

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO DAS FACULDADES
INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE
PRUDENTE – SP – DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL

**DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DOS ATOS
JUDICIAIS DE NATUREZA CAUTELAR – PRISÕES PROVISÓRIAS**

Rodrigo Manoel Carlos Cilla

Presidente Prudente/SP

2014

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

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO DAS FACULDADES
INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE
PRUDENTE – SP – DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL

**DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DOS ATOS
JUDICIAIS DE NATUREZA CAUTELAR – PRISÕES PROVISÓRIAS**

Rodrigo Manoel Carlos Cilla

Monografia apresentada como requisito
parcial para obtenção de título de
especialização em Direito Civil e Processo
Civil, sob orientação do Professor Dr.
Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior

Presidente Prudente/SP

2014

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DOS ATOS JUDICIAIS DE NATUREZA CAUTELAR – PRISÕES PROVISÓRIAS

Monografia aprovado como requisito para a obtenção do título de especialista em Direito Civil e Processo Civil

Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior

Orientador

Examinador

Examinador

Presidente Prudente, (data da apresentação)

A Saudade é um sentimento do coração que vem da sensibilidade e não da razão.

Dom Duarte.

AGRADECIMENTOS

Peço licença a todos as pessoas importantes da minha vida, mas esse agradecimento vai única e exclusivamente para o meu querido pai, Orlando Carlos Cilla, in memoriam.

RESUMO

O escopo central deste trabalho de conclusão de Curso de Pós Graduação em Direito Civil e Processo Civil é tratar da responsabilidade civil extracontratual do Estado em face das decretações das prisões cautelares, tendo em vista posterior absolvição do indiciado, réu ou acusado, relacionado, assim, a norma constitucional da responsabilidade civil prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal com o artigo 5º, inciso LXXV, que trata do erro judiciário. Em outras palavras, se subsequente absolvição de quem teve contra si decreto de prisão cautelar, transmuda o ato judiciário em erro judiciário. Trata-se de assunto atual, tendo em vista ser objeto de Representatividade da Controvérsia n.º 33, perante o Supremo Tribunal Federal, bem como polêmico na doutrina e jurisprudência pátria. Assim sendo, a responsabilidade civil extracontratual do Estado será abordada em linhas gerais, destacando sua transformação no espaço e tempo, as teorias desde a fase da irresponsabilidade até os dias atuais, tratando da divergência das condutas omissivas e comissivas, em face da responsabilidade subjetiva do Estado, bem como os elementos constitucionais aptos a ensejar a responsabilidade civil. Num segundo momento, será analisada a responsabilidade civil do estado em face dos atos legislativos e judiciais e dos agentes públicos, bem como o erro judiciário sob a óptica constitucional, bem como as modalidades de prisão cautelar de natureza processual, as causas excludentes e atenuantes da responsabilidade e os argumentos da responsabilidade civil do Estado, assim como de sua irresponsabilidade em face de tais prisões. Quanto à irresponsabilidade do Estado em face das prisões cautelares com ulterior absolvição do acusado, indiciado ou réu, será abordado o entendimento pela não responsabilização do Estado, como base na doutrina como nas jurisprudências de diversos Tribunais de Justiça dos Estados. Por derradeiro, será externada nossa síntese conclusiva em relação à irresponsabilidade extracontratual do Estado em face das prisões processuais de natureza cautelar, nos termos da pesquisa e estudo.

Palavras - chave: Estado. Responsabilidade Civil. Prisão Cautelar. Erro Judiciário. Direito Constitucional. Direito Administrativo. Representatividade da Controvérsia.

ABSTRACT

The main scope of this work to completion of the Postgraduate Course in Civil Law and Civil Procedure is to treat the non-contractual liability of the State in the face of precautionary arrests , given subsequent acquittal of the accused , defendant or accused , related, thus the constitutional rule of civil liability under Article 37 , § 6 of the Federal Constitution with Article 5, paragraph LXXV , dealing with miscarriage. In other words, if subsequent acquittal of whom had against injunctive decree prison, transmutes the writ in mistrial. This is the current issue, in order to be subject to the Dispute Representation n . # 33 , before the Supreme Court as well as the controversial doctrine and jurisprudence homeland. Thus, the tort of the State will be addressed in general terms , highlighting its transformation in space and time , the theories of irresponsibility from the stage to the present day , dealing with the divergence of omission commissive and pipelines, in the face of subjective responsibility State , as well as able to give rise to civil liability constitutional elements. Secondly, will be analyzed the liability of the state in the face of legislative and judicial acts and public servants, and the miscarriage of justice under the constitutional optics, as well as arrangements for the interim detention of a procedural nature , exclusionary cause and mitigating the responsibility and liability of the arguments of the State , as well as their irresponsibility in the face of such prisons. As for the irresponsibility of the state in the face of precautionary arrests with subsequent acquittal of the accused , indicted or defendant , will be addressed by not understanding the accountability of the state , based on the doctrine and jurisprudence in various Courts of States. For the last, will be externalized our concluding summary in relation to the non irresponsibility of the state in the face of procedural protective nature of prisons under research and study .

Key-words: State. Civil liability. Interim prison. Mistrial. Constitutional Law. Administrative Law. Representativeness of controversy.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES TABELAS E QUADROS

QUADROS

QUADRO 1 – Representativo da Controvérsia	22
---	----

SUMÁRIO

1	Introdução.....	10
2	Evolução Histórica Da Responsabilidade Civil Extracontratual Do Estado....	12
2.1	Teoria Da Irresponsabilidade Do Estado.....	12
2.2	Teoria Civilista Da Culpa	13
2.3	Teoria Da Culpa Administrativa	14
2.4	Teoria Da Responsabilidade Objetiva	16
3	Evolução Da Responsabilidade Civil Do Estado No Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	20
3.1	Responsabilidade Civil Por Ação Ou Omissão Estatal.....	24
3.2	Elementos Da Responsabilidade Civil.....	34
3.2.1	Da Conduta	37
3.2.2	Do Cano.....	39
3.2.3	Do Nexo De Causalidade	42
3.2.4	Responsabilidade Civil Por Medidas Legislativas	44
4	Responsabilidade Civil Do Estado Por Atos Judiciais	51
4.1	Atos Judiciais	51
4.2	Responsabilidade Pessoal dos Agentes Públicos.....	54
4.3	Responsabilidade Estatal pelo Erro Judiciário	57
4.4	Prisões Cautelares	61
4.5	Prisão Decorrente de Sentença Penal Condenatória Recorrível	69
4.6	Responsabilidade Estatal pelo Erro nas Prisões Indevidas.....	70
4.7	Das Excludentes ou Atenuantes de Responsabilidade	73
4.7.1	Culpa exclusiva da vítima.....	74
4.7.2	Fato de terceiro	76
4.7.3	Caso fortuito e força maior.....	77
4.7.4	Estado de necessidade.....	80

4.7.5 Letígima defesa	82
4.7.6 Estrito cumprimento do dever legal	82
4.7.7 Exercício regular de direito	83
4.8 Irresponsabilidade Estatal Decorrente das Prisões de Natureza Cautelar ..	84
5 CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	97

1 INTRODUÇÃO

O tema responsabilidade civil do Estado em face dos atos judiciais de natureza cautelar – prisões cautelares, é polêmico, tanto na doutrina, como na jurisprudência, inclusive é Tema de Controvérsia da Representatividade n.º 33, perante do Supremo Tribunal Federal.

O cerne da questão versa se subsequente absolvição transforma a prisão cautelar em prisão ilegal, abusiva, passível de indenização pelo Estado, nos termos do artigo 5º, inciso LXXV, do CF.

Tendo a função de prestador da tutela jurisdicional no processo crime com exclusividade, o Estado tem o dever/obrigação de indenizar os prejuízos advindos da prisão processual de natureza cautelar? Ou seja, se ulterior absolvição ao fim do processo crime transmuda o ato judicial de natureza cautelar em erro judiciário, em face do que dispõe o artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal.

A situação acima é abrangida pelo erro judiciário, uma vez que a Constituição deixou de conceituar o que seria erro judiciário?.

Por outro lado, a Constituição Federal, nos termos do artigo 5º, inciso LXI, admite as prisões processuais de natureza cautelar, ao dispor: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. Ou seja, por imperativo constitucional, o Estado é civilmente responsável pelos prejuízos causados por seus agentes, seja dos Poderes executivo, legislativo e judiciário. Verifica-se, portanto, uma colisão aparente de normas constitucionais, mas como dito, apenas aparente.

O Estado-juiz ao decretar a segregação provisória de natureza cautelar exercer um direito/prerrogativa constitucionalmente prevista, uma vez que se baseia num juízo de cognição sumária e provisória.

Eventual revogação da prisão cautelar ou mesmo absolvição, não tem do condão de ensejar a responsabilidade do Estado, porquanto atua amparado por uma causa de excludente do nexo de causalidade.

Portanto, para parte da doutrina e jurisprudência, a responsabilidade civil do Estado é de cunho subjetivo, eis que exige atuação do magistrado com dolo ou fraude.

Merece ser ressaltado que para alguns juristas, a Constituição Federal de 1988 permite a responsabilidade subjetiva, com base na culpa.

Na senda dessas ideias, o tema será limitado aos seus pontos fundamentais na doutrina e jurisprudência, sem esgotar o seu conteúdo.

Dividimos o presente trabalho em quatro capítulos visando estruturar a responsabilidade de modo a facilitar o raciocínio lógico para chegar à conclusão do entendimento sobre o tema estudado.

O segundo capítulo é dedicado ao estudo da evolução histórica da responsabilidade civil do Estado, desde a total irresponsabilidade estatal até os dias de hoje, na concepção de objetiva.

No capítulo subsequente, abordaremos a evolução da responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro, seu tratamento pelas Constituições anteriores e legislação infraconstitucional, bem como o atual tratamento jurídico constitucional dado pela Carta Magna de 1988, seja na vertente objetiva, seja na vertente subjetiva, admitida por parte da doutrina e jurisprudência, assim como os elementos da responsabilidade civil e, por fim, a responsabilidade civil do estado em face das medidas legislativas.

No quarto capítulo, tendo em vista a importância do trabalho, será exposta a responsabilidade civil estatal por atos judiciais, a responsabilidade pessoal do agente público e, por derradeiro, a responsabilidade do estado por erro judiciário.

Neste capítulo ainda, será abordado a responsabilidade estatal pelo erro nas prisões indevidas, as hipóteses de cabimento da prisão cautelar, requisitos e, ainda, as causas de exclusão ou atenuantes da responsabilidade e, por fim, o tema central do presente trabalho referente irresponsabilidade estatal por prisões cautelares de natureza processual.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

O tema da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado evoluiu muito passando da total irresponsabilidade do Estado para a responsabilidade do ente estatal de cunho subjetiva, baseada na culpa e, posteriormente, para a responsabilidade de forma objetiva, esta adotada pelo constituinte de 1998, ao dispor no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

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

Ressalta, inicialmente, que, para alguns juristas, a Constituição permite a responsabilização do Estado de forma subjetiva, isto é, com base no conceito de culpa, decorrente da omissão estatal.

2.1 Teoria da Irresponsabilidade do Estado

Nos meados do século XIX, o Estado não respondia por atos praticados por seus agentes, muito menos por atos dos Reis, vez que tinha atuação ilimitada em relação aos particulares. Esta teoria baseava-se na ideia de soberania, decorrentes de Estados absolutistas, despóticos. Consubstanciava-se o denominado Estado liberal.

Nesta época, vigorava a total irresponsabilidade do Estado, traduzida nos postulados: “the king can do no wrong”¹, da doutrina inglesa, e “Le roi ne peut

¹ “O rei não pode errar”.

mal faire”², da doutrina francesa, ou seja, o Estado não respondia civilmente pelos danos, eis que o Ente Estatal dispunha de autoridade incontestável perante os súditos.

A teoria da irresponsabilidade não prosperou por notadamente injusta, pois o interessado tinha apenas ação contra o próprio funcionário, mas nunca contra o Estado.

O Estado Liberal cedeu espaço ao Estado de Direito, de modo que, ao Estado, deveriam ser atribuídos os direitos e deveres inerentes aos indivíduos, assim como às pessoas jurídicas.

Nasce, portanto, a Teoria da Responsabilidade Civil do Estado, com base na culpa ou Responsabilidade Civil Subjetiva.

2.2 Teoria Civilista da Culpa

Conforme leciona Cavalieri Filho (2010 p. 239), a doutrina da irresponsabilidade do Estado, apesar da resistência dos conservadores, fora paulatinamente sendo vencida pela própria lógica e repelida pela doutrina e pelos tribunais.

Neste segundo momento, com o abandono da irresponsabilidade estatal, passou-se a admitir a responsabilidade civil do Estado com base na culpa de seus agentes.

Adotou-se, portanto, num primeiro momento, a teoria civilista da culpa, contudo, distinguem-se dois tipos de atividade estatal, quais sejam, os atos de império e os atos de gestão.

Atos de império, à luz da doutrina de Di Pietro (2012, p. 699-700), importavam naqueles praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e imposto unilateral e coercitivamente ao particular

² “O rei não pode errar”.

independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum.

Atos de gestão, por outro lado, seriam os praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares.

Os atos de império, portanto, são coercitivos decorrentes do poder soberano do Estado, de modo que não haveria responsabilização, uma vez que o fato, assim como as normas seriam regidos por regras de direito público, a qual visam, ao final, proteger o Estado.

Por sua vez, os atos de gestão são atos que nivelam ou, até mesmo, se aproximam com os atos do direito privado, fato que poderia ensejar a responsabilidade civil do estado.

Tal distinção assevera Di Pietro (2012, p. 700) provocou inconformismo, uma vez que na prática era difícil distinguir entre atos de império e atos de gestão, o que muitas vezes frustrava o ressarcimento das vítimas pelo Estado, assim como a impossibilidade de dividir a personalidade jurídica do estado.

Nesse segundo momento, a doutrina abandonou a distinção entre atos de império e atos de gestão entendendo que a responsabilidade civil do Estado era subjetiva com a necessidade de demonstração da culpa. Baseavam-se no artigo 15 do Código Civil Brasileiro de 1916, que, na concepção desta doutrina, consagrou a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado.

2.3 Teoria da Culpa Administrativa

Diante do inconformismo, surgiu a Teoria da Culpa Administrativa, pela qual não era mais necessária a distinção entre atos de império e atos de gestão, de modo que o indivíduo lesionado em seu direito não precisava identificar o agente estatal, mas tão somente provar o mau funcionamento do serviço público.

Segundo o professor Carvalho Filho (2011, p. 503), esta Teoria foi consagrada pela clássica doutrina de Paul Duez, denominada de culpa anônima ou falta do serviço ou culpa anônima do serviço público.

Segundo leciona o professor Mello (2013, p. 1024) é a Teoria do Órgão ou organicista, uma vez que o estado e agente não se bipartem, mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade. Ainda com base nas lições de Mello (2013, p. 1025) aduz que o órgão supõe a existência de uma só pessoa, a própria pessoa do Estado, razão pela qual o dano causado ao particular, imputa-se diretamente à pessoa jurídica de cuja organização faz parte o funcionário causador do dano.

Para esta teoria, a falta do serviço, seja pela inexistência do serviço, seja pelo mau funcionamento do serviço, assim como pelo simples fato do retardamento do serviço ensejaria a responsabilidade estatal, bastando que o interessado comprovasse que o fato danoso decorreu do mau funcionamento do serviço, contudo, o ônus probatório era do interessado.

É importante trazer a colação ensinamentos do professor Cavaliere Filho (2010, p. 241):

Alguns autores não fazem distinção entre a culpa anônima e a responsabilidade objetiva, chegando, mesmo, a afirmar que são a mesma coisa. Estamos, neste ponto, com o professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ao advertir que a responsabilidade por falta do serviço, falha do serviço ou culpa do serviço, seja qual for a tradução que se dê à fórmula francesa *faute du service*, não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, mas subjetiva, porque baseada na culpa do serviço diluída na sua organização, assumindo feição anônima ou impessoal.

Nesse sentido, decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Responsabilidade Civil Omissão Responsabilidade subjetiva do Estado
Ação de indenização por danos materiais e morais por crime praticado por terceiros. Não comprovação da falha do serviço Recurso desprovido
Apelação Cível n°. 0019577-19.2011.8.26.0053, 13ª Câmara de Direito Público. Comarca de São Paulo. www.jusbrasil.com.br

Para o professor Cavalieri Filho (2010, p. 241) em inúmeros casos de responsabilidade pela falta do serviço admite-se a presunção de culpa em face da extrema dificuldade, às vezes intransponível, de se demonstrar que o serviço operou abaixo dos padrões devidos, casos em que se transfere para o Estado o ônus de provar que o serviço funcionou regularmente, de forma normal e correta, sem o que não conseguirá elidir a presunção e afastar a sua responsabilidade.

Nesse sentido, julgamento do Supremo Tribunal Federal.

(...) A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexa causal entre o dano e a ação administrativa. II. – Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute de service* dos franceses (...). (grifou-se) (STF, RE 179147/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, j. 12/12/1997)

A Teoria da culpa anônima ou culpa do serviço procurou retirar do Estado a ideia de culpa do funcionário, prevalecendo, assim, a culpa do serviço público, quando este funciona mal, funcionou atrasado ou não funcionou, podendo, em alguns casos perquirir a culpa.

2.4 Teoria da Responsabilidade Objetiva

Os povos modernos evoluíram e com fundamento de ordem política e jurídica adotaram a responsabilidade objetiva do Estado, responsabilidade desenvolvida na seara do Direito Público.

Segundo a doutrina, a responsabilidade objetiva tem base nos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais, uma vez que a atividade do estado é desenvolvida em prol da comunidade, nada mais justo que todos respondem por eventuais danos, custeados pelos impostos pagos pelos contribuintes.

Segundo Mello (2003, p. 866)

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. De conseqüente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.

Para esta Teoria, o Estado responde com base no nexo de causalidade, ou seja, basta que o interessado comprove a relação causal entre o dano e a atividade estatal, independentemente da aferição de culpa do Estado ou de seus agentes, bem como culpa do serviço para nascer à obrigação do Estado de ressarcir os prejuízos morais e materiais.

É chamada de Teoria da Responsabilidade Objetiva, fundada no risco administrativo, pois não prescindi da análise dos elementos subjetivos (culpa ou dolo) e encontra fundamento no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Sendo assim, a responsabilidade do Estado pode ser atenuada, assim como excluída, nos casos de culpa concorrente ou diante das hipóteses de exclusão da responsabilidade do estado, consistente na força maior, caso fortuito e culpa exclusiva de vítima ou de terceiros.

Ademais, pode ser excluída a responsabilidade do Estado por atos praticados em legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito, nos termos do artigo 181, do Código Civil, hipóteses que serão analisadas em momento oportuno.

Percebe-se, portanto, que não foi acolhida pela Carta Magna de 1988 a teoria da responsabilidade objetiva fundada no risco integral, pela qual o Estado responderia de forma irrestrita pelos danos ocasionados, não podendo, portanto,

alegar as causas que excluem o nexo causal, assim como a culpa exclusiva da vítima ou culpa concorrente.

Nesse sentido:

Responsabilidade civil do Estado – Indenização – Teoria objetiva – Risco Administrativo – Necessidade de existência de nexo causal entre o evento e o serviço público – Atribuição do evento fatídico à própria ação da vítima – Improcedência do pedido – Recurso Improvido” (TJMG, RT, 611:221).

Consoante entendimento da doutrina e da jurisprudência é necessário à existência do nexo de causalidade para ensejar a responsabilidade do estado, sem a qual está não deve subsistir.

Nesse sentido, brilhante decisão judicial citado pelo professor Gonçalves (2010, p. 210).

