



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ARETHUZA LEITE PINTO

PRISÃO ILEGAL E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

SOUSA - PB
2004

ARETHUZA LEITE PINTO

PRISÃO ILEGAL E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Giorgia Petruce Lacerda e Silva Abrantes.

SOUSA - PB
2004

ARETHUZA LEITE PINTO

PRISÃO ILEGAL E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a. Ms.^a. Giorgia Petrucce Lacerda e Silva Abrantes (Orientadora)

Prof. _____

Prof. _____

Sousa – PB
dezembro/2004

Dedico

Aos meus pais, por terem me proporcionado a conquista da conclusão deste curso de Direito.

À Jânio, que me apoiou em todos os momentos da minha vida.

À Giorgia, que tanto me ajudou na orientação deste trabalho monográfico.

Agradecimento

A Deus, por ter me ajudado a galgar mais um degrau na busca da realização do grande sonho da minha vida.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 1 – DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	11
1.1. Esboço histórico.....	11
1.2. Conceito e teorias acerca do instituto da responsabilidade civil.....	14
1.3. A responsabilidade civil do Estado no exercício da atividade jurisdicional.....	21
CAPÍTULO 2 – DAS ESPÉCIES DE PRISÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	25
2.1. Prisão indevida e sua justificativa ante a reparação estatal.....	26
2.2. Prisão ilegal.....	28
2.3. Fundamentação da responsabilidade civil do Estado frente à prisão ilegal....	32
CAPÍTULO 3 – DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR.....	37
3.1. O reconhecimento da ocorrência de dano moral e material na prisão ilegal...37	
3.2. Aspectos próprios da ação de indenização: previsão legal, cabimento, competência legitimidade.....	40
3.3. O direito de ação regressiva conferido ao Estado.....	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	47

RESUMO

A presente pesquisa científica pretende analisar a responsabilidade civil do Estado, observando a sua aplicabilidade frente às duas espécies de prisão, a indevida e a ilegal e explorando alguns pontos referentes à restrição da liberdade, como também abordar aspectos próprios da ação de indenização, culminando no estudo da ação regressiva proposta pelo Estado em desfavor do magistrado que agiu com dolo ou culpa. Consta-se que a reparação estatal por indevida prisão e por erro judiciário é claramente descrita no Texto Constitucional, mais precisamente no artigo 5º, inciso LXXV, porém, ao tratar especificamente de encarceramento ilegal, os dispositivos normativos são omissos, dando margem a vários posicionamentos. O trabalho monográfico intitula-se: Prisão Ilegal e Responsabilidade Civil do Estado. Diante do anseio manifestado na academia, no sentido de ver solucionada esta lacuna, procura-se demonstrar a obrigatoriedade da responsabilização do Estado também no caso de decretação ilegal da prisão, tendo como respaldo jurídico o artigo 37, § 6º da Constituição Federal dentre outros textos normativos e princípios norteadores da Ciência do Direito. Para a concretização deste trabalho adotou-se o método bibliográfico e de interpretação jurídica, aliados à técnica de pesquisa documental. À guisa de resultados, constata-se o surgimento de um novo posicionamento doutrinário e jurisprudencial, que segue a orientação de abandono da teoria da irresponsabilidade do Poder Judiciário quando da prática de atos comissivos ou omissivos resultarem lesões aos particulares, assim como acontece no âmbito da Administração Pública. Tudo isso confirma a problematização elaborada, qual seja: A obrigação estatal de indenizar, advinda da prestação jurisdicional inadequada, abarca também a espécie de prisão ilegal? Bem como a hipótese previamente elaborada: Sim, haja vista que dispositivos legais já existem a disciplinar a matéria, o que reduz a celeuma posta a uma questão que pode ser solucionada em sede de hermenêutica.

Palavras-chaves: liberdade, prisão ilegal, responsabilidade estatal, ressarcimento, ação regressiva.

INTRODUÇÃO

O ser humano é e sente-se, desde a sua concepção, uma criatura livre. No decorrer de sua trajetória evolutiva, desde os primórdios até o estágio hodierno de aprimoramento da humanidade, o indivíduo idealiza, anseia, busca e tenta manter-se em liberdade, ou seja, no livre exercício de suas prerrogativas, vontades, direitos e dons.

