¹⁵

Como salienta Yussef Said Cahali, “a preterição do pedido incidente na revisão criminal, ou a própria inexistência de uma prévia revisão criminal, não deve constituir óbice para o exercício da ação indenizatória”. (1996, p. 601)

Esse entendimento justifica-se pelo fato de que a ação de indenização é independente da revisão criminal, e cada qual tem suas pretensões.

Neste mesmo sentido é o entendimento de Luiz Antônio Soares Hentz:

A sustentação que se faz aqui é no sentido da desnecessidade de desconstituir o julgado cível ou criminal, podendo a indenização ser postulada como ação autônoma, já que a coisa julgada não opera impedimento a considerações sobre eventual desacerto do julgamento. (1995, p. 43)

A revisão criminal busca desconstituir os efeitos da sentença condenatória. Já a ação reparatória procura recompor os prejuízos causados pelo erro judiciário.

Outra corrente argumenta que a desconstituição do julgado constitui pressuposto lógico para a obtenção da indenização a que se refere o art. 630 do CPP, e que, aceitar a tese da desnecessidade da desconstituição seria instalar a incerteza jurídica e desestabilizar os julgados.

Stoco quando trata da desconstituição do julgado salienta o que segue:

Ofende a lógica jurídica permitir que o julgador civil ingresse no próprio mérito da causa revisional para decidir de forma contrária ao que ficou assentado na ação, criada apenas e tão somente para a revisão das decisões proferidas no crime e acobertadas pela imutabilidade ordinária, por força da coisa julgada. (2001, p. 798)

¹⁵ 2.^a Câmara do TJSP, 12.10.1962, RT 329/744. No mesmo sentido, 4.^a Câmara do TJSP, 02.12.1969, RJTJSP 11/74.

Nesse mesmo sentido é o escólio de Juary C. Silva:

[...] parece-nos que a desconstituição da sentença transitada em julgado seja pré-condição essencial no atinente à caracterização dessa responsabilidade, em todas as hipóteses em que dela decorrer sentença de mérito. (1985, p. 117)

Rui Stoco (2001, p. 797) faz duas ressalvas à exigência da desconstituição do julgado:

A primeira ocorre quando o erro decorrer de má atuação do Estado-administração, caso em que não ocorre o erro judiciário, mas o indivíduo lesado poderá pedir reparação do Estado à qualquer tempo. Um exemplo deste caso é quando o acusado tenha sido detido pela autoridade policial com abuso de autoridade.

A segunda ressalva acontece quando o erro não judiciário decorrer de decisão de mérito, mas localizar-se na execução da pena. Como exemplo cita-se os casos de erro de cálculo ou mesmo incorreto critério de apuração da pena exeqüenda.

A titularidade ativa para postular judicialmente a indenização cabe ao condenado, se for vivo. Porém, se morto o réu, a titularidade passa a ser do cônjuge supérstite, do ascendente, do descendente ou do irmão.

Enfim, se o condenado estiver morto, a indenização poderá ser requerida por seus herdeiros legítimos, na ordem de vocação hereditária, conforme dispõe o Código Civil. Diz-se que a titularidade para a ação passa a ser daqueles a quem a vítima estava obrigada a prestar alimentos.

Neste sentido são os ensinamentos de Espínola Filho, que preceitua o seguinte: "se a vítima do erro judiciário vier a falecer, o direito à indenização se transmite às pessoas a quem estava ele obrigado a prestar alimentos". (*apud* STOCO, 2001, p. 798).

Aliás, o art. 943 do Código Civil dispõe que "o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança".

Para que o lesado obtenha a indenização é necessário que a Fazenda Pública seja acionada. O Estado (União, estados e municípios), representado em juízo pela Fazenda Pública, será o sujeito passivo da ação civil de conhecimento ou execução, visando a reparação do dano causado pelo erro judiciário.

Para responder pela indenização deve-se observar qual o órgão público foi o causador do dano, assim, o Estado-membro ou o Distrito Federal será responsável pela indenização, se o erro judiciário ou excesso de prisão forem causados por órgãos da Justiça estadual ou do Distrito Federal.

A União será responsável se tais erros forem ocasionados por órgãos da Justiça federal.