Assim, se o risco administrativo não significa que a indenização sempre será devida, pois não foi adotada a teoria do risco integral, e se a culpabilidade da vítima está reconhecida e está, quanto ao ofensor, afastada a ilicitude do fato, a doura sentença merece ser mantida. É que, enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública: se parcial, reparte-se o “quantum” da indenização.

Pela leitura dos livros de direito administrativos (Hely Lopes Meirelles, Washington de Barros Monteiro e outros) percebe-se certa confusão a respeito de qual Teoria a Constituição Federal adotou. Optou-se pela teoria do risco administrativo ou do risco integral, mas, para o Professor Gonçalves (2010, p. 2010), essa confusão é semântica, pois todos entendem que as regras que tratam da responsabilidade civil do estado não subsistem em quaisquer circunstâncias, podendo, portanto, ser excluída nos casos de força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima, casos que rompem o nexo de causalidade.

Para o professor Cahali (2007, p. 36), a fim de evitar essa confusão de nomenclaturas, deveria adotar a teoria do risco pura e simplesmente, sem qualquer qualificação, uma vez que sem essa qualificação, conduz necessariamente à responsabilidade objetiva em sua plenitude.

Embora exista divergência em termos de nomenclatura entre os doutrinadores, o artigo 37, § 6º, da Carta Magna, adotou a Teoria do risco administrativo na seara de responsabilidade objetiva do Estado.

3 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A irresponsabilidade civil do Estado nunca foi aceita, bem como acolhida no ordenamento jurídico brasileiro, mas, por outro lado, a despeito da inexistência de legislação específica, a doutrina e a jurisprudência, com base nos princípios gerais e fundamentais de direito, admitiam, desde sempre, a responsabilização do Estado.

Numa leitura rápida e desatenta das Constituições de 1824, em seu artigo 178, nº 29 estabelecia que: “os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados nos exercícios de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos” e na Constituição República de 1891, em seu artigo 79, continha disposição idêntica, poderíamos afirmar da existência a teoria da irresponsabilidade estatal ou norma excludente da responsabilidade do Estado.

Porém, não se trata de norma de irresponsabilidade do estado, mas de responsabilidade pessoal dos funcionários que agissem com culpa.

O Estado, de acordo com a doutrina e a jurisprudência e com base de legislação ordinária, respondia de forma solidária.

O primeiro diploma no ordenamento jurídico a tratar da responsabilidade civil do estado foi o Código Civil de 1916, em seu artigo 15:

Artigo 15. 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.

Com base neste dispositivo, a doutrina firmou posicionamento no sentido de que a Teoria civilista da culpa como fundamento Responsabilidade Civil do Estado, uma vez que a expressão, segundo Di Pietro (2012, p. 703) “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, dava a impressão

na necessidade de demonstrar a culpa do funcionário público, a fim de que o Estado respondesse”.

Contudo, segundo Di Pietro (2012, p. 703), bem como Cavalieri Filho (2010, p. 245) ensina que, tendo em vista a redação imprecisa do dispositivo, alguns autores, dentre quais, Rui Barbosa, Pedro Lessa, Amaro Cavalcante e outros, defenderam a teoria da responsabilidade objetiva, no artigo 15 do Código Civil de 1916.

Desta feita, a responsabilidade objetiva chegou primeiro na doutrina e jurisprudência.

Todavia, a Constituição Federal de 1934 adotou o princípio da responsabilidade solidária entre o Ente Público e o funcionário ao dispor que os funcionários são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos, nos termos do artigo 171. No mesmo sentir, a Constituição de 1937 repetiu a norma, em seu artigo 158.

Somente na Constituição Federal de 1946 que a responsabilidade civil objetiva, com base no risco administrativo, ou seja, fundado no nexo de causalidade, foi expressamente acolhida pelo nosso ordenamento jurídico.

Dizia o artigo 194, da Constituição Federal de 1946:

Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Patente, portanto, a adoção da responsabilidade civil objetiva do Estado, com base no risco administrativo – nexo de causalidade, existindo, ainda, o direito de regresso contra o funcionário que agisse com dolo ou culpa (parágrafo único, do artigo 194, da CF/1946).

Até mesmo nas Constituições de 1967 e de 1969, outorgadas no período do Regime Militar, a responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo não foi retirada.

Portanto, a partir da Constituição de 1946 vigora, no nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Estado, com base no risco administrativo, pelo qual basta à comprovação do nexo de causalidade para surgir à responsabilidade do Estado.

Data máxima venia, segundo o professor Cavalieri Filho (2010, p. 267) a conhecida lição de Hely Lopes Meirelles, citada em inúmeros julgados:

O exame deste artigo [o art. 194 da Constituição federal de 1946] revela que o constituinte de 1946 estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desdobramentos autárquicos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros, por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos” (Direito Administrativo Brasileiro, 2ª ed., p. 534; v 28ª ed., Malheiros Editores,. P. 624, referência ao art. 37, § 6º, da Constituição de 1988).

Por fim, não menos importante, a Constituição Federal de 1988 manteve a responsabilização civil objetiva do Estado, fundada na Teoria do risco administrativo, ao dispor em seu artigo 37, § 6º, da CF/88.

Art. 37. [...], § 6º. As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa.

Desta feita, desde a Carta Magna de 1946, vigora em nosso ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade civil do Estado fundando no risco administrativo, ou seja, com base no nexo de causalidade em oposição a Teoria do Risco integral, conforme esclarece o professor Cavalieri Filho (2010, p. 247).

Isso já era assim desde a Constituição de 1946, como reiteradamente decidiu a nossa Suprema Corte: “A responsabilidade objetiva, inculpada no art. 194 e seu parágrafo da Constituição Federal de 1946, cujo texto foi repetido pelas Cartas de 1967 e 1969, arts.105 e 107, respectivamente, não importa no reconhecimento do risco integral, mas temperado (RE 68.107-SP, rel. Min. Thompson Flores, RTJ 55/50-54). Ao fundamentar seu voto, o insigne relator refere-se a outro voto que proferiu no RE 66.103 (RTJ 51/107), sustentando que embora tenha a Constituição admitido a responsabilidade objetiva, aceitando mesmo a teoria do risco administrativo, fê-lo com temperamentos, para prevenir excessos e a própria injustiça.

Entende-se por temperamento a existências de situações que excluem a responsabilidade civil do Estado, tais como a força maior, o caso fortuito, o fato exclusivo da vítima ou de terceiros, pois tais eventos imprevistos e/ou imprevisíveis não decorrem ou não são causados por atividades do Estado.

Por outro lado, existe causa atenuante da responsabilização do ente estatal, nas hipóteses de culpa concorrente da vítima – artigo 945 do Código Civil, isto é, a obrigação de reparar subsiste de forma temperada ou mitigada, na qual haverá reflexo no quanto devido.

Nesse sentido, o professor Gonçalves (2010, p. 209) trás excelente

Ementa:

A Constituição Federal adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Poder Público, mas sob a modalidade do risco administrativo. Deste modo, pode ser atenuada a responsabilidade do Estado, provada a culpa parcial e concorrente da vítima, bem como pode até ser excluída, provada a culpa exclusiva da vítima (cf. RTJ, 55:50)

Por fim, o Código Civil de 2002 tratou o assunto da responsabilidade civil do Estado no artigo 43, ao dispor que:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado, direito regressivo contra os causadores de dano, se houver, por parte deste, culpa ou dolo.

A professora Di Pietro (2012, p. 704) critica o citado artigo do Código Civil, de modo que estaria atrasado em face do ordenamento jurídico, embora posterior à Constituição Federal de 1988, uma vez que não fez referência às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Entendo que houve uma omissão deliberada do legislador infraconstitucional, uma vez que a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadores de serviços públicos tem base na própria Constituição Federal

(37, § 6º), assim como o Código de Defesa do Consumidor, o qual trata da relação de consumo, enquanto o Código Civil de 2002 trata de relação de direitos pessoais.

Percebe-se, portanto, pelo breve histórico da responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico passou por diversas fases até chegar à fase da responsabilidade civil objetiva, fundada na Teoria do Risco Administrativo.

3.1 Responsabilidade Civil por Ação ou Omissão Estatal

O tema é de enorme magnitude, notadamente em face da ampla incidência estatal na vida em coletividade. Por claro, em que pese à análise histórica demonstrar que o interesse no estudo da responsabilidade civil do Estado não se mostra embriológica, vê-se que na contemporaneidade, o Estado, através de seus agentes, comporta uma série de atribuições complexas e amplas.

O Estado, tal qual se apresenta atualmente, incide nas mais diversificadas áreas e produz, conseqüentemente, direitos e obrigações diversos, seja internamente, seja no campo internacional. À luz desta ampla e complexa incidência estatal, curial a composição de uma estrutura que lhe confira sustentabilidade e oxigene meio eficaz de proteção de seus direitos, bem como, da coletividade. Portanto, a necessidade de criação de entes jurídicos que componham a figura do Estado.

Nesta esteira, diligencia Cahali (2007, p. 14):

Paradigma da primeira categoria, erigido à condição de pessoa jurídica necessária, o Estado, na prolixidade que caracteriza atualmente sua estrutura político-administrativa, desenvolve atividade variada, gerador de direitos e obrigações no âmbito interno como no âmbito internacional.

Outrossim, cada conseqüentário criado para fazer fluir a atuação estatal busca atender duas atividades precípua do ente público, as quais, nas lições de Monteiro (1975, p. 104) importam nas atividades jurídica e social. Nos dizeres do

autor, a atividade jurídica diligencia concomitantemente no sentido de assegurar a defesa territorial em face de eventuais inimigos externos, bem como, de confeccionar a manutenção da ordem jurídica vigente; quanto às atividades sociais, estas são destinadas à promoção do bem comum.

O Estado – através de seus agentes – ao realizar suas funções poderá, eventualmente, causar prejuízo a outrem, e, por via de consequência, verá nascer o dever de indenizar. O prejuízo não poderá restar sem a devida reparação, o que se afirma com supedâneo no Princípio da Igualdade, bem como à submissão do Estado ao Direito.

Tais argumentos, aliás, são defendidos por Mello (2013, p. 1.015):

Segundo entendemos, a ideia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito. A trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da Submissão do Poder Público ao Direito.

Deveras, a partir do instante em que se reconheceu que todas as pessoas, sejam elas de Direito Priva, sejam de Direito Público, encontram-se, por igual, assujeitadas à ordenação jurídica, ter-se-ia que aceitar, a bem da coerência lógica, o dever de umas e outras – sem distinção – responderem pelos comportamentos violadores do direito alheio em que incorressem.

Ademais, como o Estado Moderno acolhe, outrossim, o princípio da igualdade de todos perante a lei, forçosamente haver-se-á de aceitar que é injurídico o comportamento estatal que agrave desigualmente a alguém, ao exercer atividades no interesse de todos, sem ressarcir ao lesado.

Sendo assim, a ideia de responsabilização de todo aquele, incluindo-se o Ente público, que vier a acarretar danos a outrem. Logo, à luz destas premissas, curial asseverar quais condutas, dentre as que os agentes públicos hodiernamente podem vir a realizar, terão como consequência o ressarcimento.

De fato, delimitar quais atos públicos encontrar-se-ão no campo de incidência da responsabilidade civil é de extrema importância, vez que o instituto em comento pode, em uma análise menos técnica, confundir-se com o da indenização. É justamente neste aspecto que afirma Mello (2013, p. 1.010):

É importante esclarecer que o problema da responsabilidade do Estado não pode nem deve ser confundido com a obrigação, a cargo do Poder Público, de indenizar os particulares naqueles casos em que a ordem jurídica lhe confere o poder de investir diretamente contra terceiros, sacrificando certos

interesses privados e convertendo-os em sua correspondente expressão patrimonial.

Resta consignado, desta feita, que a indenização possui aplicabilidade em eventos diversos do ressarcimento. Assim, o instituto da indenização será recorrente quando a atividade do poder público consubstanciar-se em um permissivo emanado da própria ordem jurídica. Ademais, a indenização, cabe ressaltar, dar-se-á em momento anterior à conduta lícita que emane de um agente do Estado.

Nesta linha de raciocínio, Zockun (2010, p. 138) assevera que “[...] se a produção de um ato estatal tiver o condão de sacrificar de modo especial e anormal um direito economicamente mensurável, sua entrada em vigor está condicionada ao pagamento de prévia indenização”. Criva o autor, por consequência, a imprescindibilidade de prévio pagamento indenizatório quando a atividade estatal, embora calcada em ato lícito, venha “sacrificar” direito alheio”.

Por outro lado, o ressarcimento será oportunizado quando da realização de eventos ilícitos provenientes do Poder Público e que cause efetivo prejuízo à esfera patrimonial de outrem. A divergência toca ainda o momento da reparação do evento, que, em sentido diametralmente oposto à indenização, operar-se-á *a posteriori* o sobredito evento.

Elucida a divergência colocada ao debate Cahali (2007, p. 13), ao afirmar:

Tradicionalmente, tal responsabilidade compreende a reparação dos danos causados pelos ilícitos, não abrangendo, desse modo, a indenização devida em decorrência de atividade legítima do Poder Público, como sucede nos casos de desapropriação, de requisição, de execução compulsória de medidas sanitárias.

Salienta-se que o termo “sacrifício” utilizado por Zockun (2010, p. 138) encontrara amparo, igualmente, em Alessi (1955, p. 155 e ss.). Na dicção do doutrinador italiano, tão somente cabível a aplicação do instituto da responsabilidade frente a violações do direito alheio, ao passo que a indenização guarda abrigo ao sacrifício do direito, que se encontrará meramente debilitado com autorização e previsão legal.

Na esteira deste entendimento, ainda, cabível trazer à colação o posicionamento de Justen Filho (2012, p. 1.220): “Existe forte tendência a reconhecer a responsabilidade do Estado também por atos ‘lícitos’, enfoque de que não se compartilha”. Segue o referido autor (2012, p. 1229) para concluir que: “Adota-se o entendimento de que, ressalvadas hipóteses em que houver solução legislativa explícita diversa, somente é possível responsabilizar o Estado quando a ação ou omissão a ele imputável for antijurídica”.

Não obstante o posicionamento supra, guiado pelo doutrinador italiano, Mello (2013, p. 1011) diligencia pela possibilidade da existência da responsabilidade do Estado, ainda que por atos lícitos. Delineia, para tanto, o referido autor, a figura do ato que, embora encontre em seu âmago seja lícito, produz de modo indireto, lesão.

Nesta esteira Mello, (2013, p.1.012/1.013):

Parece-nos que só desassiste falar em responsabilidade quando a ordem jurídica estabelece em rol do Estado um poder – consoante já se disse – cujo conteúdo reside especificamente em aniquilar um direito alheio, que se converterá em correlativa expressão patrimonial.

Pelo contrário, caberá falar em responsabilidade do Estado por atos lícitos nas hipóteses em que o poder deferido ao Estado e legitimamente exercido acarreta, indiretamente, como simples consequência – não como sua finalidade própria –, a lesão a um direito alheio.

Uma vez delimitado o epicentro referente à responsabilidade civil pelos atos dos agentes públicos, imprescindível deliberar quanto aos efeitos inerentes às suas ações, bem como, às omissões que acabem por causar diminuição patrimonial na esfera de bens alheia.

Na medida em que fora devidamente aceita a responsabilidade do Estado³ (conforme outrora se aduziu, nem sempre houve tal possibilidade), notadamente quando da segunda metade do século XIX, seu conteúdo estendeu-se paulatinamente. Constata-se de maneira implacável a alteração de paradigma, partindo-se de uma responsabilidade subjetiva (portanto, lastrada na culpa do

³ Hely Lopes Meirelles (2013, p. 742 – nota de rodapé) aduz ter preferência pelo termo “responsabilidade civil da Administração Pública”, vez que esta é consequência lógica dos atos da própria Administração, e não do Estado (analisado como entidade pública).

agente) para objetiva, “ancorada na simples relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso” segundo Mello (2013, p. 1.019).

À guisa de fundamentação, debruçava-se a doutrina pátria no sentido de que, a teor da dicção legal do art. 15⁴, do Código Civil de Clóvis Beviláqua, vigorava no ordenamento a responsabilidade em sua modalidade subjetiva. Stoco (2013, p. 65) relembra: “Restava evidente, como, aliás, afirmaram os juristas pátrios, que aquele Estatuto revogado adotara o princípio da responsabilidade subjetiva do Estado, empenhando a verificação de culpa”.

Em sentido diametralmente oposto, o Novo Código Civil, à prova de seu art. 43⁵, inovou, admitindo-se a responsabilidade objetiva, como regra. Como procede afirmando o aludido doutrinador Stoco (2013, p. 65): “Diante desse enunciado, dúvida não resta que o Código Civil em vigor passou a adotar a responsabilidade objetiva do Estado, harmonizando-se e associando-se ao art. 37, § 6º, da CF/88”.

De imprescindível magnitude trazer à colação o dispositivo constitucional em comento:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

À luz do destaque supracitado, faz-se referência ao vocábulo “causarem”, que, por sua vez, consubstancia-se em uma conduta comitiva, vale dizer, em uma postura ativa do agente público. Com efeito, parte significativa da doutrina harmoniza a modalidade objetiva de responsabilidade aos atos traduzidos por condutas positivas dos agentes públicos.

⁴ “Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedente de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

⁵ “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 parte destes, culpa ou dolo”.

Enveredando-se, ainda, no comentário, *in contrario sensu*, tem-se que, se a responsabilidade tal qual talhada na Lei Maior é inerente à condutas ativas – a ações dos agentes –, eventuais condutas omissivas, por não encontrarem amparo expresso no texto legal, conduzir-se-ão pela responsabilidade subjetiva.

Na esteira deste entendimento, Justen Filho (2012, p. 1.231), aduz: “Tradicionalmente, afirma-se que a responsabilidade civil do Estado por ato comissivo tem cunho objetivo, enquanto a responsabilidade por ato omissivo apresenta natureza subjetiva”. O posicionamento encontra eco na doutrina de Stoco (2013, p. 61), que sustenta: “na primeira hipótese [responsabilidade por atos comissivos] sua responsabilidade é objetiva, se o ato decorre da atuação de seus agentes; na segunda [responsabilidade por omissão], será subjetiva”.

A compreensão destes dois planos de responsabilização do Estado – através de condutas positivas ou negativas – consubstancia-se ponto de partida, entretanto, aquém dos desdobramentos inerentes ao tema presente. *Ab initio*, distinguir as figuras das responsabilidades contratual e extracontratual, ambas arraigadas em condutas ativas.

Em verdade, tal distinção não se limita ao campo semântico, guarda, porém, ampla relação com a espécie de responsabilidade que, como consequência, nascerá. Cavalieri Filho (2012, p. 307), oportunamente, traz à baila tais diferenças:

Não obstante tantas semelhanças, algumas fundamentais, há diferenças importantes entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, que devem ser destacadas até para efeitos práticos e didáticos. Essas diferenças emanam, em primeiro lugar, da natureza do dever jurídico violado. Na responsabilidade contratual, como já se destacou, o dever jurídico violado pelo devedor tem por fonte a própria vontade dos indivíduos. São eles que criam, para si, voluntariamente, certos deveres jurídicos. A responsabilidade extracontratual, por sua vez, importa violação de um dever estabelecido na lei, ou na ordem jurídica, como por exemplo, o dever geral de não causar dano a ninguém.

No mais, a divergência que emana da natureza própria dos contratos administrativos, os quais, *per se* tem o condão de conferir ao particular proteção em face de determinado eventos tidos imprevisíveis. De clareza o fato de que tal proteção inexistente em sede de relações administrativas extracontratuais.

Delibera pela justificativa da distinção entre as modalidades de responsabilidade em comento (frise-se, ambas derivadas de condutas ativas) Stoco (2013, p. 61), é aduz: “Mas essa responsabilidade objetiva dirá respeito, sempre, à responsabilidade extracontratual”; mais “Mostra-se impositiva essa distinção, cabendo reiterar que só se admite falar em responsabilidade objetiva quando se refira à responsabilidade extracontratual do Estado por ato de seus agentes”.