Destarte, a organização normativa da vida em sociedade, promovida pelo Direito – enquanto mecanismo norteador das relações intersubjetivas – perpassa pela inclusão, no bojo dos melhores textos legais, da liberdade como valor, aspiração, direito e garantia.

O Pacto Fundamental de 1988 consagra, em seu artigo 5º, *caput*, essa mesma liberdade, como sendo direito fundamental conferido a brasileiros e estrangeiros, estabelecendo, outrossim, acerca de mecanismos hábeis à sua salvaguarda e aquisição.

A despeito disso, normas existem a regular o exercício desse direito que, por vezes, tratam das hipóteses de restrição a serem impostas quando esse mesmo exercício configure abuso, interferindo na esfera de direitos de outra pessoa.

A restrição da liberdade deve, pois, ser efetivada pelo Estado através do Poder Judiciário; é o que se dá no âmbito dos processos judiciais. Entrementes, se o Estado-Juiz abusa na atividade de limitação da liberdade, deve ressarcir a vítima do excesso ou arbitrariedade, tal como ocorre nas obrigações de indenizar decorrentes de atos praticados por particulares.

Diante do exposto, exsurge a necessidade de proceder a uma análise mais aprofundada sobre a temática posta, justificada pelo interesse manifestado continuamente acerca do assunto, tanto na Academia como em diversos outros segmentos sociais, qual seja: A Responsabilidade Civil do Estado por Prisão Ilegal. Portanto, os objetivos desta atividade de pesquisa são: o exame do instituto da responsabilidade civil estatal; identificar as hipóteses de reparabilidade patrimonial por parte do Estado frente às duas espécies de prisão, quais sejam, a indevida e a ilegal; analisar alguns dos aspectos próprios da ação de indenização. Tudo com o intuito de comprovar a obrigatoriedade que o Estado tem de arcar com o ônus indenizatório em face da prisão efetivada de forma ilegal ou indevida, utilizando-se, para tanto, do devido respaldo doutrinário e normativo.

No decorrer da investigação científica, optou-se pelo uso dos métodos bibliográficos e exegético-jurídico, trabalhados através da técnica de pesquisa documental.

Outrossim, o presente trabalho monográfico obedece à estrutura seguinte: no primeiro capítulo versar-se-á acerca da responsabilidade civil do Estado, mediante apreciação do esboço histórico, do conceito e teorias formuladas sobre o instituto e do enquadramento da produção jurisprudencial estatal nas hipóteses de responsabilização; mais adiante, serão explorados alguns conteúdos referentes à restrição da liberdade, ou seja, o capítulo segundo tratará das espécies de prisão passíveis de reparação – ilegal e indevida – e fundamentos jurídicos pelos quais se pode pleitear a indenização cabível; finalmente, o último capítulo do trabalho destina-se a abordagem das peculiaridades próprias do reconhecimento da ocorrência do dano e a

conseqüente obrigação de indenizar, perpassando pelo estudo da ação de indenização e do direito de regresso atribuído ao Estado.

Vale salientar que toda a atividade desenvolvida tende à confirmação da seguinte problematização: A obrigação estatal de indenizar, advinda da prestação jurisdicional inadequada abarca também a espécie de prisão ilegal? Para tanto é possível, de antemão, formular, como hipótese: Sim, haja vista que dispositivos legais já existem a disciplinar a matéria, o que reduz a celeuma posta a uma questão que pode ser solucionada em sede de hermenêutica.

CAPÍTULO 1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

1.1 Esboço histórico

A responsabilidade civil finca as suas raízes nos primórdios da civilização humana, onde predominava a vingança coletiva, caracterizando-se pela reação conjunta do grupo do ofendido contra o agressor da ofensa, consoante explicita Maria Helena Diniz (2000, p. 09).

Em sua dissertação de mestrado, Lenilma Meirelles (2002, p. 19) afirma, em outras palavras, que logo após, surge a mais antiga codificação de leis acerca do dano e de sua reparação, que é o Código de Ur-Nammu. Tal diploma descrevia princípios referentes à reparação dos danos, com uma larga utilização da pena pecuniária, diferenciando-se da prática da época, que era a vingança privada.