Resta à Fazenda Pública, contudo, o direito de regresso, nos termos do art. 37, § 6º da CF/88, contra o agente causador do dano, caso fique evidenciado que este agiu com dolo ou culpa.

Na ação de revisão criminal não é fixado o *quantum debeatur*, mas apenas se procura estabelecer nesta ação a obrigação da Fazenda Pública indenizar o dano sofrido pelo réu ou por seus descendentes.

Com essa condenação forma-se um título executório ilíquido, que se completará com a propositura de uma ação executória no juízo cível contra o Estado para que seja fixada a quantia da indenização.

E por tratar-se de sentença ilíquida não está definido o valor da obrigação, e por isso faz-se necessária a liquidação.

Como já dito anteriormente, o erro judiciário propicia dupla reparação: por dano material efetivamente ocorrido, como eventuais danos emergentes e lucros cessantes, e por dano moral.

Ao tratar da liquidação da sentença Rui Stoco (2001, p. 798) admite que a indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido (danos emergentes e lucros cessantes), e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1.547¹⁶ (cf. art.

¹⁶Art. 1.547 do Código Civil de 1916. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550)

1.550 do Código Civil). Isto porque este art. 1.550 dispõe que "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".

O parágrafo único do art. 1.547 do Código Civil de 1916 estabelecia que se na injúria ou calúnia o ofendido não puder provar prejuízo material, "pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva".

Stoco, diante desses fundamentos, e levando em consideração os critérios estabelecidos no art. 49 do Código Penal para a fixação da pena de multa, realizou o seguinte cálculo:

Multa no grau máximo: 360 dias-multa, multiplicado pelo valor máximo do dia-multa, que corresponde a 5 vezes o salário mínimo = 1.800.

Dobro da multa no grau máximo: $1.800 \times 2 = 3.600$ salários mínimos.

Diante deste cálculo, Stoco concluiu em sua obra que:

[...] o valor é realmente expressivo, pois, hoje, equivalem a aproximadamente U\$ 374.000,00 (trezentos e setenta e quatro mil dólares) o que, contudo, não compromete o raciocínio desenvolvido, nem desautoriza a afirmação de que essa indenização tarifada foi prevista com o objetivo de compor o dano moral, sem prejuízo da indenização por danos materiais comprovados. (2001, p. 799).

Porém, quer parecer que após a entrada em vigor do Código Civil de 2002 este entendimento fica superado, e este critério de fixação de danos morais deve ser substituído pelo arbitramento judicial por falta de legislação que trate especificamente do assunto.

Isso se dá porque no parágrafo único do art. 953, do Novo Código Civil foi dada nova redação ao parágrafo único art. 1.547, do Código Civil de 1916, deixando de fixar parâmetros para a indenização, prevendo que "cabará ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso".

Neste diapasão salutar se faz as palavras de Luiz Hentz:

É na equidade, evidentemente, que está a base para o arbitramento que exige a reparação do dano moral, cujo aferimento objetivo afigura-se impossível ante a inexistência de efeitos práticos. Nesse mister, o juiz tem ampla liberdade para sopesar as circunstâncias e pautar-se dentro do razoável para a atribuição de obrigação pecuniária ao Estado em montante não além nem aquém da suficiente para a compensação do lesado por erro judiciário. (1995, p. 146)

Para fixar a indenização o juiz deverá observar a situação econômica da vítima do erro judiciário, e aquilo que ele perdeu, abrangendo todo dano por ele sofrido.

Hentz ainda salienta que: “Seria de bom alvitre, por tudo isso, que a legislação ditasse regras a serem seguidas pelo juiz quando do arbitramento da indenização por dano moral, especificamente com relação à atividade judiciária”. (1995, p. 145)

Outro ponto importante a ser lembrado é a culpa concorrente na fixação da indenização.

Quando a vítima de erro judiciário houver contribuído para o prejuízo será possível que o montante a ser indenizado seja diminuído proporcionalmente à influência da atividade do próprio lesado no evento danoso.

Se a culpa da vítima for mínima poderá até ser desconsiderada na fixação da indenização, visto que a capacidade danosa da atividade judiciária é bastante superior.