Tal diferenciação ganha contornos, ainda, à luz da disposição legal do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, mormente ao alvo das condutas. Outrossim, na disposição em análise tem-se a figura do “terceiro” que sofre o dano proveniente de um agente estatal, figura esta que não pode, em hipótese alguma ser confundida com a pessoa (física ou jurídica) que contratara com a Administração.

Na esteira deste entendimento, Mukay (2004, s.p.) delinea:

[Os contratados] Não podem, à evidência, ser considerados terceiros, posto que com o Estado mantêm relações jurídicas de reciprocidade (contrato). Terceiro é aquele que não mantém com o Estado nenhuma relação contratual, sendo vítima de uma ação daquele, causada por omissão ou ato comissivo de um dos seus funcionários, nessa qualidade, tais como acidente decorrente de obra pública, atropelado por viatura oficial etc.

Rompe-se, de fato, paradigma no sentido de que, em havendo conduta ativa do Estado, eclodirá o instituto da responsabilidade objetiva. Como se averiguou, imprescindível perquirir a espécie de responsabilidade se trata: se extracontratual, de fato, aceita-se a premissa; se, porém, contratual, a responsabilidade conduzirá-se à tal qual a regra talhada no Código Civil de 2.002, ou seja, pela responsabilidade subjetiva.

Noutro lado, diametralmente oposto, reside controvérsia quanto à responsabilidade estatal em face de atos omissivos. Conforme outrora ressaltado, o debate insurge-se quando da análise atenta do art. 37, § 6º, da Constituição da República. Outrossim, mormente o texto supracitado, encontram-se dois posicionamentos distintos, levando-se em consideração a *mens legis* do termo “causar”, expresso na referida passagem da Lei Maior.

Desta feita, para uma corrente, o real sentido de “causar” conduz a uma conduta ativa, isto é, em um “fazer” do agente público que dê ensejo à responsabilidade civil do Estado.

In contrario, atos omissivos estariam, à luz da corrente em apresso, fora da responsabilidade objetiva, sendo, portanto, conduzida pela regra básica do ordenamento, a dizer, pela responsabilidade subjetiva. Outrossim, curial a existência da já ressaltada culpa anônima (*faute du service*).

Para os adeptos desta senda filosófica, destarte, o Estado não pode se ver compelido a arcar civilmente por danos oriundos de omissões de seus agentes, salvo, por claro, quando havia dever para tanto, caso em que tal conduta negativa, importa, em última análise, na violação do dever geral de evitar o dano.

Justen Filho (2012, p. 1235/136)

Nos casos em que o direito estabelecer que a omissão estatal é em si mesmo ilícita (omissão própria), o tratamento jurídico será semelhante ao adotado para a atuação estatal ativa. Nas hipóteses em que existir um comando genérico autorizando o Estado a atuar (omissão imprópria), será descabido reputar que a mera e simples inação produzirá a responsabilidade civil do Estado. Nesse caso, a responsabilização apenas surgirá se houver omissão juridicamente reprovável, consistente na infração a um dever de diligência. Assim, por exemplo, o Estado pode ser responsabilizado quando deixar de limpar galerias pluviais, daí derivando inundação das vias pública e prejuízos a terceiros. É necessário insistir que não existe diferença relativamente à reprobabilidade quando se tratar de omissão imprópria ou omissão própria. Em todos os casos, é necessário avaliar a conduta estatal e verificar se houve infração a um dever de diligência. A conduta, considerada em si mesma, é insuficiente para autorizar uma qualificação jurídica. O que se passa é que o dever de diligência apresenta configurações distintas nas duas situações. No caso da omissão própria, há um dever de diligência preciso e determinado. No caso da omissão imprópria, o dever de diligência não tem conteúdo exato.

Por outro lado, há posicionamento no sentido de que, ainda que o ato estatal seja omissivo, o caso cuidará de responsabilidade objetiva, tal conclusão passa pela interpretação do vocábulo “causa”. É, neste sentido, afirmar que “causa” consubstancia-se em na transcendência jurídica que tenha como condão resultar poder jurídico que dê direito a alguém de exigir determinada prestação (a dizer, de dar, de fazer ou não fazer).

À guisa de exemplos, Medauar (2004, p. 435), afirmando, por assim, que ainda nas omissões estatais, frente à Teoria do Risco, a responsabilidade será de viés objetivo. Outrossim, com supedâneo na sobrecitada Teoria, não há mais espaço para o debate acerca da culpa do agente ou da falta da administração. Neste diapasão:

Informada pela teoria do risco, a responsabilidade do Estado apresenta-se hoje, na maioria dos ordenamentos, como responsabilidade objetiva. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falhada administração. Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. É o chamado nexó de causalidade. Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexó de causalidade, o Estado deve ressarcir.

De fato, não há como se olvidar que tal exegese importa em melhor e mais eficaz distribuição de Justiça, notadamente, encontra-se o princípio da equidade, inerente ao próprio nascedouro desta. Com tal enfoque, por vezes, torna-se deveras tortuoso ao jurisdicionado provar culpa do agente ou do serviço, ainda, o conjunto de prerrogativas do Estado pode (no mais das vezes) dificultar eventual responsabilização.

Tepedino (1999, p. 192/193), harmonizando-se com o presente posicionamento, diligencia no sentido de que não cabe ao intérprete realizar eventual diferenciação entre as condutas ativas e omissivas dos agentes públicos. Tal diferenciação, na ótica do autor, foge ao escopo da interpretação, vez que o próprio legislador constituinte não o fez.

Freitas (2006, p. 171) coaduna com o posicionamento em destaque, porquanto conforme expõe todas as condutas do Estado, adjetivadas de nexó causal, importarão em atos ilícitos, vez que atingem direitos fundamentais.

Possível notar, que a pedra de torque para a responsabilidade objetiva, ainda que nos atos omissivos, consubstancia-se na menor dificuldade do jurisdicionado, que não tem que comprovar culpa do agente (ou no serviço); em consequência, tal espécie de interpretação coaduna-se com o princípio da equidade,

buscando conferir isonomia material entre Estado e os indivíduos que, indiretamente, o compõe.

Em sentido diametralmente oposto, há quem defenda pela imprescindibilidade da demonstração da culpa (anônima) para dar ensejo à responsabilidade estatal. Não se mostra possível imputar – à luz desta corrente – responsabilidade objetiva por um ato não gerado pelo estado; curial, portanto, a demonstração de que o resultado deu-se frente à culpa do servidor.

Portanto, impera a necessidade do desvirtuamento de uma obrigação talhada na lei no sentido de obstar a ocorrência de dano.

Na ótica em tela, que a omissão do Estado deve ser destacada como *conditio sine qua non* do dano, e não (como é vista para os adeptos da corrente contrária), como causa. As vozes defensoras desta teoria acabam sempre por diligenciar no sentido de que o Estado não poderá ser tido como autor de determinado fato que, ativamente, não deu ensejo.

Pensar o contrário é, portanto, admitir o Estado como um “garantidor universal”, já que, *a priori* este teria como dever precípua a tutela dos interesses da coletividade. Nesta toada, assevera Mello (2013, p. 983):

Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre arguir que o “serviço não funcionou”. A admitir-se a responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal! Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se, alertados a tempo de evitá-lo, omitiram-se na adoção de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo de água. Nestas situações, sim, terá havido descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias. Faltando, entretanto, este cunho de injuricidade, que advém do dolo, ou da culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia, não há cogitar de responsabilidade pública.

Deve-se, por assim, estabelecer-se em desfavor do Estado, a presunção de culpa no que toca a culpa anônima ou à falta do serviço. Tal presunção tem o nítido condão de equilibrar a relação Estado-particular, conferindo-se ao ente a possibilidade de elidir tal apontamento.

Por claro, tal presunção é, por conseguinte, tal inversão do ônus da prova, não retira o caráter subjetivo da responsabilidade, pois, como cediço, a isenção da responsabilidade do Estado terá amparo na prova de que a omissão estatal não se arraigou em imprudência, imperícia ou negligência.

Neste sentido, Mello (2013, p. 984) aduz ser verdadeiro equívoco enfocar a questão da responsabilidade estatal na figura do lesado. Afirma que nesta seara, o dano não pode ser analisado como uma obra do ente, o que implica concluir que ela só existirá se o comportamento em colação for proibido pelo ordenamento.

Gasparini (2004, p. 886), analisando o sentido do termo “causar”, aduz que:

O Texto Constitucional em apreço exige para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado uma ação do agente público, haja vista a utilização do verbo ‘causar’(causarem). Isso significa que se há de ter por pressuposto uma atuação do agente público e que não haverá responsabilidade objetiva por atos omissivos.

Desta feita, para tal corrente, curial a culpa, que se perfaz de modo muito próximo àquela responsabilidade civil, na qual a culpa faz-se presente.

3.2 Elementos da Responsabilidade Civil

Conceitua-se responsabilidade civil extracontratual do Estado o dever de compensar os danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado, ou aos seus agentes que nessa qualidade causarem.

Do conceito acima, extrai os seguintes elementos da responsabilidade extracontratual do Estado, a saber.

De partida, cabível destacar-se que o estudo que circunda a responsabilidade civil apresenta inúmeras facetas. A guisa de exemplos há sua incidência em face de eventual erro médico, de um acidente automobilístico, ou, ainda, um briga de vizinhos. Por certo, o presente trabalho não tem o escopo de perfazer os caminhos inerentes às questões supra, mas sim, quando, em virtude de uma conduta estatal, sobrevenha um dano cuja consequência importe em imediata reparação.

Desta feita, a responsabilidade civil do estatal consubstancia-se em uma parcela restrita do tema “responsabilidade civil”, voltado, por claro, às situações em que o ente público afigura-se como parte e cause prejuízos a terceiros.

Outrossim, nítido que o estudo da responsabilidade civil em face de atos estatais possui uma série de elementos semelhantes à responsabilidade civil entre particulares, e, ao mesmo tempo, apresenta traços que lhes são inerentes e divergem da modalidade em comparação.

A análise da semântica do vocábulo “responsabilidade” conduz à conclusão de sua polissemia. Numa dicção leiga, o termo em destaque importa em diligência, ao passo que na seara jurídica, importa em uma obrigação de alguém por um ato (positivo ou negativo) que praticou (ou, claro, por um terceiro que este alguém esteja legalmente correlacionado).

Neste diapasão, Zewski (2004, p. 245) assevera que:

Imputar a responsabilidade a alguém, é considera-lhe responsável por alguma coisa, fazendo-o responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever, sendo responsável aquele indivíduo que podia e devia ter agido de outro modo.

Fiuza (2006, p. 32), afirma que a responsabilidade “revela, então, um dever, um compromisso, uma sanção, uma imposição decorrente de algum ato ou fato”. Extrai-se, por assim, dos ensinamentos trazidos à baila, que a responsabilidade civil consubstancia-se em consequência de uma conduta prévia (frise-se, comissiva ou omissiva) que causara danos a outrem.

Cabível trazer à colação o posicionamento de Diniz (2003, p. 74), que aduz ser a responsabilidade civil:

A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato ou coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

Ressalta-se que, em que pese às construções das definições trazidas à baila possam partir de visões diversas (o que é, por claro, permitido dentro da Ciência Jurídica), as respectivas conclusões destas ecoam no mesmo recinto (ou, ainda, em recintos notadamente próximos).

Uníssono dentre os autores, por assim, a responsabilidade civil origina-se de uma conduta realizada por alguém (ou por alguém que este seja responsável) que causa diminuição na esfera patrimonial ou extrapatrimonial de outrem, surgindo, em via de consequência, o dever de indenizar.

Extrai-se, sobretudo do conceito supracitado de Diniz (2003, p. 74), que a responsabilidade civil pode ter seu nascedouro não apenas em virtude de conduta realizada pelo próprio imputado. Assevera a autora que esta pode ocorrer por pessoa por quem esta responda, ou ainda, por imposição legal, pontos estes que guardam notada aproximação com o tema em debate.

Nesta linha de pensamento, por claro que o Estado responderá por imposição legal, conforme dicção clara do art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal⁶, o que se dá sem a análise de culpa. Outrossim, se um agente realizar uma conduta que cause dano a outrem, cabível será a incidência da reparação civil.

Voltando-se à responsabilidade civil estatal, denota-se que esta se aperfeiçoa com a aglutinação de três elementos: uma ação ou omissão imputável ao Estado; um dano (seja moral ou material); e a ponte que una ambas as extremidades, isto é, o nexo de causalidade segundo Justen Filho (2012, p. 1223).

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

3.2.1 Da conduta

Por claro, o fio condutor da responsabilidade civil (seja ou não em face do Estado), tem seu ponto de partida através de uma conduta. Nítido que tal conduta pode ser positiva ou negativa, a dizer, pode importar em uma conduta proativa do sujeito, que efetivamente realiza algo, bem como, pode se traduzir em uma omissão, ou seja, um “não fazer” quando deveria/poderia tê-lo feito.

Nesta linha, Marçal Filho (2012, p. 1224) aduz:

A responsabilidade civil do Estado depende de uma conduta estatal, seja ativa, seja passiva, que produza efeito danoso a terceiro. A mera consumação do dano na órbita individual de um terceiro é insuficiente para o surgimento da responsabilidade civil do Estado.

De se observar, assim, a proximidade dos requisitos imprescindíveis no que concerne à responsabilidade civil do Estado. É dizer, a conduta *de per se* não tem o condão de conduzir à responsabilidade sem que esta gere um resultado prático, ou seja, um dano (seja ele de cunho patrimonial ou extrapatrimonial). Mais, curial que este dano ainda não tenha sido devidamente reparado.

Nesta senda, cabível trazer à colação jurisprudência do Tribunal de Justiça Bandeirante (TJSP, 3º Grupo de Câmaras, 17.10.1979, RJTJSP 64/173):

A reparação por responsabilidade civil não tem em mira enriquecer sem causa, mas apenas recompor a situação ao *status quo ante*, na medida do possível, como se o dano não tivesse ocorrido. A causa de pedir foi o dano emergente. Inexistente ou reparado, nada há a compor.

De outra banda, ainda com supedâneo na doutrina supra, a mera constatação de um dano não gera o dever de reparar, a menos que concomitantemente a tal dano detecte-se uma conduta realizada pelo Estado.

Curial, ainda, destacar-se a falta de harmonia existente entre o texto constitucional e a Lei 10.406/02 no tocante à responsabilidade civil do Estado. A Lei Maior, de 1988, no bojo de seu art. 37, § 6º, aduz que:

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

O Novo Código Civil, a seu turno, estabelece em seu art. 43, que:

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

Desta feita, possível observar que a dicção do texto do Novo Código Civil encontra-se em descompasso ao compêndio constitucional na medida em que inexistente em seu corpo referência às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, o que se observa na leitura do art. 37, § 6º, da Constituição Cidadã.

Neste jaez, Di Pietro (2012, p. 704), dispõe quais as pessoas que deverão realizar as condutas (atos lesivos) para ser cabível a responsabilidade civil do Estado:

Que o ato lesivo seja praticado por agente de pessoa jurídica de direito público (que são as mencionadas no art. 41 do Código Civil) ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público (o que inclui empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais de direito privado, cartórios extrajudiciais, bem como qualquer entidade com personalidade jurídica de direito privado, inclusive as do terceiro setor, que recebam delegação do Poder Público, a qualquer título, para a prestação do serviço público);

Que as entidades de direito privado prestem serviço público, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada.

Ademais, curial o destaque no sentido de que, não bastam que as figuras supras elencadas realizem uma conduta que venha a causar dano, para que importe em responsabilidade civil do Estado. Necessário se averiguar se esta conduta fora realizada quando o agente agiu nesta qualidade. Inexistirá responsabilidade a recair sobre o Estado se o agente, quando da conduta, não agiu em detrimento do exercício de suas funções públicas.

Desta feita, resta patente quais as figuras que, em realizando uma conduta que venha a causar dano a outrem, importará em responsabilidade civil do Estado. Para tal conclusão basta a aglutinação dos conteúdos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal e o art. 43, do Novo Código Civil.

3.2.2 Do Dano

Conforme se ressaltou, para fins de responsabilidade civil, o dano está umbilicalmente conectado à conduta, de modo que para configuração daquela, curial a existência de ambos (conduta e dano). Tal dano, conforme já acentuado, importa na redução material de outrem (dano material) ou, ainda, em menoscabo à imagem (dano moral).

Nesta linha Justen Filho (2012, p. 1224) assevera:

O dano material consiste na redução da esfera patrimonial de um sujeito, causando a supressão ou a diminuição do valor econômico de bens ou direitos que integravam ou poderiam vir a integrar sua titularidade. O dano moral é a lesão imaterial e psicológica, restritiva dos processos psicológicos de respeito, de dignidade e de autonomia.

Varela (2000, p. 598) afirma que o dano é “a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certo fato, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar”. Segue o sobredito autor e aduz “É a lesão causada no interesse juridicamente tutelado, que

reveste as mais das vezes a forma de uma destruição, subtração ou deterioração de certa coisa, material ou incorpórea”.

Quanto à figura do dano, insta lembrar que este se desdobra em duas facetas, a dizer, aquele positivo e aquele negativo. O dano positivo, também denominado “dano emergente”, que pode ser definido, à luz da doutrina de Cavalieri Filho (2005, p. 97) “aquilo que a vítima efetivamente perdeu”.

Na mesma linha de posicionamento, Montenegro (2005, p. 12) compreende a modalidade de dano em questão como “a efetiva e imediata diminuição que o patrimônio experimenta em razão do ato ilícito”.

Doutro modo, o dano negativo, igualmente conhecido como “lucro cessante”, que pode ser definido como “o lucro que era esperável obter-se e que deixou de crescer ao patrimônio” segundo Montenegro (2005, p. 12). Nesta faceta, imprescindível questionar a repercussão danosa sob dois planos distintos, a dizer, o prejuízo inerente à própria paralização da atividade realizada pela vítima antes da conduta em tela, bem como, o prejuízo que a perturbação do pulsar da atividade trás consigo.

Neste segundo ponto, resta patente que no mais das vezes uma atividade que se vê paralisada não reúne meios de ressurgir sem sofrer eventuais prejuízos. A essa modalidade de prejuízo, por claro, tem-se os lucros cessantes.

Ademais, imprescindível trazer à tona que, à luz da responsabilidade civil do Estado, a dano que importa em ressarcimento não se consubstancia apenas naquele proveniente de um ato oxigenado pelo dolo ou pela culpa do agente público. Cabe, ainda, se falar em reparação civil em face de um ato cuja culpa esteja ausente, ou, ainda, revele falha do serviço.

Outro ponto que merece destaque quanto ao ressarcimento do dano (e que está notadamente ligado à ideia da conduta) é o fato da (des) necessidade da atividade ser tida como ilícita. Nesse sentir, Lima (2007, p. 540), realiza sua exegese no sentido de que a ausência de antijuridicidade não conduz à reparação civil:

Hipóteses há, entretanto, em que a culpa pelo dano acontecido não consiste em ilegalidade, acaso praticada pelos funcionários, mas reside no próprio conjunto de disposições regulamentares e técnicas, praxes, usos e estios, que lhes regem a atividade funcional; reside, antes, na organização defeituosa ou no irregular funcionamento do serviço público.

Não obstante tal posicionamento, *data máxima venia*, ousa-se discordar. De fato, a conduta, ainda que a conduta emanada de um agente público consubstancie-se de lícita, esta poderá ser objeto de ressarcimento, desde que possua elementos específicos.