A vingança privada consistia numa forma primitiva, por que não dizer selvagem, de reparar o mal sofrido através do uso do próprio mal. A Lei de Talião era rígida, conhecida por todos na expressão “olho por olho, dente por dente”. O Poder Público só ditava quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesado dano idêntico ao que experimentou. Na Lei das XII Tábuas ainda é encontrada referência a este critério: “*si membrum rupsit ni eo pacit Tálío est*” (se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo), é o que depreende das lições de José Aguiar Dias (1995, p. 17)

Esse mesmo autor esclarece que a esse período sucede o da composição. O prejudicado percebe que mais conveniente do que cobrar a retaliação seria entrar em

composição com o ofensor, havendo a reparação do dano mediante a prestação da *poena*. Tal método assemelhava-se a uma espécie de compra do perdão do ofendido.

É na Lei Aquília, outrossim, que surge um princípio geral regular do dano, lembrando o que, mais tarde, fará parte da concepção da culpa aquiliana, que tomou da Lei Aquília a sua denominação ou nomenclatura.

Parafraseando Maria Helena Diniz (2003, p. 10) pode-se afirmar que a *Lex Aquilia de damno* veio difundir a idéia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse o ônus da reparação e fundando as bases da responsabilidade extracontratual. Esta lei introduziu a idéia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse o ônus da reparação, correspondente ao valor da *res*. Mais tarde, as sanções previstas nessa mesma lei foram aplicadas aos danos causados por omissão ou verificados sem o estrago físico e material das coisas. O Estado, então, passou a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos e obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança.

Como ensina, em outros termos, José de Aguiar Dias (1995, p. 20), na Idade Média exsurge a idéia de dolo e culpa, distinguindo-se a responsabilidade civil da penal. Com efeito, foi no Código Civil Francês que a legislação moderna se inspirou, haja vista que, após paulatino aperfeiçoamento das idéias românicas, onde todo dano causado por fato doloso deve ser reparado, o Direito Francês estabeleceu princípio geral da responsabilidade civil, seguindo estes parâmetros.

O supracitado autor esclarece que o Código de Napoleão absorveu as lições de Damat e Pothier, juristas franceses. A concepção de que a responsabilidade civil se funda na culpa partiu daí para inserir-se na legislação de todo o mundo.

Outrossim, no que pertine à responsabilidade do Estado, pode-se questionar, *a priori*, as diversas funções nas quais se reparte o Poder Estatal, quais sejam: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa. Entretanto, com maior freqüência dá-se a incidência da responsabilidade resultante de comportamento da Administração Pública, visto que, com relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, essa responsabilidade incide em casos excepcionais.

Tratando-se de dano resultante de comportamento do Poder Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica. A legitimidade passiva é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de uma parcela das atribuições estatais. A responsabilidade é sempre civil, com sanção de ordem pecuniária, conforme se pode extrair do pensamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2003, p. 523).

Na mesma esteira de raciocínio, a autora comenta que a responsabilidade civil pode se originar de atos jurídicos, de atos ilícitos, de comportamentos materiais ou de omissão do Poder Público. O necessário é que ocorra um dano causado a terceiros por comportamento omissivo ou comissivo de agente do Estado.

Assim, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2003, p. 523) elucida que o Estado - enquanto pessoa jurídica - se responsabiliza patrimonialmente por atos praticados mediante a atuação de pessoas físicas que ajam na condição de seus agentes, desempenhando funções relativas ao funcionamento da máquina estatal. Isso é assim porque o querer e o atuar do agente público é o querer e o atuar do Estado, fato que impõe ao mesmo a obrigação de indenizar, à custa dos cofres públicos.

Pensamento assente na doutrina civilista é que a responsabilidade do Estado surge como decorrência lógica da noção de Estado de Direito que, por sua vez, prevê a

igualdade na repartição dos encargos sociais sujeitando todos, pessoa física e jurídica, de Direito Público ou Privado ao ordenamento jurídico vigente, impondo o dever de indenizar por ato que venha a causar prejuízo a outrem.

Mas, é preciso observar que a responsabilidade pública é precedida por normas de direito público, especificamente de Direito Administrativo, com alguns pontos convergentes aos princípios que regem a responsabilidade no âmbito do direito privado, mais precisamente no Direito Civil.

Contudo, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2003, p. 523) salienta que divergência há no sentido de que, no direito privado, a responsabilidade exige sempre a precedência de um ato ilícito; a *contrario sensu*, no direito público, e em particular no campo administrativo, ela pode decorrer de atos ou comportamento que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus superior àquele ao restante da sociedade.