Realizada a fase de liquidação e convertida a obrigação de indenizar em valor em dinheiro. A Fazenda Pública poderá pagar espontaneamente, o que raramente ocorre, ou então passa-se para o processo de execução.

Para a realização do crédito é necessário lançar mão dos precatórios. Na execução há que se diferenciar a obrigação de indenizar de caráter ressarcitório, e as de caráter alimentar, visto que as últimas têm prioridade no pagamento e compõe um quadro próprio de preferência.

7 CONCLUSÃO

A responsabilidade patrimonial do Estado evoluiu da irresponsabilidade para a responsabilidade com culpa (fase civilista) e desta para a responsabilidade sem culpa (fase publicista).

Na teoria da irresponsabilidade os doutrinadores defendiam que o Estado não respondia pelos atos de seus agentes, pois como ente soberano o Estado não era capaz de causar danos aos seus súditos.

A teoria da irresponsabilidade cedeu lugar para as teorias civilistas (teoria dos atos de império e atos de gestão e teoria da culpa civil), passou-se então a admitir a responsabilidade do Estado pelos atos culposos de seus agentes. Esta teoria foi amparada por princípios do direito civil baseados na idéia da culpa.

Mais tarde chegou-se às teorias publicistas que consagraram a responsabilidade objetiva do Estado. Para estas teorias, se os agentes públicos causarem danos ao particular o Estado é obrigado a indenizar independentemente da existência de culpa.

Em cada sistema jurídico a responsabilidade do Estado é apresentada de maneira diferente. A responsabilidade do Estado será maior ou menor de acordo com a estrutura político-administrativa, em função da harmonia de seus poderes soberanos, da sua filosofia jurídica, de sua formação e de seus preceitos tradicionais.

De modo geral, observa-se uma tendência mundial no sentido de se afastar a imunidade estatal e acolher a tese da responsabilidade do Estado.

O fundamento da responsabilidade do Estado está em dois princípios: o da legalidade e o da igualdade. O princípio da legalidade poderá ser invocado quando o Estado através de seu agente desrespeitar a lei causando danos ao particular. Já o princípio da igualdade poderá ser fundamento da responsabilidade estatal quando o agente, mesmo procedendo de acordo com o direito, causar danos ao particular.

No direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988, no art. 37, §6º, consagrou a teoria objetiva, na modalidade do risco administrativo para efeitos de

reparação de danos, ou seja, a responsabilidade do Estado é independente de culpa ou dolo do agente público.

A culpa ou dolo do agente público só interessa para fins de ação de regresso contra o agente causador do dano.

Há grandes divergências doutrinárias quanto à responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais.

Juary C. Silva, Cretella Júnior, Lafayette Ponde e Yussef Said Cahalli, defendem ser admissível o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, pois o art. 37, §6º da CF previu a responsabilidade do Estado por atos de seus agentes, e o juiz deve ser entendido como um agente público.

A outra corrente doutrinária defende a irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais com fundamento nos seguintes argumentos: soberania do Poder Judiciário, incontrastabilidade da coisa julgada, ausência de texto legal expresso, falibilidade contingencial dos juízes, risco do serviço assumido pelo jurisdicionado e independência do juiz.

Inúmeras são as atividades judiciárias danosas: o erro judiciário, a denegação de justiça, o serviço judiciário defeituoso, o dolo ou culpa do juiz.

Diante da sistemática do art. 37, § 6º da CF, a responsabilidade será primária para o Estado pelos atos de seus agentes, enquanto que os artigos 133 do CPC e 49 da LOMAN poderão ser invocados quando da ação regressiva, movida pelo Estado contra o magistrado.

Erro judiciário são os atos injustos praticados no exercício da jurisdição que pode ocorrer no âmbito penal e não penal, abrangendo o erro no processo civil, trabalhista, eleitoral ou em qualquer outra área de atuação jurisdicional; pode ser erro "in procedendo" ou "in judicando"; pode decorrer de erro, dolo ou culpa do juiz (negligência, imperícia ou imprudência)

O erro judiciário penal poderá ser atacado através da revisão criminal, enquanto que para o erro judiciário civil caberá a ação rescisória.

Várias são as causas do erro judiciário. Há que se destacar que elas estão intimamente ligadas à formação da prova e com a formação do convencimento do magistrado.