Neste aspecto, salienta Di Pietro (2012, p. 705/706):

Ato jurídico não pode ser entendido, para esse fim, como ato ilícito, pois é evidente que a licitude ou ilicitude do ato é irrelevante para fins de responsabilidade objetiva; caso contrário, danos decorrentes de obra pública, por exemplo, ainda que licitamente realizada, não seriam indenizados pelo Estado. Somente se pode aceitar como pressuposto da responsabilidade objetiva a prática de ato antijurídico se este, mesmo sendo lícito, for entendido como ato causador de dano **anormal** e **específico** a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais.

Notam-se, desta forma, duas características que permitem a responsabilização civil, ainda que proveniente de ato lícito, quais sejam, ser o dano anormal e específico. *Ab initio*, anormal é aquele dano que, embora lícito, exceda a barreira do incômodo aceitável inerente à vida em coletividade. Em sequência, específico é o dano que atinge uma pessoa ou um grupo delas.

Nota-se, assim, que em face de condutas lícitas provindas do Estado, curial a reunião de dois elementos inexistentes quando se trata de condutas ilícitas, isto é, ser anormal e específica. Por óbvio, há duas características comuns às condutas (lícitas e ilícitas), as quais são devidamente explicitadas por Cahali (2007, p. 68) “a) ser certos e não eventuais, podendo ser atuais ou futuros; b) atingir situação jurídica legítima, suscetível de configurar um direito, ou, quando menos, um interesse legítimo”.

Os requisitos específicos da responsabilidade por uma conduta tida como lícita corroboram com a ideia de supremacia do interesse público sobre o particular. Nesta medida, enquanto tolerável ou aceitável, eventual dano que seja

detectado em face de uma pessoa ou grupo não conduzirá à responsabilidade civil do Estado, vez que, por claro, tal situação busca uma melhoria de condição de vida não só do cidadão “alvo da conduta”, como, igualmente, da sociedade que o circunda. De se notar que o Estado age, em casos como este, com supedâneo no interesse público.

3.2.3 Do nexo de Causalidade

O nexo de causalidade constitui um dos elementos essenciais a responsabilidade civil, posto que é o vínculo entre a conduta e o resultado.

Como lembra o professor Cavalieri Filho (2010, p. 49) “O conceito de nexo causal não é exclusivamente jurídico; decorre primeiramente das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”.

Sendo assim, é essencial que, a par dos dois elementos acima analisados, se estabeleça uma relação de causalidade entre a ação antijurídica e o mal causado.

Várias Teorias tentam explicar o nexo de causalidade, contudo, citarei três; Teoria da Equivalência das condições, Teoria da Causalidade Adequada e Teoria dos danos direto e imediatos ou Teoria da interrupção do nexo causal.

A Teoria da Equivalência das condições prevista no artigo 13 do Código Penal (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984):

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Esta teoria não distingue causa, condição, sendo que tudo que concorre para o resultado é causa, contudo, no âmbito civil, a teoria foi afastada.

Segundo Stoco (2013, p. 205), o grande inconveniente dessa teoria é que se poderá considerar como causador do resultado quem quer que se tenha inserido na linha causal, permitindo-se uma regressão quase infinita.

A Teoria da causalidade Adequada, por sua vez, entende que causa será o antecedente não só necessário, mas, adequado à produção do resultado.

Diferentemente da outra Teoria, esta não considera como causa todas as situações, mas tão somente aquela que for mais apta, idônea ou, no dizer da doutrina, determinante na produção do evento danoso.

Por fim, para a Teoria dos danos diretos e imediatos nem todo atos que alcança o evento danoso será necessariamente causa do dano. Quer dizer, nem toda a condição que interferiu no resultado será causa necessária.

Por outro lado, a análise do nexos de causalidade exerce dupla função em sede de responsabilidade civil. Através desse logra-se êxito na busca pelo indivíduo responsável pela conduta danosa, bem como, atua como limitador do *quantum* indenizatório.

Quanto à primeira função do nexos de causalidade, destaca-se o posicionamento de Mulholland (2009, p. 81):

A rigor, portanto, depois de reconhecida a existência do dano (sem o qual não há que se falar em obrigação de indenizar) a investigação do nexos de causalidade é o próximo passo a ser seguido. Antes de verificarmos, por exemplo, se o agente teve uma conduta culposa, faz-se necessário averiguar se esta conduta foi capaz de gerar o dano que se pretende indenizar. O exame dos fatores de atribuição vem em seguida, já que não faria sentido investigar-se conduta culposa ou a existência de uma atividade perigosa, se estas não são a potencial causa do dano.

Quanto à segunda função inerente ao nexos de causalidade, curial trazer à baila posicionamento de Cruz (2005, p. 334), que o faz com supedâneo no art. 944, do Novo Código Civil:

A extensão do dano, portanto, deve ser sempre verificada a partir do nexos causal, e não da culpa, que apenas suscita a incidência da regra jurídica de concorrência de culpa, que melhor se exprimiria como regra jurídica de concorrência de causação.

Outrossim, de grande valia a análise do nexu causal, elemento que une a conduta ao resultado, com funções imprescindíveis quando de se trata de responsabilidade civil. Nesta esteira, note-se que o Estado será responsabilizado nos casos em que se comprove, efetivamente, que o resultado danoso tornou-se possível e evidente em face de uma conduta (positiva ou negativa) do Estado (através de seus agentes). Tal exegese configura, em última análise, a existência ou não do próprio nexu de causalidade entre conduta e o evento danoso.

3.2.4 Responsabilidade Civil por Medidas Legislativas

O tema trazido neste tópico enseja divergências na doutrina, porquanto uns advogam pela tese da irresponsabilidade do Estado por atos legislativos causadores de dano injusto. Tais defensores sustentam seu posicionamento na soberania do Poder Legislativo, bem como a imunidade parlamentar.

Nos ensinamentos do professor Justen Filho (2012, p. 1241), de modo genérico, a edição da lei não gera o dever de indenizar, contudo, essa concepção merece reparos, pois existem três situações que caberá o dever de indenizar: edição de lei inconstitucional, a edição de lei materialmente defeituosa e a responsabilização por omissão legislativa.

Cavaleri Filho (2010, p. 280) entende que a lei inconstitucional não pode por si só gerar o dever de indenizar:

A lei em sentido material, ato legislativo típico, não pode causar prejuízo a ninguém enquanto norma genérica, abstrata e impessoal; seus efeitos, positivos ou negativos dependem da sua efetiva incidência sobre o caso concreto, quando então, passível de reparação será o ato jurídico ou administrativo quem ensejou a aplicação da norma, jamais a lei em tese. A lei absolutamente genérica nada mais que simples interesse pode contrariar. A eventual lesão de direito subjetivo decorrerá diretamente da aplicação da lei e apenas indiretamente dela. Daí a regra geral no sentido da irresponsabilidade do Estado por atos legislativos típicos que preordenam a vida em sociedade.

Outros, por sua vez, defendem a tese de que o Estado responde por atos danos, decorrente de leis inconstitucionais, bem com por leis constitucionais, mas defeituosas, que acarretem prejuízo a terceiros.

Nesse sentido destaca o ensinamento de Pereira (1990, p. 146):

Votando lei cuja inconstitucionalidade é declarada formalmente pelo Judiciário, e com ela trazendo lesão a direito individual, o Legislador transpõe o limite de legalidade. Como o Legislativo é um poder através do qual o Estado procede no cumprimento de suas funções, força é concluir que o ilícito, cometido por via da atuação legislativa, sujeita o Estado à reparação do dano causado.

O ilustre administrativista Justen Filho (2012, p. 1242) traz a colação voto do Ministro Celso De Mello, proferido no Recurso Extraordinário RE 153.464, peço licença para colacionar.

A orientação da doutrina, desse modo, tem-se fixado, na análise desse particular aspecto do tema, no sentido de proclamar a plena submissão do Poder Público ao dever jurídico de reconstituir o patrimônio dos indivíduos cuja situação pessoal tenha sofrido agravos motivados pelo desempenho inconstitucional da função de legislar. E, ainda, é invocada a própria jurisprudência do STF, no sentido de que, "uma vez praticados pelo Poder Público uma ato prejudicial que se baseou em lei que não é lei, responde por suas conseqüências.

Importante salientar, ainda, que existe entendimento no sentido da necessidade da declaração de inconstitucionalidade da lei pelo Poder Judiciário para responsabilização do Estado, assim como a aferição do dano provocação pela lei tida como inconstitucional.

O professor Cavalieri Filho (2010, p. 281) comunga de entendimento diverso:

No que diz respeito à lei inconstitucional, entendemos que ela também, por si só, não pode causar dano a ninguém enquanto permanecer no plano da abstração. Lei nula que é, por não encontrar na Constituição a sua base de validade, não atinge direitos subjetivos de quem quer que seja, nem produz efeitos concretos, enquanto não for aplicada. Passível de reparação será. Então, o ato administrativo que deu aplicação à lei, uma vez reconhecida pelo Judiciário sua inconstitucionalidade. Quando a Justiça reconhece a inconstitucionalidade de uma lei, está, *ipso facto*, proclamando que o

legislador agiu de forma errônea, E, se os efeitos da lei inconstitucional provocarem prejuízo ao administrado, deve a pessoa federativa responsável pela promulgação (União, Estado ou Município) ser civilmente responsabilizada pelo ressarcimento do dano daí decorrente. Os atos normativos são, na realidade, atos administrativos de natureza genérica. Desde que contrários à lei ou à própria Constituição, uma vez aplicados e causadores de prejuízos a terceiros, sujeitam o Poder Público a reparar o dano, da mesma forma que os atos administrativos em geral.

O mesmo entendimento deve ser adotado nos casos de regulamentos do Poder Executivo quando eivados de ilegalidade ou exorbitam os limites do poder regulamentar.

Entende o professor Cahali (2007, p. 536) no mesmo sentir:

a) Se o decreto regulamentar é ilegal, conseqüente de abuso do poder regulamentar, por ultrapassado o limite de atribuição que a lei havia delegado ao Poder Executivo, os danos que dele resultam para o particular podem ser reclamados desde logo, questionando-se incidentalmente a legalidade do decreto; b) Se o decreto regulamentar se ajusta aos parâmetros da atribuição que a lei havia delegado ao Poder Executivo, neste caso, o decreto e lei se completam, de tal modo que a pretensão indenizatória do particular prejudicado, se fundada na pretendida inconstitucionalidade do decreto, mais se condiciona ao reconhecimento e declaração da inconstitucionalidade desta pelo Tribunal competente, como dano provocado por lei inconstitucional.

Desta feita, os decretos, se inconstitucionais, devem ser declarados tais pelos Tribunais para, posteriormente, se pleitear a indenização dos danos decorrentes, contudo, por outro lado, os danos decorrentes de decretos ou atos normativos podem ser pleiteados incidentalmente no processo, uma vez que prescinde de declaração de inconstitucionalidade

Por outro lado, temos leis de efeitos concretos ou leis materialmente administrativas.

Denomina-se Leis de efeitos concretos ou leis materialmente administrativas as que regulam situações subjetivas e individuais, as quais atingem diretamente pessoas determinadas, uma vez que o fogem da característica de generalidade e abstração.

Na esteira deste entendimento, Moreira Neto (2009, p 659):

O ato legislativo, por suas características de generalidade e de abstração, não causa danos direitos, de modo que, se, por hipótese, da revogação ou da derrogação do direito objetivo decorrem danos, não serão mais que prejuízos de fato, e o Estado nada tem a indenizar. Diferentemente, se a lei permitir uma execução direta, imediata, concreta, ela terá natureza de um ato materialmente administrativo e, nestas condições, poderá causar danos indenizáveis.

Nesse caso, a doutrina, assim como a jurisprudência entendem que existe a responsabilidade civil extracontratual do Estado, mesmo que a lei de efeitos concretos seja constitucional.

Questão nebulosa é a que diz respeito à responsabilidade Estatal decorrente de omissão legislativa, ou seja, a inércia do Poder Legislativo no sentido de dar efetividade as normas constitucionais de eficácia limitada.

O constitucionalista Silva (1982, p 91) conceitua normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva aplicabilidade.

Por sua vez, Diniz (1992, p. 103) denomina de normas de eficácia relativa dependente de complementação legislativa, as seguintes normas.

Há preceitos constitucionais que têm aplicação mediata, por dependerem de norma posterior, ou seja, de lei complementar ou ordinária, que lhes desenvolva a eficácia, permitindo o exercício do direito ou benefício consagrado. Sua possibilidade de produzir efeitos é mediata, pois, enquanto não for promulgada aquela lei complementar ou ordinária, não produzirão os efeitos positivos, mas terão eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis e impeditivas de qualquer conduta contrária ao que estabelecem. Não recebem, portanto, do constituinte normatividade suficiente para aplicação imediata, porque ele deixou ao Legislativo a tarefa de regulamentar a matéria, logo, por esta razão, não poderá produzir todos os efeitos de imediato, porém, tem aplicação mediata, já que incidirão totalmente sobre os interesses tutelados, após o regramento infraconstitucional.

A Constituição Federal dispõe de remédios constitucionais para sanar a omissão legislativa, seja por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade artigo 103, § 2º, da CF e o mandado de injunção sempre que falta da norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI, da CF).

Para o administrativista Justen Filho (2012, p. 1243) é necessário fazer algumas observações no tocante a responsabilidade do Estado em face da omissão do legislador.

Pode ser indagado se a ausência de produção de lei poderia gerar a responsabilização civil do Estado. Ora, a ausência de produzir lei configura atuação omissiva do Estado. Poderá existir infração omissiva própria ou infração omissiva imprópria. A atuação omissiva própria se configurará quando existir um dever jurídico de produzir a lei. Assim, se a Constituição estabelecer o dever de exercer a competência legislativa, a omissão será uma infração à ordem jurídica. Já a ausência de norma jurídica qualificando a conduta ativa como obrigatória conduz a uma infração omissiva imprópria. Nesse caso, a responsabilização civil do Estado depende da comprovação da violação ao dever de diligência. Mas, em todas as hipóteses, a situação problemática reside na avaliação das perdas e danos.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu no julgamento do Mandado de Injunção 283-DF a responsabilidade da União pelos danos decorrentes da omissão legislativa.

Trago a baile trechos do referido Mandado de Injunção supracitada.

Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par. 3. - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na

espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.

Contudo, solução diferente adotou o Supremo Tribunal Federal no julgamento no RE 548.967, Agr, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento 20.11.2007.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. REVISÃO GERAL ANUAL DE VENCIMENTOS. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PODER EXECUTIVO. DEVER DE INDENIZAR. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. Não compete ao Poder Judiciário deferir pedido de indenização no tocante à revisão geral anual de servidores, por ser atribuição privativa do Poder Executivo a iniciativa de lei que trate da matéria.

No mesmo sentido, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim se manifestou não admitindo a responsabilidade do Estado diante da omissão legislativa.

Na verdade, o princípio da periodicidade visa garantir simultaneidade, generalidade e igualdade da revisão da remuneração do funcionalismo público, não podendo ser invocado quando se deduz mera pretensão indenizatória em proveito de alguns servidores, os quais buscam, de fato, vinculação automática entre vencimentos e índices de correção monetária apurados por órgãos federais, que fogem ao controle das unidades federadas.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do ROMS 18361/SP, relatora a Ministra Laurita Vaz, assentou que:

Não é possível ao Poder Judiciário, a pretexto de sanar omissão do Chefe do Poder Executivo competente, conceder, desde logo, reajuste geral e anual aos servidores públicos; entender de modo diverso estar-se-ia maculando o princípio constitucional da Separação dos Poderes. Cabe tão-somente declarar a mora da aludida Autoridade governamental, não cogitando sequer em fixar prazo para elaboração e envio de projeto de lei

visando a correção reclamada, pois, incabível de acordo com o art. 103, § 2º, da CF, tal como decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 2.061-7/DF, dentre outras. Precedentes desta Corte.”Apelação nº 0036741-94.2011.8.26.0053, Relator Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 08.05.2013, site do ww.tjst.jus.br

No mesmo sentido, jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA - ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL - REVISÃO GERAL ANUAL - OMISSÃO DO ESTADO - INDENIZAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES DO STJ E DO STF. - 1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem decide de maneira clara e suficiente a controvérsia apresentada para julgamento, ainda que contrariamente aos interesses do recorrente. 2. A jurisprudência desta Corte, na mesma linha do entendimento firmado pela Corte Suprema, tem entendido que a inércia do chefe do Poder Executivo em desencadear o procedimento legislativo para a concessão da revisão geral anual não acarreta direito à indenização em favor do servidor público, pois o acolhimento de pretensão dessa natureza representaria a própria concessão de reajuste, não podendo o Judiciário atuar como legislador positivo. 2. Agravo regimental não provido.” AgRg no REsp 231993/AP, Rel. Minª. Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRT 3ª Região), Segunda Turma, j. 05.03.2013, DJe 13.03.2013).

As diversas decisões ora admitindo a responsabilidade, ora vetando-a mostra à insegurança jurídica do Poder Judiciário no tocante a responsabilidade do Estado em face da omissão legislativa.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JUDICIAIS

4.1 Atos Judiciais

Cumpra salientar, inicialmente, que existe divergência doutrinária acerca da responsabilidade do Poder Judiciário por atos praticados no exercício da função jurisdicional – atos jurídicos típicos.

Os que refutam tal tese entendem que o Poder Judiciário é soberano, de modo que os juízes possuem independência funcional no exercício das funções não podendo de modo algum ter o temor que suas decisões possam ensejar a responsabilidade do Estado; que os juízes não são funcionários públicos e, por fim, que a eventual indenização por dano decorrente de decisão judicial afrontaria o instituto da coisa julgada.

O Supremo Tribunal Federal, segundo o professor Cavalieri Filho (2010, p. 272), entende que o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos declarados em lei, uma vez que a administração da justiça é um privilégio da soberania, respondendo o juiz civilmente em caso de demora na decisão, assim como tenha agido com dolo ou fraude e, ainda, sem motivo, retardando o andamento processual. O professor cita diversos julgados do Supremo Tribunal Federal (RE 70.121-MG, RTJ 64/689 e RTJ 39/190, 56/273, 59/782, 94/423).

Contudo, tais argumentos não se sustentam, de modo que nenhum Poder constituído é soberano, devendo respeito às leis e, especialmente, à Constituição Federal, não podendo ser confundida a ideia de soberania com irresponsabilidade.

Por outro lado, todos os poderes são independentes, pois se trata de atributo inerente aos Poderes, nos termos do artigo 2º, da Constituição Federal e, não menos importante, os membros do poder Judiciário ocupam cargos criados por lei e se enquadram no vocábulo agente, nos termos do artigo 37, § 6º, da CF; e por fim, a

coisa julgada é mitigada, uma vez que no ordenamento jurídico se admite a ação rescisória e revisão criminal.

Nesse sentido destaco os ensinamentos do professor Gonçalves (2010, p. 256):

A independência da magistratura também não é argumento que possa servir de base à tese da irresponsabilidade estatal, porque a responsabilidade seria do Estado e não atingiria a independência funcional do magistrado. Igualmente, não constitui obstáculos a imutabilidade da coisa julgada. Segundo João Sento Sé, a coisa julgada tem um valor relativo: "... se o que impede a reparação é a presunção de verdade que emana da coisa julgada, a prerrogativa da Fazenda Pública não pode ser absoluta, mas circunscrita à hipótese de decisão transitada em julgado. Logo, se o ato não constitui coisa julgada, ou se esta é desfeita pela via processual competente, a indenização é irrecusável.

Portanto, com o advento da Constituição Federal, o Estado responde por atos praticados pelo Poder Judiciário, nos termos do artigo 37, § 6º, da CF, uma vez que o judiciário, ao exercer a atividade jurisdicional, presta um serviço público com exclusividade.