Faz-se necessário salientar que, neste tópico, há referência à responsabilidade extracontratual do Estado, regulamentada pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37, § 6º, a qual não se confunde com a responsabilidade contratual, que possui fundamentos e princípios próprios e diferenciados.

1.2 Conceito e teorias acerca do instituto da responsabilidade civil do Estado

A leitura da obra de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2003, p. 524) faculta o entendimento de que a responsabilidade extracontratual do Estado está diretamente ligada à obrigação de reparar danos causados a terceiros em consequência de

comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, praticados pelos agentes públicos.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2002, p. 424) comungam do mesmo entendimento, sintetizado na seguinte definição:

A responsabilidade civil da Administração Pública evidencia-se na obrigação que tem o Estado de indenizar os danos patrimoniais ou morais que seus agentes, atuando em seu nome, ou seja, na qualidade de agentes públicos, causem à esfera juridicamente tutelada dos particulares. Traduz-se, pois, na obrigação de reparar economicamente danos patrimoniais, e com tal reparação se exaure.

Como se vê, dentre os casos abarcados pela incidência da responsabilidade objetiva, este é o que melhor é delineado pela legislação pátria. Entrementes, nem sempre foi assim, pois até se chegar a esse patamar, houve gradativa evolução histórica acompanhada, obviamente, do desenvolvimento da sociedade moderna.

Consoante preleciona Maria Sylvia Zanella di Pietro (2003, p. 524) as teorias que passarão a ser analisadas foram adotadas, principalmente, no sistema europeu-continental, isto porque o Conselho de Estado Francês elaborou maior quantidade de trabalhos jurisprudenciais sobre o tema. Outros sistemas, como o anglo-saxão, seguiram outras linhas de raciocínio, as quais não influenciaram o Brasil, e por isso, pode-se tê-las como assunto de somenos importância.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2003, p. 525) comenta, ainda, que a primeira teoria foi a adotada na época dos Estados absolutistas, fundamentada na soberania exarcebada do período; era a teoria da irresponsabilidade. O Estado detinha uma autoridade inquestionável, o súdito nada podia contra o rei e quem sofresse alguma lesão teria que suportá-la sem reclamar. Algumas expressões da época podem retratar

o grau de superioridade do monarca, como por exemplo: “o rei não erra”, “aquilo que agrada o príncipe tem força de lei”.

Lenilma Meirelles (2002, p. 21) em sua dissertação de mestrado, ressalta que neste momento o lesado tinha apenas ação contra o próprio funcionário causador do dano, o Estado e o funcionário constituíam sujeitos autônomos, o primeiro possuindo supremacia e agindo de forma ilimitada.

Não demorou muito para essa teoria começar a ser combatida. Se o Estado deve tutelar o direito, não pode deixar de praticá-lo, deve também responder quando causar danos a terceiros porque, sendo pessoa jurídica, é igualmente titular de direitos e obrigações.

A professora supramencionada ainda tece comentários acerca da teoria subsequente chamada de civilista por embasar-se em princípios que regem o Direito Civil. Nessa fase é possível identificar dois momentos distintos: primeiro, há uma distinção entre atos de império e atos de gestão, sendo classificados como atos de império aqueles praticados pela administração com as regalias e privilégios de autoridade e ditados coercitivamente ao particular, não sendo necessária nenhuma autorização judicial e mediante previsão legal específica; já os atos de gestão seriam aqueles exercidos pela Administração, em pé de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e pelo bom desempenho dos serviços, aqui o direito aplicando-se de modo comum a ambos, Administração e particular.

A diferença entre atos de império e atos de gestão veio amenizar a aplicação da teoria da irresponsabilidade. Sobre isso Maria Sylvia Zanella di Pietro (2003, p. 525) afirma que:

Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços;

A maior oposição a essa teoria fez-se pautada tanto na impossibilidade de separação da personalidade do Estado como na dificuldade de enquadrar, como ato de gestão, todos aqueles exercidos pelo Estado na administração pública e na prestação de serviços. Entretanto, vários autores, ainda apegados à doutrina civilista, passaram a admitir a responsabilidade do Estado com fundamento na culpa do funcionário. Nasce a teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva.