Entre várias causas do erro judiciário podemos citar as seguintes: o erro ou ignorância, o dolo e a simulação ou fraude, o erro judiciário decorrente da culpa do juiz, a decisão contrária à prova dos autos, o erro provocado não imputável ao julgador, a errada interpretação da lei, o erro judiciário decorrente da aplicação da lei.

A indenização da vítima do erro judiciário é constitucionalmente prevista no art. 5º, LXXV e visa restabelecer o *status quo ante* em que estaria o injustamente condenado, se não tivesse sofrido o erro judiciário. A indenização deve abarcar tanto os danos patrimoniais como os morais.

No processo criminal caberá ao interessado (o lesado ou seus herdeiros quando o primeiro já teve falecido) na revisão criminal, requerer o reconhecimento do direito à indenização.

A Fazenda Pública terá o direito de regresso, nos termos do art. 37, § 6º da CF/88, contra o agente causador do dano, caso fique evidenciado que este agiu com dolo ou culpa.

Para que o Estado seja ressarcido dos valores despendidos na indenização do dano causado por seu agente, pode-se utilizar duas vias processuais distintas: a denúncia da lide ou ação própria.

A reparação deve ser integral, abrangendo todas as dimensões jurídicas, econômicas e morais, onde o condenado tenha sido afetado. Se possível *in natura*, e, quando tal não se der, pelo equivalente prático ou econômico.

Há casos porém em que o Estado é isento do dever de indenizar, são eles: quando o próprio prejudicado pela decisão ou sentença concorreu para o erro judiciário, quando há culpa exclusiva de terceiro, ou quando tenha ocorrido caso fortuito ou força maior.

A responsabilização do Estado em caso de erro na ação penal de iniciativa privada é muito discutido. Há doutrinadores que defendem não ser possível a responsabilidade, pois há previsão expressa no art. 630, § 2º, alínea "b" do CPP.

Outros doutrinadores defendem que a expressão meramente privada somente exclui a responsabilidade do Estado quando a ação for exclusivamente privada ou privada personalíssima. O mesmo não ocorre quando a ação penal privada é subsidiária da pública, pois nesses casos o Ministério Público funciona como litisconsorte adesivo obrigatório, jamais perdendo sua posição de parte principal na ação.

Já uma terceira corrente entende que a Constituição Federal no art. 5º, LXXV não fez distinção se a ação é pública ou privada, podendo haver o reconhecimento do erro judiciário em qualquer uma delas.

Reconhecido o erro, em decisão proferida pela corte rescindenda, forma-se verdadeiro título executivo, bastando, no cível, fixar e apurar o quantum da indenização.

Realizada a fase de liquidação no juízo cível e convertida a obrigação de indenizar em valor em dinheiro. A Fazenda Pública poderá pagar espontaneamente, o que raramente ocorre, ou então passa-se para o processo de execução em que o crédito deverá ser inscrito nos precatórios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Edmir Neto. **Responsabilidade Civil do Estado por ato jurisdicional**. São Paulo: Ed. RT, 1981.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. **Dano Moral**. 2. ed. ver., atual. E ampl. São Paulo: Ed. RT, 1998.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e a teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2.v. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro anotado**. 9ºv. Campinas: Bookseller, 2000.

EUZÉBIO, Silvio Roberto Matos. **Reparação do erro judiciário e do cumprimento da pena privativa de liberdade além do tempo fixado na sentença**. Jus Navigandi, Teresina, a. 1, n. 7, fev. 1997. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1112>>. Acesso em: 09 out. 2002

FACHIN, Zulmar. **Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. **Indenização do erro judiciário**. São Paulo: Editora Leud, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros – 1994.

MOSSIM, Heráclito Antônio. **Revisão criminal no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

NANNI, Giovanni Ettore. **A Responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. **CPC e Legislação Processual Civil extravagante em vigor**. São Paulo: Ed. RT, 1994.

QUIRINO, Arnaldo. **Prisão ilegal e responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

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

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. **Responsabilidade do Estado erro judicial praticado em ação cível**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

TRUJILLO, Elcio. **Responsabilidade do Estado por ato lícito**. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