Contudo, sendo o Poder Judiciário um poder autônomo, seja administrativamente e financeiramente, assim como independente, com estrutura própria, pratica atos jurisdicionais típicos ou atos propriamente ditos ou atos não jurisdicionais ou de caráter meramente administrativos.

Entende-se por atos não jurisdicionais ou de caráter meramente administrativos os atos de apoio administrativo e judicial praticados no âmbito do Poder Judiciário, tais como concessão de férias, realização de concurso para provimento de cargo, assim como atos praticados por motoristas, agentes de limpeza e conservação, escrivães, oficiais cartorários, tabeliães, etc.

Estes atos denominados "não jurisdicionais", ao causarem danos a terceiros pelo serviço judicial enseja à responsabilidade do Estado segundo o comando constitucional – artigo 37, §6º, da C.F, uma vez que estão incluídos nos atos administrativos, em seu conteúdo e forma.

Por sua vez, os atos jurisdicionais ou judiciários, quais sejam, atividade jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto – despachos, decisões

interlocutórias, decretação de medidas cautelares e sentença enseja a responsabilidade tanto do Estado, como dos juízes, caso procedam com dolo, fraude, ou seja, com a intenção de deliberadamente causar prejuízo à outra parte, com clara violação de dever funcional, nos termos do artigo 133 do Código de Processo Civil, bem como na Lei Orgânica da Magistratura.

Neste caso, o jurisdicionado terá a alternativa de intentar ação de reparação de dano só contra o juiz ou contra o Estado, que terá direito de regresso contra o magistrado, caso se confirme ter atuado com fraude ou dolo.

Por outro lado, o Estado também responde por erro judiciário, nos termos do artigo 5º, inciso LXXV, da Lei Maior, segundo o qual o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

No entender do professor Cavalieri Filho (2010, p. 275), do qual compartilho, o Estado só pode ser responsabilizado pelos danos causados por atos judiciais típicos – decisões, despachos, decisões interlocutórias, cautelares, nas hipóteses previstas no artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal, pois o eminente professor entende que por erro judiciário deve ser o ato jurisdicional equivocado e gravoso a alguém, tanto na órbita penal como civil; ato emanado da atuação do juiz (decisão judicial) no exercício da função jurisdicional. Falando a Constituição em condenado por erro judiciário, sustentou o saudoso professor Cotrin Neto, num cláusula garante de direitos e deveres individuais e coletivos, qual o art. 5º do Diploma de 1988, tem aplicação em todos os campos em que o indivíduo possa ser condenado: o juízo criminal como no cível, no trabalhista ou no militar e até no eleitora, enfim, onde quer que o Estado mesmo através do Ministério Público, tenha sido provocador da condenação.

Para o nobre professor Cavalieri Filho (2010, p. 275), o artigo 5º, inciso LXXV – erro judiciário, da Constituição Federal cuida especificamente da responsabilidade do estado por atos judiciais; mas, por outro lado, o artigo 37, §6º, da C.F, de natureza geral, aplica-se a toda atividade administrativa, exercida pelo poder judiciário, de modo que no presente caso deve-se, tendo em vistas duas normas constitucionais em aparente conflito, compatibilizá-las.

Conclui, portanto, o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, professor Cavalieri Filho (2010, p. 274) que o objetivo do legislador constituinte foi estabelecer temperamento ao princípio estabelecido no § 6º do artigo 37 da Carta Política no tocante à atividade judicial. E a harmonização desses dois dispositivos é perfeitamente possível se fizermos a necessária distinção entre atividade jurisdicional e atividade judiciária.

Superada esta divergência, patente, portanto, que o Estado responde por atos judiciais típicos ou atividades jurisdicionais, assim como por atos não jurisdicionais ou atividade judiciária, de forma objetiva, fundada na Teoria do Risco Administrativo, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

4.2 Responsabilidade Pessoal dos Agentes Públicos

A denominação agente público é a designação mais ampla, uma vez que é concebida para todos aqueles que, mesmo que o façam de modo transitório ou, até mesmo, sem prestação pecuniária, realizam alguma atividade atribuída ao Estado.

Agente público para a professora Di Pietro (2012, p. 581) é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta.

Segundo Mello (2003.p. 226), agentes públicos são “os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente”.

Complementa ainda Mello (2003, p.227):

Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público. Por isto, a noção abarca tanto o Chefe do poder Executivo (em quaisquer das esferas) como os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas

órbitas de governo, os concessionários e permissionários do serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos (grifos do original).

A classificação de Mello (2003, p. 229), inspirada na lição de seu pai, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, traz três espécies de agentes públicos, a saber: a) agentes políticos, b) servidores estatais e c) particulares em colaboração com o Estado.

Agentes Políticos são nos dizeres do professor Cunha Júnior (2012, p. 979), todos os que exercem funções políticas do Estado e titularizam cargos ou mandatos de altíssimo escalão, somente se subordinado à Constituição Federal São agentes políticos os membros dos Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário, os membros do Ministério Público, os membros dos Tribunais de Contas e os membros de carreira diplomática.

Por sua vez, na lição de Cunha Júnior (2012, p. 980), agentes ou servidores administrativos do Estado são todos aqueles agentes públicos que mantêm com o Estado ou suas entidades da Administração indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual, sob vínculo de dependência, para o desempenho de funções puramente administrativas mediante contraprestação pecuniária.

Por fim não menos importante, conceitua-se particulares em colaboração com o Estado todas as pessoas físicas que, sem perderem sua qualidade, exercem função pública, sem vínculo empregatício ou sem remuneração, ainda que eventualmente.

O conceito de agente público é dado também pela legislação infraconstitucional, conforme se depreende da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8429/1992), em seu artigo 2º versa da seguinte forma:

Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Sem ressalva de qualquer categoria de agente público, estes se submetem ao regime constitucional de responsabilidade pelos atos ilícitos que praticarem, seja na esfera administrativa, penal e civil, por atuação culposa ou dolosa, haja vista imposição constitucional - artigo 37, § 6º, da CF, parte final.

Na esfera administrativa, o servidor se sujeita ao Estatuto dos Servidores, podendo responder Sindicância ou Processo Administrativo Disciplinar, do qual pode receber sanção que vai desde advertência até a demissão à bem do serviço público qualificada.

Por outro lado, o servidor poderá ser responsabilizado penalmente, caso sua atuação seja tipificada como crime, seja contra a administração pública ou qualquer outra figura penal.

Por fim, a responsabilidade civil é de cunho patrimonial, a qual visa análise do elemento subjetivo (culpa e dolo), contudo, em duas vertentes, quais sejam, os danos causados ao patrimônio público e ao patrimônio do particular.

Na segunda vertente, o Ente Público tem o direito de regresso perante o servidor causador do dano, mas, antes, responde objetivamente pelos danos sofridos pelo particular, em face da ação ou omissão do servidor.

A título de complementação, o representante do Ministério Público somente poderá ser responsabilizado civilmente quando atuar com dolo ou fraude, nos termos do artigo 85 do Código de Processo Civil “O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude”.

O juiz somente será responsabilizado nos termos do artigo 133 do Código de Processo Civil, se proceder com dolo ou fraude, assim como recusar, omitir ou retardar atos.

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.

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.

Desta feita, os servidores públicos respondem por atos no exercício da função, na seara penal, administrativa e civil, caso tenha agido, neste último hipótese, com dolo ou culpa.

4.3 Responsabilidade Estatal pelo Erro Judiciário

O Direito, enquanto instrumento com finalidade precípua de pacificação social, pelo fato de ser alvo do dinamismo que se encontra atrelado à vida humana em coletividade, está sujeito a mudanças. Denotam-se, portanto, em sítios distintos, o dinamismo social e as regras do ordenamento, com vieses notadamente estáticos.

Desta feita, em razão disto, bem como, pelo fato de que, por mais que o Judiciário tem um corpo organizacional estruturado, equívocos podem ocorrer. Em face destes, um indivíduo pode restar preso por mais tempo que a legislação destaca como correto, ou, pior, preso de maneira injusta.

Em verdade, o fato de se estabelecer um instrumento *ad favorem* aqueles que busquem debater eventual erro judiciário não é contemporâneo no Direito Pátrio, consoante relembra Sé (1976, p. 57), quando trás a lume o art. 86, do Código Penal de 1.890. No artigo em questão, reconhecia-se o direito “ao reabilitado” (ou seja, ao indivíduo que, após processo no Supremo Tribunal Federal, fosse tido como inocente) a uma justa condenação.

Na esteira deste entendimento, dispõe o artigo em tela:

Art.86. A reabilitação consiste na reintegração do condenado em todos os direitos que houver perdido pela condenação, quando for declarado inocente pelo Supremo Tribunal Federal em consequencia de revisão extraordinaria da sentença condemnatoria.

§ 1º A reabilitação resulta imediatamente da sentença de revisão passada em julgado.

§ 2º **A sentença de reabilitação reconhecerá o direito do reabilitado a uma justaindemnização, que será liquidada em execução, por todos os prejuizossoffridos com a condenação.**

A Nação, ou o Estado, são responsáveis pela indemnização. (grifo nosso)

O Estatuto Processual Penal, de 1.941, pela Revisão Criminal, viu-se um instrumento específico para se combater o erro judiciário. Outrossim, o art. 630 do referido Diploma Legal aduz a possibilidade de o indivíduo pleitear indenização pelos prejuízos que, em virtude de prisão ilegal (*ab ovo* ou não) veio a sofrer.

Com um interstício de quase meio século, o advento da Constituição Cidadã, em 1.988, conferiu novos contornos à questão da indenização em face do erro judiciário. Em verdade, tal fato fora unguído à ordem de garantia fundamental, com assento, inclusive, no rol das cláusulas imutáveis da Lei Maior. Neste sentir, clara é a dicção do art. 5º, LXXV, da Carta Magna: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Neste trilhar, aduz Moraes (2013, p. 448):

O inciso LXXV do art. 5º da Constituição de 1988 estabeleceu uma nova espécie de direito fundamental, o direito à indenização por erro judiciário, ou ainda, por excesso ilegal de tempo de prisão fixado pela sentença. Assim, esse novo preceito constitucional traz dois objetos passíveis de indenização: erro judiciário e excesso de prisão.

Assim, ainda que de modo não pormenorizado, tem-se as linhas históricas do instituto que visa a reparação civil do indivíduo que se vê preso fora dos ditames previamente tachados na legislação pertinente, ou seja, em face de algum erro exarado pelo Magistrado. Neste jaez, referido “erro”, na doutrina de Dias (2011) *apud* Stoco (2013, p. 133), importa na “sentença criminal de condenação injusta. Em sentido mais amplo, a definição alcança, também, a prisão preventiva injustificada”.

Ao posicionamento, Stoco (2013, p. 133) adjetiva-o, afirmando que neste, ainda, pode-se considerar o excesso de pena, bem como, seu cumprimento por lapso temporal maior do que o fixado na sentença.

Complementa o autor, por assim, aduzindo que na atual conjuntura resta inócua a exclusão, quando se analisa o erro judiciário, de qualquer modalidade prisional, seja a sanção, seja aquela de cunho processual.

Hentz (1995, p. 29/39) destaca como causas do erro judiciário:

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

Tal posicionamento, todavia, não se mostra uniforme na doutrina. Aliás, *data máxima vênia*, curial compreender que, em que pese dentre as coisas apontadas pelo autor em comento, algumas de fato importem em causas de erro judiciário (*v.g.* atuação com dolo ou fraude), outras, a seu turno, configuram *error in iudicando*, o que, por claro, destoam daquilo que a Lei Maior (seguida pelo Código de Processo Penal) diligenciam como “erro judiciário”.

Seguindo, conforme já se ressaltou, Stoco (2013, p. 133) diligencia no sentido de que qualquer modalidade de prisão configura o erro em comento, bem como, seu excesso ou cumprimento além do estipulado. Moraes (2013, p. 448/449), apresenta certa divergência. Em sua obra, Moraes confere *status* de erro judiciário aos casos do art. 630, do Código Processo Penal, enquanto que aduz o excesso de prisão como outra modalidade, porquanto apresente aspectos diversos.

À guisa de exemplo, cabível trazer à baila trecho da sobredita obra de Moraes (2013, p. 449):

O acórdão em revisão criminal ou a sentença civil que reconhecem o direito à indenização por erro judiciário consistem em um título judicial executório ilíquido, devendo ser liquidado no juízo cível.

Na hipótese, porém, de o preso ficar retido além do tempo fixado na sentença, deverá pleitear seu direito à indenização em ação própria no juízo cível. A indenização por excesso de prisão abrange todas as espécies de prisão, sejam processuais, penais, administrativas, civis ou disciplinares.

Na mesma linha adotada por Moraes (2013, p. 449), Canotilho (1991, p. 75) e Moreira (1991, p. 75) dispõem:

É um caso tradicional de responsabilidade do Estado pelo facto da função jurisdicional o ressarcimento dos danos por condenações injustas provadas em revisão de sentença (...). Note-se, porém, que não são só os erros judiciários os únicos actos jurisdicionais susceptíveis de provocar graves danos morais e materiais aos cidadãos. Também a prisão preventiva ilegal ou injustificada pode originar lesões graves e ilegítimas, devendo merecer igual protecção o ressarcimento dos danos provocados.

Conforme se denota, porém, embora haja previsão legal (no art. 630, CPP) da indenização pelo erro judiciário, este (o erro judiciário) não fora definido pelo ordenamento, bem como, não se delimitou sua extensão. Tal ausência de previsão, a seu turno, por claro fez surgir uma série de complexidades inerentes ao tema.

Insurge-se, acerca da modalidade da responsabilidade que se faz consequência de uma prisão conferida em face de um erro judiciário. Nessa toada, Ferreira Filho (1997, p. 83) leciona:

É razoável que se indenize quem sofreu erro judiciário. A sociedade deve-lhe reparação pelo dano material ou moral que tenha sofrido. Ao Estado cabe, nesse caso, a responsabilidade objetiva, pois é ele quem representa a sociedade como um todo.

Não obstante o aludido autor, adere-se ao posicionamento de que tal responsabilidade de cunho objetivo poderá alongar deverás a compreensão do instituto. Ainda, consigna-se que, caso cuidasse o tema de responsabilidade objetiva, a revisão criminal importaria em um instrumento inócuo, bastando que o indivíduo demonstrasse no âmbito cível os elementos inerentes à responsabilidade civil.

Neste sentido, “o erro há de qualificar-se como intencional ou culposos, aquele que não se admite, sendo, portanto, inescusável, sendo certo que tanto a desídia como a omissão se enquadram nesse conceito” segundo Stoco (2013, p. 134).

Ao lado dos argumentos presentes, não se pode olvidar do fato de que para sob os Magistrados o Princípio do Livre Convencimento Motivado, inclusive com assento constitucional (art. 93, IX, CF). Por este, o julgamento do mérito da

causa pelo Magistrado atuante no caso não poderá ser alvo de subjetivismos do órgão revisor, fato que claramente foge ao escopo do instituto da Revisão Criminal.

Tal argumento confere supedâneo ao posicionamento de que a atuação do julgador deve consubstanciar-se de dolo, fraude, ou culpa em sentido amplo, para que, desta feita, reste configurado o erro judiciário.

4.4 Prisões Cautelares

Prisão, em sentido amplo, é restrição da liberdade de ir e vir mediante encarceramento.

A prisão, no ordenamento jurídico brasileiro, ou decorre de sentença penal condenatória irrecorrível, a qual dá-se o nome de prisão pena ou das prisões provisórias de natureza cautelares, denominadas prisão processual cautelar.

Para o desenvolvimento do presente estudo, interessa o estudo das prisões processuais de natureza cautelar.

Para Marques (2000, p. 11), as providências cautelares possuem caráter instrumental; constituem meio e modo de garantir o resultado da tutela jurisdicional a ser obtida através do processo.

Para Calamandrei (1976) apud Marques (2000, p 13):

Fala em instrumentalidade bipotética porque a concessão de medida cautelar sempre depende de ser provável a hipótese de dever conceder-se a providência definitiva, que tal medida antecipada procura assegurar, em prol daquele que pede em caráter provisório.

Merece ainda destacar abalizada lição de Tornaghi (1997, p. 6/7):

A prisão provisória nada tem de ver com a culpa, não é pena, não tem caráter retributivo. Se se pretendesse que o fundamento dela é a responsabilidade do acusado, que ela nada mais é do que pena antecipada,

então, toda vez que o réu fosse declarado inocente, estaria patenteada a injustiça da prisão provisória. Mas esta se funda no direito que tem o Estado de exigir dos indivíduos certos sacrifícios para o bem comum. Podem eles recair sobre o patrimônio (impostos), podem consistir na prestação de serviços (jurados, testemunhas, soldados), podem até exigir holocausto da vida (como no caso do militar que morre na defesa da Pátria). Ninguém diria que há injustiça em tudo isso, porque todos compreendem que essa abnegação é o preço da vida em sociedade, e o homem somente nela pode viver, para o bem comum, cada qual entra com uma parcela de si mesmo. Se, portanto, esse bem comum exige que o indivíduo seja segregado a fim de que possa apurar um fato e fazer justiça, não se pode tachar de injusta a segregação.... A prisão provisória é certamente um mal, como também é um mal a privação de dinheiro (impostos), do tempo (gasto por quem depõe como testemunha), da vida (soldado), como também é um mal a lesão feita pelo cirurgião. É um mal para o indivíduo e deve ser evitado tanto quanto possível. Mas a questão está em saber se é injusto ou justo que o Estado exija do indivíduo (ainda que inocente) esse sofrimento. A resposta somente pode ser afirmativa: é justo: cada um de nós, cada indivíduo, terá de tolerar certas privações, algumas dores, algumas causas em si mesmas não são boas, se forem necessárias para o bem comum. São males, mas o não sofrê-las seria mal maior. E entre dois males, o justo, o correto, o direito é que ocorra o mal menor.... Que a prisão provisória seja um mal necessária é certo. E necessário para evitar mal maior. Mas que seja "injustiça necessária" é que se deve negar peremptoriamente: ela, em si, não é injusta

A doutrina clássica entende que são dois pressupostos das prisões processuais de natureza acautelatórias, quais sejam, *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, o que significa, em termos genéricos, aparência do bom direito e perigo da demora.

Porém, a doutrina mais moderna advoga no sentido de que toda e qualquer restrição ao direito de ir e vir, antes da sentença penal condenatória irrecorrível, além da exigência constitucional de ordem fundamentada e escrita do juiz levará em conta a necessidade e adequação.

Segundo Oliveira (2011, p. 503):

Nota-se que, tanto para as medidas cautelares diversas de prisão, quanto para a decretação da prisão preventiva, estão presentes as mesmas exigências, quanto ao juízo de necessidade da restrição ao direito (garantir a aplicação da lei penal e eficácia da investigação e instrução criminal). E não só isso: a referência feita à adequação da providência tendo em vista a gravidade e demais circunstância do fato, bem como as condições pessoais do indiciado ou do acusado, vem a ser, na realidade, a verdadeira pedra de toque do novo sistema de cautelares.

O tema prisão tem regulamentação pormenorizada na Constituição Federal de 1998 ao dispor que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (artigo 5º, inciso LXI, CF/88).

Tal garantia constitucional deve ser conjugada com outras, dentre as quais, destaca-se o princípio da não culpabilidade, o qual afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Entende o professor Oliveira (2011, p. 497):

O princípio da inocência, ou da não-culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica da presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução pena, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal). A Constituição da República, portanto, promoveu: a) a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal; b) a garantia de que toda prisão anterior à condenação definitiva seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita e de autoridade judiciária competente. Em consequência, toda e qualquer prisão deverá ser pautar na necessidade ou na indispensabilidade da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz ou do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade. E essa finalidade há que se encontrada também no âmbito constitucional, na medida em que somente por essa via se poderia afastar as duas determinações constitucionais a que acabamos de nos referir. Nesse passo, surge a necessidade de preservação da efetividade do processo como fundamentação válida e suficiente para justificar a segregação excepcional de quem ainda se considera inocente.