Essa teoria só teria aplicação, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro (2003, p. 526), quando o dano causado ao particular fosse derivado de uma conduta culposa assumida pelo agente público. Destarte, apenas as condutas classificadas como imprudentes, negligentes e imperitas por parte do servidor é que geravam para o Estado a obrigação de compor o dano, permanecendo na responsabilidade pessoal do servidor as decorrências de condutas dolosas.

A doutrina civilista vem perdendo espaço a cada momento no âmbito jurídico, pelo que passam a predominar as teorias publicistas. Uma grande contribuição nesse sentido adveio da decisão prolatada pela corte francesa no famoso caso Blanco, ocorrido em 1873 e citado por Maria Sylvia Zanella di Pietro (2003, p. 526):

a menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de

que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes.

A autora, explica, ainda, que surgiu conflito acerca da competência ser da jurisdição comum ou da contenciosa administrativa para processar e julgar tais litígios; porém, o Tribunal de Conflitos decidiu que competia ao Tribunal Administrativo resolver a querela, pois se tratava de analisar a responsabilidade decorrente do funcionamento do serviço público. Foi a partir dessa decisão que se construiu um posicionamento jurisprudencial no sentido de imputar ao Estado a responsabilidade, não em virtude de normas próprias do direito civil, mas decorrentes do Direito Público.

Posteriormente, advieram as teorias publicistas da responsabilidade estatal: a teoria da culpa administrativa e a teoria do risco, podendo esta última ser desdobrada, ainda, em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral.

Desenvolvendo a idéia exposta por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2002, p. 426) conclui-se que a teoria da culpa administrativa procura desvincular a responsabilidade do Estado da possibilidade de culpa do funcionário. A culpa pessoal do funcionário público, perante a qual ele mesmo responde, era diferente da culpa do serviço público, caracterizada quando o serviço não funcionou, funcionou mal ou atrasado. Na realização de qualquer dessas três faltas confirmava-se a responsabilidade do Estado, independentemente de qualquer análise de culpa do funcionário.

Juntamente com essa teoria a França passou a adotar, em algumas hipóteses, a teoria do risco administrativo, que serve de base à responsabilidade objetiva e fundamenta-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos social, segundo professora Maria Sylvia Zanella di Pietro (2003, p. 527). Ademais, essa teoria

desconsidera a culpa da Administração ou de seus funcionários, primando pela demonstração, por parte da vítima, de que ocorreu um fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Assim, a noção de culpa é substituída pela idéia de nexó de causalidade, a ser estabelecido entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pela vítima.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2002, p. 619) é possível diferenciar a teoria do risco administrativo da teoria do risco integral, posto que a primeira admite as causas excludentes da responsabilidade do Estado, a saber: culpa da vítima, culpa de terceiros e força maior; já a segunda prescreve que a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano sofrido por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima.

Mediante estudo comparativo acerca da incidência dessas teorias no direito positivo brasileiro vê-se que, em nenhum momento, mesmo na ausência de leis escritas, os tribunais ou doutrinadores acolheram a teoria da irresponsabilidade estatal.

Nas primeiras Constituições brasileiras não constava nenhuma referência à responsabilidade do Estado, existia apenas uma previsão da responsabilidade do funcionário em decorrência de abuso ou omissão na prática das suas funções. No entanto, é possível encontrar neste período leis ordinárias prevendo a responsabilidade estatal, já posta pela jurisprudência como solidária com os funcionários. Tais leis mencionavam expressamente casos de acidentes em linhas telegráficas e pelos serviços de correios.

O Código Civil promulgado em 1916 trouxe uma celeuma em seu artigo 15, que rezava:

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

É que a redação dava a entender que o diploma teria adotado a teoria civilista da responsabilidade subjetiva, entretanto, com a posterior análise e correta exegese firmou-se a compreensão de que o texto propugnava o entendimento voltado à demonstração de culpa do funcionário como pressuposto da responsabilidade estatal. Em virtude do exposto é que alguns autores defenderam a adoção da responsabilidade objetiva na vigência dessa lei civil.

A Constituição Federal de 1934 adotou, em seu artigo 171, o princípio da responsabilidade solidária. Os funcionários seriam então responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer danos provocados por negligências, omissões ou abusos no exercício de seus cargos. Da mesma forma prescrevia o artigo 158 da Lei Maior de 1937, como apregoa Maria Sylvia Zanella di Pietro (2003, p. 529).

A autora também afirma que o texto Constitucional de 1946 deu guarida à teoria da responsabilidade objetiva do Estado em seu artigo 194, abraçando, no parágrafo único, a possibilidade de ação regressiva contra os funcionários causadores do dano e que a Carta Magna de 1967 repete a norma em seu artigo 105 acrescentando, no parágrafo único do mesmo artigo, que a ação regressiva caberá nos casos de culpa e dolo. Com a emenda nº. 01 de 1969, houve uma mudança apenas na posição do artigo, que passou à numeração 107. Já Constituição Federal de 1988, em seu artigo

37, § 6º, comporta duas regras: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do funcionário. Determina o artigo que:

Art. 37 omissis.

(...)

§ 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

1.3 A responsabilidade civil do Estado no exercício da atividade jurisdicional

Assim como pensado por Aristóteles e divulgado por Montesquieu, a Constituição Federal hodierna estruturou o Estado e dividiu-o em poderes autônomos, porém harmônicos entre si, aos quais entregou funções básicas e distintas: a legislativa, a executiva e a judiciária. Esse é o tríduo que dá sustentáculo ao Estado, que exerce o poder desempenhando suas funções.

Destarte, pode-se afirmar que as funções legislativa, executiva e judiciária se destinam à concretização de atividades próprias, visando o fim a que o Estado se propõe, qual seja, o bem comum.

Diante de tais circunstâncias, Lenilma Meirelles (2002, p. 23) conclui que a responsabilidade do Estado decorre, necessariamente, de danos causados ao particular mediante exercício de suas funções. Tenha-se em conta que o preceito constitucional de regência, inserto no artigo 37, § 6º, não concedeu qualquer privilégio ao Poder Judiciário. A noção de serviço público não se restringe apenas à atividade administrativa, já que a atividade judiciária é própria e monopolizada pelo Estado,

primando pelo zelo e presteza para atingir a finalidade a que se propõe e sujeitando-se, portanto, à responsabilização pelos danos causados por sua indevida atuação.

A autora supracitada comenta que o serviço judiciário deve ser entendido como modalidade do serviço público, é exteriorização do exercício do poder do Estado, razão pela qual se sujeita à mesma obrigação e responsabilização atribuída às demais atividades exercidas pelos dois outros poderes, na hipótese em que quaisquer deles, através de seus agentes, causem danos a terceiros.

Yussef Said Cahali (*apud* STOCO, 1999) afirma que “a irresponsabilidade dos danos causados pelos atos judiciais, sem embargo da concessão feita à reparabilidade dos danos resultantes do erro judiciário, constitui o último reduto da teoria da irresponsabilidade civil do Estado”.

Assim, como preleciona Lenilma Meirelles (2002, p. 24), a teoria formulada sobre a irresponsabilidade do Estado na esfera judiciária está pautada nos seguintes argumentos:

- I) Soberania do Poder Judiciário: este órgão do Estado exerce parcela do poder supremo e é, portanto, soberano, não comportando questionamento algum o caráter absoluto que encerra suas decisões;
- II) Independência dos magistrados no desempenho de suas funções: a possibilidade de que das suas decisões possa surgir responsabilidade para o Estado pode influenciá-las de maneira negativa;
- III) O dispositivo constitucional presente no artigo 37, § 6º faz menção a danos praticados por funcionário público, todavia, os magistrados não são assim considerados, e sim como agentes políticos, não se podendo invocar tal artigo para responsabilizar o Estado por atos jurisdicionais;

IV) Impossibilidade de se refutar a coisa julgada (a regra da imutabilidade das decisões proferidas): pelo que estar-se-ia, então, violando tal princípio.

Em que pese à autoridade contida na argumentação exposta, é de ver-se que o primeiro argumento ressalta a soberania, mas a soberania é do Estado, o que significa a inexistência de outro poder acima dele, do Estado. Os três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – não são soberanos, pois devem respeito à Lei Maior do Estado que é a Constituição Federal. Conforme ensina Lenilma Meirelles (2002, p. 24) se esse questionamento for aceito então o Estado não poderá, deveras, se responsabilizar pelos danos praticados no âmbito do Poder Executivo, onde estes são postos de maneira incontestável.

No que tange ao segundo argumento, cumpre realçar que entre a independência do Judiciário, prevista no artigo 95 da Constituição Federal de 1988, e a responsabilidade do Estado não há qualquer incompatibilidade. A responsabilidade não fere a liberdade de julgar ou restringe o desempenho do magistrado.