Discorrendo ainda sobre a égide da Constituição Federal de 1946, o professor Marques (2000, p.13) assim se manifestou.

Do exposto se infere que a Constituição subordinou a prisão, de maneira inflexível e rigorosa, ao princípio da legalidade, tanto que, se o *status libertatis* do indivíduo for atingido por alguma coação ilegal, pode ele afastá-la mediante o habeas corpus.

Desta feita, as prisões provisórias de natureza cautelar no processo penal devem observar as disposições constitucionais, bem como preenchimentos dos requisitos autorizadores para sua concessão, a fim de garantir a utilidade do processo-crime ou investigação criminal.

O magistrado que assim atua não comete ilícito, eis que exerce estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.

Analisaremos em rápida exposição às modalidades de prisão cautelar

1. Prisão Temporária.

Prevista na Lei nº. 7.960/89, a prisão temporária constitui prisão cautelar de natureza provisória visando assegurar uma eficaz investigação policial, nas infrações de natureza grave prevista na citada lei.

Segundo o professor Oliveira (2011, p. 539):

A prisão temporária não pode fugir a regra. Trata-se de prisão cuja finalidade é a de acautelamento das investigações do inquérito policial, consoante se extrai do art. 1º, I, da Lei 7.960/89 no que cumpriria a função de instrumentalidade, isso é, de cautela. E será ainda provisória, porque tem a sua duração expressamente fixada em lei como se observa de seu art. 2º e § 3º, o citado artigo.

Para a decretação da prisão temporária é necessário as seguintes situações, ou seja, conjugar o disposto no artigo 1, inciso I e II com o inciso III, da Lei 7.960/89.

Quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial nas hipóteses de haver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto violento, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável, quadrilha ou bando, tráfico de drogas e outros crimes.

É ainda cabível a prisão temporária nas hipóteses que o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de

sua identidade, conforme dispõe o artigo 1º, inciso II, como os crimes descritos no inciso III.

O prazo da prisão temporária é de, como regra, de 5 dias, prorrogados por mais 5 dias, em caso de extrema e comprovada necessidade.

Os crimes hediondos e equiparados o prazo será de 30 dias, podendo ser prorrogável por outros 30 dias, nos termos do artigo 2º, § 4º, da citada Lei.

Por fim, a prisão temporária deverá ser ordenada pela autoridade judicial competente, de forma fundamenta nas hipóteses cabíveis.

2. Prisão em flagrante delito.

A prisão em flagrante constitui uma exceção ao princípio de que ninguém pode ser preso sem ordem escrita e fundamenta da autoridade judiciária competente, nos termos do artigo 5º, LXI, da C.F/88.

Na lição do professor Nucci (2011, p. 588):

Flagrante significa tanto o que é manifesto o evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre. Neste sentido, pois, prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolveu ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal).

Denota-se que o fundamento da prisão em flagrante é a constatação da ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente, assegurando à colheita da materialidade e da autoria do delito.

Por outro lado, tem nítida característica de medida cautelar de segregação provisória, em face da ocorrência do delito, exigindo-se, apenas, a aparência tipicidade do delito, característica do *fumus boni iuris*.

A análise da legalidade ou ilegalidade será feito pelo juiz a posteriori, mantendo-a quando considerá-la legal ou relaxando nas hipóteses de ilegalidade.

Segundo o professor Nucci (2011, p 589), o *periculum in mora*, típico das cautelares na prisão em flagrante é presumido, quando se tratar de infração penal em pleno desenvolvimento.

Por outro lado, ausente qualquer motivo que autoriza a prisão preventiva, o juiz concederá a liberdade provisória no interessado, nos termos do artigo 310, inciso I, e II, do Código de Processo Penal.

Tourinho Filho (2009, p. 459) aduz.

Inegável, pois, o caráter cautelar da prisão em flagrante, dê que necessária par assegurar a consecução dos fins do processo. A prisão em flagrante, como toda e qualquer prisão provisória, só se justifica se tiver um caráter cautelar; do contrário, haverá desrespeito à Constituição Federal. E essa cautelaridade existirá tão somente nas hipóteses em que a prisão for necessária para preservar a instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

O artigo 302 do Código de Processo Penal elenca as hipóteses de situação de flagrante delito.

Os artigos 303 e seguintes do Código de Processo Penal disciplina o controle judicial da prisão em flagrante, assim com as hipóteses de flagrante delito (flagrante facultativo, obrigatório, próprio, impróprio, presumido), mas pelo tema do presente trabalho não serão abordados.

Prisão Preventiva

A prisão preventiva, prevista nos artigos 311 e seguintes do Código de Processo Penal, constitui como medida cautelar de natureza processual, de constrição da liberdade do réu ou indiciado por razões de necessidade/utilidade ao Inquérito Policial ou instrução criminal respeitado os requisitos estabelecidos em lei.

Os requisitos, na lição do professor Nucci (2011, p. 606/607) são os seguintes: prova da existência/materialidade do crime, indícios suficientes de autoria e umas das situações descritas no artigo 312 do CPP, quais sejam, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal.

Os primeiros requisitos, quais sejam, prova da existência/materialidade e indícios suficiente da autoria, os quais o Professor Tourinho Filho (2009, p. 521) trata como pressupostos constituem aparência do delito, equivalente ao *fumus boni irus* de toda medida cautelar. Para o professor Oliveira (2011, p. 546), a aparência

do delito deve estar presente em toda e qualquer prisão provisória ou cautelar, como verdadeiro pressuposto da decretação da media acautelatória.

Cumpra registrar, inicialmente, que a garantia da ordem pública é um conceito jurídico indeterminado, levando à doutrina e jurisprudência a interpretação mais ampla e insegura na avaliação da necessidade de decretação da prisão preventiva na hipótese de garantia da ordem pública.

No entendimento do professor Nucci (2011, p. 607), a garantia da ordem pública de ser visualizada pelo trinômio gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente, mas, tais “pressupostos” devem ser analisados caso a caso pelo juiz.

A garantia da ordem econômica é espécie do gênero garantia da ordem econômica.

Por outro lado, entende-se por conveniência da instrução criminal a necessidade de segregação do denunciado visando a garantia da existência do devido processo legal regular no seu aspecto procedimental, ou seja, visa que a instrução criminal ocorra de maneira equilibrada, sem qualquer perturbação no desenvolvimento dos trabalhos por atos do réu.

Garantia de aplicação da lei penal, por sua vez, significa preservar a utilidade do processo penal que, em última *ratio*, é assegurar o seu direito de punir ao infrator da norma penal, nas situações de risco real de fuga do indiciado, devendo ser fundamentada em dados reais, colhidos durante a instrução criminal.

Tais hipóteses da decretação da prisão preventiva tem caráter cautelar, de cunho instrumental.

A decretação da prisão cautelar de natureza processual denominada prisão preventiva deve ser fundamentada pelo juiz, demonstrando os requisitos autorizadores da segregação, nos termos do artigo 93, XI, da Constituição Federal e artigo 315 do Código de Processo Penal.

O artigo 313 do CPP, por sua vez, elenca as circunstâncias legitimadoras para decretação da prisão preventiva.

Prisão decorrente de pronúncia

Dispõe o artigo 413, § 3º, do CPP:

O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

A prisão decorrente da sentença de pronúncia reveste-se de caráter cautelar de natureza processual, uma vez que para sua decretação deverá estar presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, sob pena de transformar em execução provisória da pena, vedado pelo princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal, na Medida Cautelar em Habeas Corpus, n.º 97.035-4, Piauí, tendo como Relator MIN. CELSO DE MELLO

... A prisão decorrente de decisão de pronúncia, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu...

... A prisão decorrente de decisão de pronúncia - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal...

...- A prisão cautelar – qualquer que seja a modalidade que ostente no ordenamento positivo brasileiro (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão motivada por condenação penal recorrível) – somente se legitima, se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do “*status libertatis*” do indiciado ou do réu. Precedentes.(HC 95.464/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)"Brasília, 25 de março de 2009.(185º aniversário da primeira Constituição Política do Brasil).

Na mesma linha de raciocínio, decisão do Superior Tribunal de Justiça.

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA POR OCASIÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. RÉU SOLTO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. CUSTÓDIA CAUTELAR JUSTIFICADA. CONDENAÇÃO ANTERIOR. REITERAÇÃO CRIMINOSA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MANDADO

DE PRISÃO NÃO CUMPRIDO ATÉ A PRESENTE DATA. NECESSIDADE DE RESGUARDAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ORDEM DENEGADA. 1. A jurisprudência desta Corte entende que, para a prisão cautelar, ainda que oriunda de sentença de pronúncia, é indispensável que a fundamentação esteja calcada em dados concretos do processo, que demonstrem a existência dos pressupostos delineados no art. 312 do CPP, únicos justificadores da medida extrema, principalmente quando o acusado respondeu ao processo, até aquele momento, em liberdade. 2. Na hipótese em apreciação, a segregação encontra-se justificada na garantia da ordem pública, para fazer cessar a reiteração criminosa, pois o paciente responde a vários processos criminais por delitos cometidos antes e depois da decisão de pronúncia. 3. Ademais, segundo as informações prestadas pela ilustre autoridade apontada como coatora, não há notícia do cumprimento do mandado de prisão, exarado no ano de 2003, o que reforça a necessidade da custódia cautelar para garantia da aplicação da lei penal, pois o julgamento pelo Tribunal do Júri não prescinde da presença do acusado. 4. Denega-se a ordem, em consonância com o parecer ministerial (STJ - HC: 83868 SP 2007/0123893-7, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 07/08/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/09/2008)

Denota, portanto, que a prisão decorrente de sentença de pronúncia tem caráter cautelar, de natureza processual, fundado nas hipóteses de decretação da prisão preventiva.

4.5 Prisão Decorrente de Sentença Penal Condenatória Recorrível

A prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível sofreu profundas alterações com o advento da Lei 12.736/2012, a qual concedeu, de forma definitiva, o caráter cautelar, vez que exige para a segregação os requisitos da prisão preventiva.

Dispõe o art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012).

A propósito Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2004, p. 362/363):

A prisão em virtude de decisão condenatória recorrível também possui natureza cautelar, visando a assegurar o resultado do processo, diante do perigo de fuga do condenado, em face de um primeiro pronunciamento jurisdicional desfavorável. ... em face das garantias asseguradas ao cidadão pela Constituição da República, sua decretação não pode ser automática, diante do reconhecimento da existência do crime e de sua autoria, mas deve resultar, ainda, da apreciação sobre a presença do periculum libertatis, que autoriza excepcionalmente a prisão antes de uma condenação definitiva. ... A falta de efetiva apreciação da necessidade da cautela importará, também quanto à prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, vício de fundamentação capaz de fazer incidir a sanção de nulidade por desatendimento aos preceitos constitucionais já indicados.

4.6 Responsabilidade Estatal pelo Erro nas Prisões Indevidas

O presente tópico versa sobre a de colisão de duas normas constitucionais, quais sejam: artigo 37, 6º, que dispõe sobre a responsabilidade civil do Estado nos seguintes termos:

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

E o artigo 5º, inciso LXXV que trata especificamente sobre o erro judiciário nos seguintes termos: "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença",

Tendo a colisão de normas constitucionais, cabe ao intérprete compatibilizá-las.

Para a correta compatibilização, assim como harmonização desses dois princípios, necessário se faz a distinção entre atividade jurisdicional e atividade judiciária.

Segundo Cavalieri Filho (2011, p. 274):

A primeira – atividade jurisdicional, é realizada exclusivamente pelos juízes, através de atos judiciais típicos, como decisões, sentenças, liminares, específicos na função de julgar. Mas no Judiciário não atuam apenas juízes, labuta também uma multidão de servidores praticando uma infinidade de atos judiciais, no preparo e andamento dos processos, no cumprimento das determinações do juiz... Essa é a atividade judiciária.

Sendo assim, o Estado somente pode ser responsável pelos danos causados por atos judiciais típicos, ou seja, por erro judiciário ou que ficar preso além do tempo fixado na sentença, consoante o artigo 5º, inciso LXXV, da Carta Magna.

Fora dessas hipóteses, o Estado não responde, segundo entendimento de parte da doutrina e jurisprudência.

Entende-se por erro judiciário, segundo a doutrina, um ato equivocado e gravoso a alguém, tanto na órbita penal como civil, ato este decorrente da atuação do juiz, como dolo ou culpa grave.

Lembra, ainda, o Professor Cavalieri Filho (2011, p. 275):

Nem sempre será tarefa fácil identificar o erro, porque para configurá-lo não basta a mera injustiça da decisão, tampouco a divergência na interpretação da lei ou na apreciação da prova. Será preciso uma decisão contrária a lei ou à realidade fática, como, por exemplo, a condenação de pessoa errada, aplicação de dispositivo legal impertinente, ou o indevido exercício da jurisdição, motiva por dolo, fraude ou má-fé.

Colacionando as palavras do eminente Cavalieri Filho (2011, p. 276):

O que não parece aceitável é a amplitude que vem se procurando dar ao conceito de erro judiciário, ao ponto de considerá-lo sinônimo de falta de prova. O benefício da dúvida, que no Direito Penal leva à absolvição do réu, não tem o condão de servir de fundamento para reparação civil. Falta de prova não é sinônimo de erro judicial, nem mesmo *latu sensu*.

Por tudo isto, a responsabilidade do Estado por ato judicial de natureza cautelar, somente poderá emergir se provado o erro judiciário, o abuso da autoridade, a ilegalidade do ato, não bastando a mera absolvição por falta de prova.

Nesse sentido, manifestou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no sentido de inexistir erro judiciário, salvo quando o ato privativo de liberdade foi praticado com dolo, fraude ou erro judiciário.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Indenização por danos morais e materiais por suposta prisão ilegal - INADMISSIBILIDADE - Prisão em flagrante mantida na sentença de pronúncia e posterior absolvição no Tribunal do Júri, por ausência de provas – Inocorrência de dolo, fraude, ou erro judiciário – Recurso desprovido" (6a Câmara de Direito Público – Apelação Cível n° 377.330-5/0 - Relator: Desembargador Oliveira Santos - j . 26.11.2007).

Ou seja, o Estado responderá civilmente nas hipóteses de erro judiciário, nos termos da garantia constitucional prevista no inciso LXXV, do artigo 5º, da C.F.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais decidiu que a indenização por erro judiciário decorre das hipóteses de dolo ou culpa do magistrado, nos termos do artigo 37, § 6º, da C.F, combinado com o artigo 133 do CPC.

ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ATO JUDICIAL - INDENIZAÇÃO POR ERRO JUDICIÁRIO - RESTRIÇÃO ÀS HIPÓTESES DE DOLO OU CULPA DO MAGISTRADO. - Nos lindes do art. 37, § 6º, da Constituição da República, o Estado responde objetivamente pelos danos que, nessa qualidade, causar a terceiros. - Entretanto, em sede de erro judiciário ocorrido na esfera cível, a responsabilização estatal por ato judicial restringe-se às hipóteses do artigo 133 do CPC, ocorrendo apenas quando o juiz " no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte". - Arrimando-se a decisão judicial que se imputa de lesiva no arcabouço legal vigente no país, não havendo qualquer ato culposo ou doloso do magistrado que a proferiu, não se cogita de indenização por erro judiciário. - Recurso conhecido e desprovido.(TJ-MG, Relator: DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA, Data de Julgamento: 11/09/2008)

Sendo assim, o Estado responderá pelo erro judiciário nos exatos termos que a Constituição Federal dispõe, quais sejam, erro judiciário ou que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Salienta-se, ainda, que existe entendimento, tanto na doutrina, assim como na jurisprudência no sentido na responsabilidade civil do Estado em face da prisão cautelar de natureza processual com ulterior absolvição.

Nesse sentido decisão do Superior Tribunal de Justiça, do Relator Luiz Fux.

PROCESSO CIVIL. ERRO JUDICIÁRIO. ART. 5º, LXXV, DA CF. PRISÃO PROCESSUAL. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. 1. A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5º, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização. 2. Assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido. A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar o mais comezinho direito fundamental à vida livre e digna. A absolvição futura revela da ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos (*notoria non egent probationem*). 3. O pedido de indenização por danos decorrentes de restrição ilegal à liberdade, inclui o "dano moral", que in Casu, dispensa prova de sua existência pela inequivocidade da ilegalidade da prisão, duradoura por nove meses. Pedido implícito, encartado na pretensão às "perdas e danos". Inexistência de afronta ao dogma da congruência (arts. 2º, 128 e 460, do CPC). 4. A norma jurídica inviolável no pedido não integra a causa petendi. "O constituinte de 1988, dando especial relevo e magnitude ao status *lebertatis*, inscreveu no rol das chamadas franquias democráticas uma regra expressa que obriga o Estado a indenizar a condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado pela sentença (CF, art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes a de quem submetido à prisão processual e posteriormente absolvido." 5. A fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica na valoração da proporcionalidade do quantum e na capacidade econômica do sucumbente. 6. Recurso especial desprovido REsp 427560 / TO.

4.7 Das Excludentes ou Atenuantes de Responsabilidade

Ainda que a responsabilidade civil que orbita em face do Estado seja (no mais das vezes) tida como objetiva, tal imposição não serve como supedâneo

para se afirmar que em todos os casos – sem exceção – haverá responsabilidade estatal.

Neste sentido, há situações em que, embora reunidos os elementos que conduzem à responsabilidade civil, o sujeito que *a priori* causara o dano não será responsabilizado. Tratam-se, portanto, das causas que excluem (ou atenuam, a depender do grau) a responsabilidade civil.

Desta forma, configuram-se como excludentes da responsabilidade civil, uma vez que romper o elo que se forma entre a conduta e o resultado: a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, bem como, a força maior e/ou caso fortuito, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito. Ademais, como atenuante desta responsabilidade, tem-se a culpa concorrente da vítima.

4.7.1 Culpa exclusiva da vítima

A culpa exclusiva da vítima, causa de exclusão da responsabilidade, rompe o nexo de causalidade necessário para subsistir ao direito de indenizar.

De partida, a culpa exclusiva da vítima, à luz da sua própria semântica, importa em situação em que a vítima colabora de maneira decisiva no deslinde do evento danoso. Vê-se que é a própria conduta desta que dá ensejo à cadeia inerente ao resultado ao qual, a posteriori, se pretende ressarcimento.

Para o professor Gonçalves (2010, p. 841) se o evento danoso acontece por culpa exclusiva da vítima, desaparece a responsabilidade do agente, pois deixa de existir a relação de causa e efeito entre o seu ato e o prejuízo experimentado pela vítima, passando o causador do dano a ser mero instrumento do acidente.

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário RE n. 591.874, Pleno Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julg. 26.08.2009. Repercussão Geral – mérito:

É bem de ver, contudo, que a força maior e a culpa exclusiva da vítima podem configurar como excludentes de responsabilidade do Estado, exatamente porque o nexo causal entre a atividade administrativa e o dano dela resultante não fica evidenciado.

Por outro lado, existem situações em que a vítima concorrente parcialmente com o autor para o evento danoso.

Nestes casos, temos a culpa concorrente, prevista no artigo 945 do Código Civil:

Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor.

Segundo o professor Gonçalves (2010, p. 841):

Há casos em que a culpa da vítima é apenas parcial, ou concorrente com a do agente causador do dano. Autor e vítima contribuem, ao mesmo tempo, para a produção de um mesmo evento danoso. É a hipótese, para alguns, de “culpas comuns”, e, para outros, de “culpa concorrente. Nesses casos, existindo uma parcela de culpa também do agente, haverá repartição de responsabilidades, de acordo com o grau de culpa. A indenização poderá ser reduzida pela metade, se a culpa da vítima corresponder a uma parcela de 50%, como também poderá ser reduzida de $\frac{1}{4}$, $\frac{2}{5}$, dependendo de cada caso.