A classificação do magistrado como sendo funcionário público é arguição já insustentável, na visão de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2003, p. 534), uma vez que a Carta Magna, em seu artigo 37, § 6º, utiliza a expressão "agente", e não mais "funcionário público", como fez a Constituição de 1967. No direito pátrio, o juiz ocupa cargo público criado por lei e se enquadra no conceito legal dessa categoria funcional, desempenhando uma função em nome do poder público, mediante remuneração.

Corroborando da idéia da citada autora, tem-se que a tese de que a admissibilidade da responsabilidade do Estado por ato jurisdicional acarretaria ofensa à coisa julgada não é suficiente para justificar a irresponsabilidade estatal. No direito positivo brasileiro, a força da coisa julgada é restringida pela admissão da ação

rescisória, no âmbito processual civil, e pela revisão criminal, na esfera processual penal.

Na seara da revisão criminal, a autora ainda comenta que, não restam dúvidas quanto à responsabilidade do Estado, uma vez que o artigo 630 do Código Processual Penal, como também o artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal impõem o dever de indenizar. Dúvidas podem surgir, ainda, em sede de ação rescisória, mais precisamente quando a decisão proferida não soluciona o assunto, seja porque julga improcedente o pedido, decreta a prescrição ou simplesmente porque se tornou imutável.

A aceitabilidade de indenização por dano decorrente da sentença estaria infringindo a regra da imutabilidade da coisa julgada, em cuja esfera há presunção de verdade que não admite contestação. Este é, realmente, o argumento mais forte a favor da admissibilidade da irresponsabilidade estatal.

A legislação infraconstitucional brasileira é acanhada e insuficiente para a solução das questões que se apresentam no cotidiano. A jurisprudência, em sua imensa maioria, não aceita a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. É estarrecedor constatar que a teoria da irresponsabilidade há muito superada, ainda se aplica num país cuja Lei Maior não a recepciona.

O argumento de que os magistrados, pela garantia da independência que os cerca, encontram-se imunes ao erro, sendo suas decisões intangíveis e infalíveis, é interpretação que vem liberando o Estado da responsabilidade pelos danos injustos, causados aos que procuram o Poder Judiciário justamente para a realização da justiça.

CAPÍTULO 2 DAS ESPÉCIES DE PRISÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Prisão, assim como se lhe conhece, é a privação da liberdade individual em consequência do cometimento de alguma prática delituosa que seja merecedora de punição estatal, sendo esta a conceituação, em outras palavras, de Arnaldo Quirino (1999, p. 21). Ainda para esse autor, a prisão, por fazer cessar a liberdade, que é um direito universalmente garantido, somente pode ser feita em obediência da ordem legal ou emanada de autoridade competente, e em respeito ao princípio do devido processo legal.

O citado doutrinador prossegue anotando que no estado de direito em que se vive, a liberdade pessoal deve ser plenamente respeitada e a prisão, antes do trânsito em julgado, somente pode ocorrer por razões de necessidade, para se manter a ordem e segurança da sociedade, com o fito de efetivar o processo penal.

Na Constituição Federal brasileira encontra-se vários dispositivos que defendem a liberdade individual contra as práticas arbitrárias em relação à prisão. Já o Código de Processo Penal trata da prisão a partir do artigo 282, ressaltando os casos em que o encarceramento pode se realizar e as normas que devem ser respeitadas.

Percebe-se, portanto, que a legislação pátria, especialmente a Carta Maior, privilegiou o princípio da legalidade, pelo qual o *jus libertatis* do cidadão deve ser

respeitado, não se permitindo violação, uma vez que a regra é a liberdade, excepcionalmente e nos casos legalmente previstos é que tal princípio deve ser maculado.

2.1 Prisão indevida e sua justificativa ante a reparação estatal

No capítulo anterior suscitou-se acerca da possibilidade da responsabilidade civil do Estado decorrente de atos danosos praticados por seus agentes, mormente aqueles decorrentes do Poder Judiciário. Houve, então, a oportunidade de demonstrar que ações praticadas pelo Poder Judiciário são suscetíveis de produzir conseqüências e que atuações derivadas de seus agentes podem causar danos a particulares. Com base nesse entendimento, conclui-se que o Estado-Juiz tem o dever, assim como os demais seguimentos, de indenizar o prejudicado.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6º, é clara na afirmação que 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. Imaginar que o Poder Judiciário foge a essa regra é sujeitá-lo a um ordenamento especial que o posicione a margem da responsabilidade por danos causados, o que se perfaz totalmente descabido.