Brilhante julgamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da culpa concorrente que vale pena colacioná-lo:

1. Não obstante constitua ônus da empresa concessionária de transporte ferroviário a fiscalização de suas linhas em meios urbanos, a fim de evitar a irregular transposição da via por transeuntes, é de se reconhecer a concorrência de culpas quando a vítima, Agem com descaso e imprudência, optando por trilhar caminho perigoso, levando-o ao acidente fatal. 2. ação julgada procedente em parte, devido o ressarcimento em 50% (cinquenta por cento) do valor geralmente observado por esta Corte, em face da culpa concorrente, de logo fixado pela aplicação do direito à espécie, na forma preconizada no artigo 257 do Regimento Interno do STJ.” (REsp 1.123.704, Quarta Turma. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Julg. 7.11.2011. DJe, 15 abr. 2011)

Assim sendo, tem-se claro que a conduta da vítima rompe todo e qualquer elo entre a conduta e o resultado, exonerando, assim, o suporto réu da ação indenizatória do ressarcimento ali aclamado.

4.7.2 Fato de terceiro

Outra causa de exclusão da responsabilidade civil é o fato praticado por terceiro.

Terceiro, segundo professor Dias (2012, p. 299), é qualquer pessoal além da vítima e o responsável, alguém que não tem ligação com o causador aparente do dano e o lesado. Pois, não raro, acontece que o ato de terceiro é causa exclusiva do evento danoso, afastando qualquer relação de causalidade entre a conduta do autor aparente e a vítima.

Para o professor Gonçalves (2010, p. 845):

Quando o ato de terceiro é causa exclusiva do prejuízo, desaparece a relação de causalidade entre a ação e a omissão do agente. A exclusão se dará porque o fato de terceiro se reveste de características semelhantes às do caso fortuito, sendo imprevisível e inevitável. Melhor dizendo, somente quando o fato se revestir dessas características e, portanto, equiparar-se ao caso fortuito ou à força maior, é que poderá ser excluída a responsabilidade do causador direito do dano.

Como se vê, para o fato de terceiro romper o nexo de causalidade é necessário ser revestido da imprevisibilidade e pela inevitabilidade, assemelhando ao caso fortuito.

Nesse sentido lição do professor Silva (1962, p. 105):

Se o fato de terceiro, referentemente ao que ocasiona um dano, envolve uma clara imprevisibilidade, necessidade e, sobretudo, marcada

inevitabilidade sem que, para tanto, intervenha a menor parcela de culpa por parte de quem sofre o impacto consubstanciado pelo fato de terceiro, óbvio é que nenhum motivo haveria para que não se equiparasse ela ao fortuito. Fora daí, não. Só pela circunstância de se tratar de um fato de terceiro, não se tornaria pela equipolente ao casus ou à vis maior.

4.7.3 Caso fortuito e força maior

O caso fortuito e força maior são excludentes da responsabilidade civil, uma vez que rompem com o nexos de causalidade.

Contudo, o Código Civil, em seu artigo 393, parágrafo único, não faz qualquer distinção entre o caso fortuito e forma maior, nos seguintes termos. “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evita ou impedir”.

Entende-se por caso fortuito um fato ou ato estranho à vontade das partes, tais como guerra, motim, greve; força maior, por sua vez, decorre de acontecimentos/fenômenos naturais, como raio, terremoto, inundação.

Segundo preleciona o professor Cavalieri Filho (2010, p. 68):

O Código Civil, no parágrafo único do citado artigo 393, praticamente os considera sinônimos, na medida em que caracteriza o caso fortuito ou de força maior, como sendo fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir. Entendemos, todavia, que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior à forças do agente, como normalmente são os fatos da natureza, como as tempestades, enchentes, etc... estaremos em face da força maior, como o próprio nome diz. É o *actofgod*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evita-lo, ainda que previsível.

Depreende-se das lições do professor Cavalieri Filho (2010, p. 69) que a imprevisibilidade constitui elemento indispensável para caracterização do caso fortuito e a inevitabilidade como requisito essencial para a força maior.

Portanto, é necessária a existência dos seguintes elementos para configuração do caso fortuito e força maior: a) o fato deve ser necessário, não determinado por culpa do devedor; b) o fato deve ser superveniente e inevitável; c) o fato deve ser irresistível, fora do alcance do homem.

Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

É certo, no entanto, que o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite abrandamento e, até mesmo, exclusão da própria responsabilidade civil do Estado nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como caso fortuito e força maior – ou e videnciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 – RTJ 55/50 – RTJ 163/1107 -1109, v.g.)”(RE n. 385.943-AgR, Segunda Turma. Rel. Min. Celso de Mello. Julg. 15.12.2009. DJe, 18 fev.2010).

Importante registrar que a doutrina, bem como a jurisprudência, com base nas lições do professor Agostinho Alvim, tem feito a distinção entre fortuito interno e fortuito externo.

Entende-se por fortuito interno os fatos ligados à pessoa ou à coisa do agente; enquanto fortuito externo ligado à força maior, sendo que tão somente o fortuito externo teria o condão de excluir o nexo de causalidade, eis que são causas estranhas a pessoa e a máquina do agente.

O fortuito interno não afasta a responsabilidade do agente, porque, segundo o professor Gonçalves (2010, p. 865) é previsível.

Segundo efeito o professor Cahali (2007, p. 50), faz distinção entre o caso fortuito e força maior no tocante ao rompimento ou não do nexo de causalidade na responsabilidade civil do Estado.

Com efeito, se, no plano do direito privado, o caso fortuito e a força maior se confundem nas suas consequências, para excluir igualmente a responsabilidade, diverso deve ser o tratamento dos dois institutos no âmbito da responsabilidade civil do Estado.

Como adverte o Brandão (1964, p. 134)

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

Desta forma, tem-se a figura do caso fortuito, à guisa de exemplo, quando uma barragem se rompe, inundando as regiões fronteiriças, e, por claro, não configura causa excludente da responsabilidade civil do Estado.

Nesse sentido, Pietro (2012, p. 707):

Sem maiores aprofundamentos sobre a controvérsia, temos entendido, desde a primeira edição deste livro, que a força maior é o acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração.

Já o caso fortuito – que não constitui causa excludente da responsabilidade do Estado – ocorre nos casos em que o dano seja decorrente de ato humano ou de falha da Administração; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabe elétrico, causando dano a terceiros, não se pode falar em força maior, de modo a excluir a responsabilidade civil do Estado.

Não obstante, em regra, a força maior ter o nítido condão de excluir a responsabilidade civil do Estado, curial frisar que tal característica será observada em virtude de sua imprevisibilidade. Neste jaez, nos casos em que, por exemplo, houver raios, se ficar demonstrado que o Estado teria meios de prever tal ocorrência, e, em consequência, buscar soluções para evitar eventuais lesões e não o fez, será igualmente responsabilizado.

Entretanto, ainda que seja plenamente aceitável a responsabilização nos moldes supra delineados, resta patente que esta se guiará pela responsabilidade em seu viés subjetivo, e não objetivo. Na esteira deste entendimento, Pietro (2012, p. 707):

....Porque decorrente do mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do

serviço público (*faute du service*); é culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de atuação de agente público, mas de omissão do poder público.

Por claro, se ficar comprovado que o Estado não tinha meios para prevenir a situação, seja no caso do raio (supracitado), seja em face de uma chuva repentina e torrencial, o ente não será obrigado a reparar civilmente os danos que eventualmente ocorrerem, o que o fará amparado na excludente do nexo de causalidade em tela, a dizer, a força maior.

4.7.4 Estado de necessidade

Outra fonte de exclusão da responsabilidade civil pelo rompimento do nexo de causalidade é o estado de necessidade, previsto no artigo 188, inciso II, do Código Civil, assim descrito.

Artigo 188. Não Constituem atos ilícitos:

I -

II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou lesão a pessoa, a fim de remover perigo eminente.

Parágrafo único: No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Extraí do Código Penal o conceito legal de estado de necessidade.

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

O estado de necessidade, embora não seja um ato ilícito, nos termos do Código Civil, impõe o dever de indenizar, ou seja, de reparar o prejuízo que causou.

Como adverte o professor Cavalieri Filho (2010, p. 19) “Nem sempre haverá coincidência entre dano e ilicitude. Nem todo ato danoso é ilícito, assim como nem todo ato ilícito é danoso. Por isso a obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem”

Ou seja, terá que ressarcir o terceiro prejudicado e, caso tenha, terá direito ação regressiva contra o causador da situação de perigo.

Nesse sentido, dispõe o artigo 929 e 930 do Código Civil.

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

Segundo Godoy (2011, p. 936):

O Código determinou que o indivíduo, mesmo agindo em estado de necessidade, indenize terceiro prejudicado que não seja o responsável pela situação de perigo, garantindo-lhe, em contrapartida, regresso contra quem, aí sim, tenha provocado aquela mesma situação. Ou seja, é preciso diferenciar se o dano que o agente provocou, em estado de necessidade, atingiu ou não a pessoa causadora do estado de perigo.

Porém, o professor Gonçalves assim se posiciona (2012, p. 623):

A solução dos arts. 929 e 930 do CC/2002 não deixa de estar em contradição com o art. 188, II, pois enquanto este considera ato lícito o ato, aqueles obrigam o agente a indenizar a deterioração da coisa alheia para remover o perigo iminente.

4.7.5 Letígima Defesa

É causa excludente da responsabilidade civil, a legítima defesa.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa...

Entende-se por legítima defesa, nos termos do que dispõe o artigo 25 do Código Penal.

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

São pressupostos da legítima defesa, a saber: a) iniciativa de agressão por parte de outrem; b) que a ameaça seja atual ou iminente e c) que a reação seja proporcional.

Se ocorrer abuso ou desproporcionalidade no uso da legítima defesa, esta ficará descaracterizada, respondendo o agente pelo excesso, seja de forma culposa ou doloso.

Mutatis mutandis é o mesmo que o abuso de direito previsto no artigo 187 do Código Civil.

Contudo, somente a legítima defesa real, qual seja, praticada contra o agressor isente o ofensor do dever de indenizar. Sendo assim, a denominada legítima defesa putativa ou, nos casos de erro de execução (*aberratio ictus*), são passíveis de indenização.

4.7.6 Estrito cumprimento do dever legal

Conceitua-se estrito cumprimento do dever legal quem age nos limites e no cumprimento de um dever que lhe é imposto por lei, seja de cunho penal ou

extra-penal e não procede com excesso ou abuso, sob pena do ato ser tido como ilícito.

Para o professor Marques (1966, p. 138), o cumprimento do dever legal é causa de justificação em que o dever cumprido representa valor predominante em relação ao valor que é lesado.

4.7.7 Exercício regular de direito

Causa de exclusão da ilicitude previsto na parte final do inciso I, do artigo 188, do Código Civil.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - ...os praticados exercício regular de um direito reconhecido;

A doutrina sustenta a isenção da responsabilidade civil no adágio: “*qui iure suo utitur neminem laedit*”, isto é, quem de um direito seu não causa dano a ninguém.

Para o professor Cavalieri Filho (2010, p. 20), exercício regular de direito é o direito exercido regularmente, normalmente, razoavelmente, de acordo com seu fim econômico, social, a boa-fé e os bons costumes.

Contudo, o agente deve agir com razoabilidade no exercício regular de direito, sob pena de não o fazendo responder pelo abuso, nos termos do artigo 187 do Código Civil.

Define França (1991, p. 889), o abuso de direito “O abuso de direito consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito”.

Desta feita, o exercício regular de direito somente atuará como causa excludente das ilicitudes se exercido nos seus limites e com razoabilidade.

4.8 Irresponsabilidade Estatal Decorrente das Prisões de Natureza Cautelar

A controvérsia do presente trabalho consiste na não incidência da responsabilidade civil do Estado em face da decretação das prisões processuais de natureza acautelatórias, durante o inquérito policial ou instrução criminal, permissivo constitucional previsto no artigo 5º, inciso LXI, da CF e ulterior absolvição do indiciado, acusado ou preso por ocasião das sentenças ou em Recurso ou até mesmo em Revisão Criminal.

Ou seja, se ulterior absolvição transforma a prisão cautelar em erro judiciário, passível de indenização, nos termos do artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal.

Entendo que não.

Corroborar tal afirmação decisão do Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário 42.9518/SC.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ATOS DOS JUÍZES. C.F., ART. 37, § 6º. I. - A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II. - Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário C.F. art. 5º, LXXV - mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido. III. - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido.

Importante salientar, hodiernamente, que se admite a responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais de forma excepcional, nas hipóteses em que o magistrado tenha agido com culpa ou dolo ou, ou dizer do Supremo Tribunal Federal, a não ser nos casos expressamente declarados em lei (RE 429518).

Nesses casos, a responsabilidade civil é subjetiva, porquanto necessita da comprovação da atuação com dolo ou culpa, nos termos do artigo 133 do CPC.

“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.

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.

Ou seja, incumbe ao autor, em Ação contra o Estado, demonstrar que o Poder Judiciário, por meio da atuação dos juízes, atuou com dolo ou culpa grave ao decretar uma prisão temporária, preventiva, decorrente de pronúncia ou para recorrer, sem base legal para tanto ou fora das hipóteses constitucionalmente previstas.

Segundo Stoco (2004, p. 1038)

O dia que a prisão cautelar ou qualquer outra medida for considerada como erro judicial ou judiciário apenas em razão da absolvição do suspeito, indiciado ou acusado, todo o arcabouço e o sistema jurídico-penal estarão abalados e irremediavelmente desacreditados; ... Ora, se as medidas de caráter cautelar são previstas e permitidas não podem ser trasmudar em ato ilícito apenas porque houve a absolvição posterior. Prisão indevida não significa nem se confunde com a prisão que se mostrou necessária em certo momento do *persecutio criminis*. Prisão indevida é aquela que ocorreu de forma ilegítima e abusiva em desobediência à realidade fática e aos requisitos formais.

No mesmo sentir lição do Professor Meirelles (2012, p. 734)

Para os atos administrativos, já vimos que a regra constitucional é a responsabilidade objetiva da Administração. Mas, quanto aos atos legislativos e judiciais, a Fazenda Pública só responde mediante a comprovação de culpa manifesta na sua expedição, de maneira ilegítima e lesiva. Essa distinção resulta do próprio texto constitucional, que só se refere aos agentes administrativos (servidores), sem aludir aos agentes políticos (parlamentares e magistrados), que não são servidores da Administração Pública, mas sim membros de Poderes do Estado.

Ainda, Meirelles (2012, p. 735)

O ato judicial típico, que é a sentença ou decisão, enseja a responsabilidade civil da Fazenda Pública, nas hipóteses do art. 5º, LXXV, da CF/88. Nos demais casos, tem prevalecido no STF o entendimento que ela não se aplica aos atos do Poder Judiciário e de que o erro judiciário não ocorre

quando a decisão judicial está suficientemente fundamentada e obediente aos pressupostos que a autorizam. Ficará, entretanto, o juiz individual e civilmente responsável por dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providências de seu ofício, nos termos do artigo 133 do CPC, cujo ressarcimento do que foi pago pelo Poder Judiciário deverá ser cobrado em ação regressiva contra o magistrado culpado. Porém, nos casos do referido artigo 5º, LXXV, a responsabilidade pelo dano é do Estado, não do juiz.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim manifestou.

RESPONSABILIDADE CIVIL. Erro judiciário. Prisão em flagrante. Tráfico. Manutenção da prisão pelo juiz. Absolvição por falta de provas. Alegação de prejuízos morais. - 1. Responsabilidade civil. Atos de polícia. Atos judiciais. - Não ensejam responsabilidade civil os atos lícitos praticados pelo Estado cujo núcleo implica, por si mesmo, no sacrifício do direito de alguém, como são exemplo a prisão em flagrante, a persecução penal legitimamente procedida ou o encarceramento de quem foi condenado. Inaplicação do art. 37, § 6º da Constituição Federal. Os atos policiais e judiciais podem, em tese, gerar obrigação de indenizar quando evidenciada a culpa do serviço. Trata-se de responsabilidade subjetiva, que exige demonstração do dolo ou culpa grave, que não se insere no risco administrativo previsto no art. 37, § 6º da CF. -2. Prisão em flagrante. Atividade policial. O réu foi preso em flagrante durante fiscalização da polícia rodoviária que, ao parar a caminhonete na qual viajava como único passageiro, encontrou pacotes de maconha escondidos em fundo falso na carroceria nos bancos e na lateria do veículo. Não se vê, ante os elementos de que a polícia dispunha no momento, erro ou dolo em sua prisão em flagrante com base no art. 12 da LF nº6.368/76. - 3. Manutenção da prisão. Atividade judiciária. O réu foi denunciado e respondeu preso à fase instrutória, sendo absolvido por sentença proferida em audiência. A manutenção da custódia era decorrência natural do contexto processual. A absolvição não se deu por falta de materialidade do delito, mas sim por falta de provas, com base no art. 386, IV do CPP. Não se vê erro, dolo ou culpa do juiz a ensejar a responsabilização do Estado. – Sentença de improcedência. Apelo do autor desprovido (Apelação nº 710.810.5/7-00 - 10ª Câmara de Direito Público)

Trago a baile ensinamento do professor Mello (2013, p. 1010/1011), referente à desapropriação, mas se aplica ao tema ora debatido:

É importante esclarecer que o problema da responsabilidade civil do Estado não pode nem deve ser confundido com a obrigação, a cargo do Poder Público, de indenizar os particulares naqueles casos em que a ordem jurídica lhe confere o poder de investir diretamente contra o direito de terceiros, sacrificando certos interesses privados e convertendo-os em sua correspondente expressão patrimonial. A desapropriação é o exemplo típico desta situação. Renato Alessi, em sua clássica monografia sobre *'La Responsabilità della Pubblica Amministrazione'*, assinala que só cabe falar em responsabilidade, propriamente dita, quando alguém viola um direito

alheio. Se não há violação, mas apenas debilitamento, sacrifício de direito, previsto e autorizado pela ordenação jurídica, não está em pauta o tema responsabilidade do Estado. 4. Com efeito: a ordem jurídica pode prever e prevê o eventual contraste entre dois interesses, ambos valiosos e ambos merecedores de tutela e proteção. Prevê igualmente a solução nestes casos. Se um interesse público não pode ser satisfeito sem o sacrifício de um interesse privado, também tutelado, a solução normativa ditará a preponderância do primeiro, nos casos em que deva prevalecer, sem, contudo, ignorar ou menoscabar a proteção do direito privado a ser atingido. ... 5. Não há falar, pois, em responsabilidade, propriamente dita, quando o Estado debilita, enfraquece, sacrifica um direito de outrem, ao exercer um poder que a ordem jurídica lhe confere, autorizando-o a praticar um ato cujo conteúdo jurídico intrínseco consiste precisa e exatamente em ingressar na esfera alheia para incidir sobre o direito de alguém.

No mesmo sentir, excelente esclarecimento do Ministro Aguiar (1993, p. 45):

O princípio da responsabilidade objetiva, que se satisfaz com a causação do dano, não pode ser aceito no âmbito dos atos judiciais porque sempre, ou quase sempre, da atuação do juiz na jurisdição contenciosa resultará alguma perda para uma das partes. Se esse dano fosse indenizável, transferir-se-ia para o Estado, na mais absoluta socialização dos prejuízos, todos os efeitos das contendas entre os particulares. É por isso que a regra ampla do art 37, § 6º da Constituição deve ser trazida para os limites indicados no seu art. 5º, LXXV, que admite a indenização quando o ato é falho (erro na sentença) ou quando falha o serviço (excesso de prisão). A partir daí, a legislação ordinária e complementar vale para delinear com mais precisão os contornos dessa responsabilidade. O Estado responde quando o juiz age com dolo, fraude (art. 133, I do CPC; art. 49, I da LOMAN), ou culpa grave, esta revelada pela negligência manifesta (art. 133, II do CPC; art. 49, II e 56, I da LOMAN) ou pela incapacitação para o trabalho (art. 56, III da LOMAN).

Ainda que se entenda que a responsabilidade civil do Estado decorrente de prisão de natureza cautelar seja objetiva, nos termos do artigo 37, §6º, da C.F, o dever de indenizar não subsiste, haja vista causa excludente da responsabilidade civil do estado.

Tal fato se constata, consoante ensinamento dos Professores Mello (2013, p. 1010/1011) e Ministro Aguiar (1993, p. 45), posto que o exercício regular de um direito, assim como o estrito cumprimento do dever legal, ambos constitucionalmente previstos – artigo 5º, inciso LXI, da CF/88, são causas excludentes da responsabilidade civil – artigo 188, inciso I, do Código Civil.

Desta feita, com base nessas excludentes, a decretação da prisão cautelar com ulterior absolvição, não tendo o condão de gerar a indenização, porquanto é necessário comprovar a ilegalidade, excesso ou arbitrariedade ou atuação do magistrado com dolo ou culpa.

Na lição do professor Stocco (2001, p. 129):

Quanto ao exercício regular de direito, é certo que "o fundamento moral dessa causa de isenção da responsabilidade civil encontra-se no adágio: *qui iure suo utitur neminem laedit*, ou seja, quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém. Na idéia de ato ilícito exige-se o procedimento antijurídico ou da contravenção a uma norma de conduta preexistente, de modo que não há ilícito quando inexistente procedimento contra direito.

Portanto, se no caso concreto, preenchidos os requisitos legais para decretação de qualquer prisão cautelar – prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, de forma fundamentada pelo magistrado, não existe, a priori, o dever de indenizar, tendo em vista atuação lícita visando o acautelamento do processo crime, mesmo que venha ulterior absolvição, em face de um exercício constitucionalmente previsto.

O próprio Supremo Tribunal Federal e, não poderia ser diferente, manifestou sobre a harmonização/compatibilização entre as prisões cautelares de natureza processual e o princípio da inocência.

Tutela constitucional da liberdade físicas: STF – A Carta de 1988 jungiu a perda da liberdade a certos pressupostos, revelando, assim, que esta se constitui em verdadeira exceção. Indispensável para que ocorra é que se faça presente situação enquadrável no disposto no inciso LXI do rol das garantias constitucionais, devendo, se possuidora de contornos preventivos, residir em elementos concretos que sejam passíveis de exame e, portanto, enquadráveis no art. 312 do Código de Processo Penal” (STF – 2º T. HC nº 71.161/RS – Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 23.set.1944, p. 25.330)

Ou seja, a prisão cautelar de natureza processual é prevista e permitida.

Nesse sentido, trago a colação julgados de vários Tribunais de Justiça, fundamentados nos argumentos descritos acima.

Decisões do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Responsabilidade civil do Estado. Erro judicial. Prisão cautelar realizada em processo criminal. Apuração de prática de crime hediondo. Réu absolvido em sede recursal. Insuficiência de provas. Inexistência de abuso. Prisão preventiva decretada de forma regular, em consonância com os pressupostos e requisitos estabelecidos na legislação vigente. Existência de prova da materialidade e indícios da autoria delitiva por ocasião do decreto preventivo. Provimento negado. (TSSP – AC 136.899-5/7 – São Paulo, 8ª Câmara de Direito Público – Rel. Des. Caetano Lagrasta – j. 19.11.2003)

RESPONSABILIDADE CIVIL Prisão Não configurada a hipótese de erro judiciário - Legitimidade da atuação estatal Indícios suficientes para a prisão - Posterior absolvição que não macula a prisão de irregularidade, se, à época, presentes seus requisitos Exercício regular de direito dos agentes estatais envolvidos que consubstancia excludente da responsabilidade civil do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da CF Precedentes deste Egrégio Tribunal. Recurso desprovido. (TJSP, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Oscild de Lima Junior, Apelação nº 0001720-41.2010.8.26.0587, j. 26/11/2012).

APELAÇÃO RESPONSABILIDADE CIVIL Alegação de prisão indevida Pretensão à indenização por danos morais, haja vista a absolvição levada a efeito no Juízo Criminal, com fundamento no artigo 386, VII, do CPP Improcedência do pedido pronunciada em primeiro grau Decisório que merece subsistir Absolvição no processo criminal que, por si só, não revela a injustiça da persecução criminal, nem tampouco induz ao aventado direito de indenização Inexistência de violação ao direito de personalidade a causar lesão moral, ficando evidente que os agentes estatais agiram dentro do estrito cumprimento de dever legal, causa excludente da responsabilidade civil do Estado, prevista no art. 37, §6º, da Constituição Federal - Negado provimento ao recurso. (TJSP, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rubens Rihl, Apelação nº 0014739-07-2011.8.26.0482, j. 19/09/2012).

Responsabilidade Civil do Estado. Danos morais e materiais por processo penal encerrado com decisão absolutória, onde houve prisão em flagrante e preventiva. Inocorrência. Presença de excludente de responsabilidade objetiva, qual seja, exercício regular de direito por agente estatal. Atividade jurisdicional normal. Inexistência de ilegalidade em processo penal, que respeitou trâmite regular, sem abuso de poder dolo ou culpa imputável a membros da Polícia, Ministério Público ou Judiciário. Recurso oficial e da Fazenda do Estado providos. Recurso adesivo do autor prejudicado". (TJSP, 6ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 758.474-5/3, Rel. Des. Carlos Eduardo Pacchi, j. 28/07/2008)

Decisão Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

RESPONSABILIDADE CIVIL. PRISÃO PREVENTIVA. LEGALIDADE. DANO MORAL INEXISTENTE. Não resta configurado o dever de indenizar em virtude do autor ter sido preso preventivamente e posteriormente absolvido. Hipótese na qual não houve erro judiciário, sendo legal a segregação decretada preventivamente, tendo em vista a gravidade do crime imputado e indícios suficientes de autoria e materialidade. Inexistência de ato ilícito. Precedentes jurisprudenciais. APELAÇÃO DESPROVIDA". (Apelação Cível Nº 70049692908, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins Data de Julgamento: 25/10/2012, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/11/2012).

Decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

RESPONSABILIDADE CIVIL - PRISÃO PREVENTIVA - ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - RÉU PRESO E POSTERIORMENTE ABSOLVIDO - DESCABIMENTO DE INDENIZAÇÃO - PRISÃO PREVENTIVA REGULARMENTE DECRETADA - RECURSO DESPROVIDO. A jurisprudência deste Tribunal de Justiça vem entendendo que a prisão provisória, quando preenchidos seus pressupostos legais, não dá ensejo à indenização, ainda que o detido posteriormente seja declarado inocente. (TJ-SC - AC: 610101 SC 2007.061010-1, Relator: Anselmo Cerello, Data de Julgamento: 27/02/2008, Quarta Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Sombrio)

Decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA POR AUSÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. INDENIZAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS EM RAZÃO DA PRISÃO INDEVIDA. DECRETO PREVENTIVO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO E DENTRO DOS LIMITES LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE ERRO JUDICIAL E INOCORRÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-PR - AC: 7306010 PR 0730601-0, Relator: Fernando César Zeni, Data de Julgamento: 29/03/2011, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 607)

No sentir do Superior Tribunal de Justiça.

Administrativo. Indenização. Prisão e processo penal. Absolvição por inocência. Dano moral. 1. As circunstâncias táticas analisadas e sopesadas nas instâncias ordinárias afastam a hipótese de ato ilícito, pela quebra do nexo de causalidade. 2. Exercício regular do poder de polícia desenvolvido com a prova indiciária contrária ao recorrente, deu ensejo ao processo criminal. 3. Absolvição que atesta a lisura estatal e recompõe o equívoco, sem direito a indenização. 4. Recurso especial improvido (.Resp nº 337.225-SP, 2a Turma, 25-3-2003. Rei. Eliana Calmon)

No mesmo sentido, decisão do Supremo Tribunal Federal entende inexistir a direito a indenização.

O decreto judicial de prisão preventiva, quando suficientemente fundamentado e obediente aos pressupostos que o autorizam, não se confunde com erro judiciário a que alude o inc. LXXV do art. 5.º da Constituição da República, mesmo que o réu, ao final do processo, venha a ser absolvido em sua sentença condenatória reformada na instância superior. Interpretação diferente implicaria na total quebra do princípio do livre convencimento do juiz e afetaria irremediavelmente sua segurança para avaliar e valorar as provas, bem assim para adotar a interpretação da lei que entendesse mais adequada ao caso concreto. (RE n.º 429.518/SC, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 14.09.2004, p. 40.

Ou seja, o cerne da questão está em saber se houve algum tipo de ato ilegal ou arbitrário na decretação da prisão cautelar do indiciado, acusado ou réu, destoado dos elementos probatório-fáticos constantes do processo crime ou inquérito policial, a fim de ensejar a responsabilidade civil do Estado.

Nas lições de Araújo (2013, p. 793/794), a atividade jurisdicional normal, sob aspecto penal e civil, pressupõe:

- “1) o processo regular, de acordo com as exigências, prazos e formalidades legais, sem vícios, nulidades ou atos tendenciosos;
- 2) a legitimidade das partes e a competência legal do órgão judiciário, magistrado singular ou colegiado;
- 3) uma decisão de acordo com o direito vigente ou aplicável, e mais que isso, com a justiça cabível ao caso concreto, para que ela seja operante e não inócua;
- 4) uma decisão de pleno acordo com a prova dos autos, apurada na instrução processual, e que traduza o mais possível, em termos de direito, o que realmente aconteceu e que foi trazido ao exame do Judiciário pelas partes litigantes”.

Portanto, se o juiz decretou as medidas cautelares de natureza processual de segregação com base nos elementos que existiam no processo, não existe o dever de indenizar, diante de um processo crime regular.

Brilhante julgado do Tribunal de Justiça d Distrito Federal.

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE E POSTEROR ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE ABUSO OU ILEGALIDADE. IMPROCEDÊNCIA CONFIRMADA. 1. NA SISTEMÁTICA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL, AFIGURA-SE LEGÍTIMA A PRISÃO EM FLAGRANTE DE QUEM É PILHADO NAS CIRCUNSTÂNCIAS ENUMERADAS NO CPP. 2. NESSE CONTEXTO, A CUSTÓDIA PROVISÓRIA, BALIZADA NAS DIRETRIZES LEGAIS, NÃO INDUZ DEVER INDENIZATÓRIO AO ESTADO, APENAS POR HAVER O ACUSADO SIDO ABSOLVIDO DA IMPUTAÇÃO, PORQUANTO, SE SUBMETER À PERSECUÇÃO CRIMINAL, INCLUINDO-SE AI EVENTUAL CERCEAMENTO PREVENTIVO DA LIBERDADE, NÃO SE INSERE NO ÂMBITO DE ABUSO, ERRO OU ILEGALIDADE. 3. AFIGURA-SE LEGÍTIMO A LAVRATURA DO APF QUESTIONADO, POIS, SEGUNDO A PROVA COLIGIDA, A VÍTIMA DE FURTO INDICOU O OBJETO, EM PODER DO AUTUADO, COMO SENDO DE SUA PROPRIEDADE. 4. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJ-DF - APC: 20060110539558 DF , Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Data de Julgamento: 12/11/2008, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 01/12/2008 Pág. : 82)

Se tais fatos não bastassem, ulterior absolvição não enseja a responsabilidade estatal do dever de indenizar, porquanto a prisão cautelar não é fundada na certeza absoluta, mas, sim, numa cognição sumária de análise dos elementos probatório-fáticos aliado à legalidade e necessidade da prisão.

Entende-se por cognição sumária, a decisão do juiz baseado no juízo de probabilidade da existência do crime, nas vertentes *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Watanabe (1999, p. 58/59) conceitua cognição nos seguintes termos:

É prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento ‘judicium’, do julgamento do objeto litigioso.

E cognição sumária(1999, p. 121)

Cognição superficial que se realiza em relação ao objeto cognoscível constante de um dado processo. Portanto, traduz a idéia de limitação no plano vertical, no sentido da profundidade. A expressão ‘cognição sumária’, assim entendida, tem alcance diverso daquele que lhe dá Chiovenda, que contrapõe a ‘cognição sumária’ à ‘cognição plena e completa, ou cognição ordinária’, tendo, portanto, a acepção de ‘cognição incompleta, já porque não definitiva, já porque parcial, já porque superficial.

Sendo assim, a decretação da prisão preventiva, assim como as outras de natureza cautelar baseia-se num juízo de cognição sumária, bem como de provisoriedade, diferente da cognição exauriente para o decreto condenatório.

Ou seja, não se exige para a decretação da prisão cautelar de natureza processual a certeza da autoria e materialidade do delito.

Excelente julgado do Tribunal Regional Federal da 4^o Região.

RESPONSABILIDADE CIVIL. PRISÃO PREVENTIVA. JUÍZO DE VEROSSIMILHANÇA. RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. 1.- Considerando-se a natureza acautelatória da prisão preventiva, seu juízo não comporta cognição exauriente quanto à autoria e à culpabilidade, mas é baseado na verossimilhança. 2.- Inexistência de verdadeiro dano psíquico porque o exame do caso concreto revela que o autor sofreu um incômodo e, além disso, em virtude do cargo de dirigente sindical, bem como em vista do apoio público que recebeu na ocasião, verifica-se que não houve abalo a sua imagem, que restou fortalecida em razão do fato. (TRF-4 - AC: 21831 RS 2001.71.00.021831-2, Relator: MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, Data de Julgamento: 25/05/2010, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 23/06/2010)

Por fim, não menos importante, o tema aqui estudado é objeto de Recurso Representativo da Controvérsia n.º 33, perante o Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos.

Quadro 1 – Representativo da Controvérsia

REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA
Controvérsia: Responsabilidade civil do Estado por danos morais decorrentes de prisão indevida.
Descrição: Recurso Extraordinário com agravo em que se discute, à luz do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a caracterização, ou não, de responsabilidade civil do Estado por danos morais decorrentes de prisão indevida.

Fonte: Site do Supremo Tribunal Federal (s.d., s.p.)

Em breve notas, o Recurso da Representatividade da Controvérsia foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei n.º 11.418/2006, a qual inseriu o artigo 543-B, no CPC.

A inovação legislativa teve como escopa filtrar as questões que chegavam ao Supremo Tribunal Federal, dando um caráter de Corte Constitucional ao STF.

O Presidente e Vice-Presidente dos Tribunais, ao analisarmos pressupostos de admissibilidade, terá de verificar a existência de recursos com idêntico objeto, selecionar e remeter os chamados “recursos representativos da controvérsia” ao crivo da Suprema Corte.

Desta feita, os Tribunais de Justiça do Ceará – ARE 787681, de Minas Gerais ARE 789955, ARE 778860, de Rondônia, ARE 751777 do Estado de Goiás, ARE 752178 da Paraíba e ARE 761340 do Paraná, encaminharam ao Supremo Tribunal Federal recursos sobre o tema debatido neste trabalho.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho levantou-se a questão da não responsabilização civil do Estado em face da decretação da prisão processual de natureza cautelar com ulterior absolvição do indiciado, acusado ou réu, em face dos seguintes argumentos.

Demonstrou que a absolvição do indiciado, acusado ou réu que teve contra si a segregação cautelar de natureza processual não enseja a responsabilidade civil do Estado, vez que fora superada, tanto na doutrina e jurisprudência, a irresponsabilidade do Estado por ato judicial típico, conforme demonstrado no presente trabalho, mas, porque tal situação, não configura ou confunde-se com o erro judiciário, consoante p artigo 5º, inciso LXXV, da CF.

O Estado-juiz, ao decretar a segregação cautelar do cidadão, o faz com autorização constitucional, nos termos do artigo 5º, inciso LXI, da Carta Magna, devendo, apenas, obedecer aos requisitos legais, notadamente, o artigo 312 do Código de Processo Penal, bem como fundamentar a decisão judicial – artigo 93, inciso IX, da CF, com base no conjunto probatório-fático do inquérito ou processo crime.

Desta feita, o decreto de segregação cautelar de natureza processual exige a cognição sumária, aferida pelos elementos constantes do processo crime ou inquérito policial visando, em *ultima ratio*, o acautelamento da instrução criminal.

Portanto, não se exige e, não poderia ser diferente, tendo em vista a provisoriedade da medida, a certeza da autoria e materialidade para a prisão cautelar de natureza processual. Se tal fato fosse exigido, estaríamos, sim, executando provisoriamente a pena, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória irrecurável.

Assim, procedendo, o Estado-juiz exerce um ato lícito, ou em outras palavras, um exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal, situações que excluem a ilicitude de eventual conduta, nos termos do artigo 188, inciso I e II, do Código Civil.

O que demonstrou ao analisar vários institutos foi que, a absolvição posterior não transforma a prisão cautelar devida e fundamentadamente decretada e constitucionalmente prevista, em erro judiciário.

Contudo, conforme demonstrado, a irresponsabilidade do Estado em face da prisão cautelar de natureza processual não é total.

Poderá o Estado, consoante demonstrado no trabalho, responder civilmente pelos atos judiciais de segregação cautelar de natureza processual, de forma subjetiva. Responsabilidade esta admitida por parte da doutrina e jurisprudência, nas situações em que o magistrado atuou com dolo ou fraude.

Assim sendo, a mera absolvição por insuficiência probatória não transforma a prisão *anterior*, eivada do vício da ilegalidade, ou realizada em excesso ou abuso, nem, mesmo, a transmuda em *erro* judiciário

Tais entendimentos no meu sentir demonstram a compatibilidade entre as normas constitucionais da prisão cautelar e do erro judiciário, devendo o magistrado, atuante no processo em que se pleiteia a responsabilidade civil do Estado, analisar os fundamentos da decretação da prisão cautelar, sob colocar em cheque a credibilidade da justiça e segurança jurídica.

Por fim, não menos importante, é um tema polêmico, envolve direito e garantias fundamentais, sendo Tema de Controvérsia da Representatividade perante o Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil**. Distrito Federal: Ajuris, 1993. v. 20.

AGUIAR, José Dias. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 2

ALESSI, Renato. **La Responsabilità dela Publicaamministrazione**. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1955.

ARAÚJO, Edmir Netto do. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24 ed., rev., ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1964.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade cviiil do Empregador por ato lesivo de empregado na Lei n. 10.406/02**. São Paulo: Revista do Advogado, n. 70, ano XXIII, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIUZA, César. **Para uma releitura da teoria geral da responsabilidade civil**. São Paulo: Revista Synthesis, TRT da 2ª Região, n. 42, 2006.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FREITAS, Juarez. **Responsabilidade civil do Estado e o princípio dasproporcionalidade**: vedação de excesso e de inoperância In: FREITAS, Juarez (coord.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006,

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Indenização do Erro Judiciário**. São Paulo: Leud, 1995.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo 7. ed.**, rev., ampl por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual**. 2 ed. Campinas: Millenium, 2000. v IV.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 8 ed. São Paulo: Revista dos

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil – Parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de Danos**. 8 ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense 2009.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo e Execução Penal**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 15 ed. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2011.

SÉ, João Sento. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência, tomo II. 9. ed. rev., atual. e reformulada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TEPEDINO, Gustavo Mendes. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Separação, Violência e Danos Morais – A Tutela da personalidade dos Filhos**. São Paulo: Paulistana Jur, 2004.

TORGAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva. 1997. v. 2.

TOURINHO, Fernando da Costa Filho. **Processo Penal**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v 3.
Tribunais, 2004.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral** 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. v I.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil** . São Paulo: Saraiva, 2012.
ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade Patrimonial do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2010.