Outrossim, elencados alguns pontos em que se baseia a doutrina para a defesa da irresponsabilidade estatal do Poder Judiciário, os quais foram devidamente combatidos, vê-se que, a despeito da responsabilidade conferida aos agentes em geral, no texto constitucional surge um novo, por isso ainda acanhado, posicionamento no sentido de impor ao Estado à obrigação de recompor o dano causado a terceiro em

decorrência da atuação dos magistrados, não somente quando se trata do erro judiciário, mas também em qualquer caso de restrição indevida ao direito de liberdade.

Leia-se, portanto, o que diz o artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Da leitura é possível apreender que, logo na primeira parte, o dispositivo constitucional assegura a indenização, limitando-a a efetiva condenação do acusado pelo Poder Judiciário. A segunda parte do artigo restringe a responsabilidade do Estado e a conseqüente indenização aos casos em que a prisão imposta mediante sentença condenatória, excede o prazo de duração.

Rui Stoco (1999, p. 541) explicita que o erro judiciário advém de ato jurisdicional onde ocorre equivocada apreciação dos fatos ou do direito aplicável. Pode, pois, ser corrigido por outro julgado superior, por meio de uma medida específica – prevista no art. 621 do Código de Processo Penal – qual seja, a Revisão Criminal, que no direito imperial recebera o nome de “recurso de revista”. É preciso salientar que, corrigir o erro através da revisão, não significa o mesmo que reparar o erro, pelo menos no âmbito civil.

Já o excesso de prisão ocorre, segundo Lenilma Meirelles (2002, p. 27), no período da execução da pena, quando o condenado, por desídia ou erro, não é liberado do presídio após regular cumprimento da pena fixada em sentença condenatória.

A mesma autora relata que a possibilidade de erro abarca a atividade jurisdicional comissiva, resultante da decretação de prisão ditada pelo juiz no exercício de sua função jurisdicional, como conseqüência de verdadeiro erro de julgamento. Em

se tratando de excesso de prisão comporta, além da ação, a omissão de qualquer agente público na concessão de liberação do preso depois de cumprida pena imposta.

Dando continuidade ao raciocínio, Lenilma Meirelles (2002, p. 28) demonstra a necessidade de se observar, ainda, a hipótese de prisão indevida decorrente de erro provocado por atitude dolosa do preso, que induz o juiz em erro pela utilização de documentos falsos. Nessas situações, em que o próprio preso dá causa a sua prisão mediante condutas anti-jurídicas, exclui-se a responsabilidade civil estatal por prisão indevida.

De acordo com o posicionamento majorante na doutrina, a prisão indevida constitui um gênero do qual as prisões advindas do erro judiciário e aquela que excede o tempo de cumprimento de pena estabelecida em sentença condenatória são espécies. Entretanto, há pensamento diverso, como por exemplo, o de Luiz Antonio Soares Hentz (*apud* LENILMA MEIRELLES, 2002), que defende ser a prisão indevida diferente do erro judiciário, embora ambos os institutos estejam previstos no mesmo dispositivo constitucional e gerando conseqüências jurídicas iguais, ou seja, a imposição ao Estado de indenizar o prejudicado pelos danos sofridos.

É necessário esclarecer que a obrigatoriedade de indenização ora em comento conserva o caráter de direito fundamental, uma vez ínsita no artigo 5º, inciso LXXV da Constituição Federal. E, nessa qualidade, não pode ser modificada ou abolida do ordenamento jurídico, posto que a própria Carta Magna, em seu artigo 60, § 4º, exclui a possibilidade de esses direitos virem a ser objeto de deliberação mediante proposta de emenda tendente a expurgá-los.

2.2 Prisão ilegal

Diante da problemática que envolve a prática de prisão ilegal no Brasil, muitos são os casos verídicos que vem à tona, especificamente em se tratando de medidas cautelares, motivo pelo qual, atualmente, se tem questionado muito sobre a responsabilidade civil do Estado diante dos vários tipos de prisões processuais, quando determinadas sem a observância dos requisitos exigidos para sua efetivação.

Lenilma Meirelles (2002, p. 14) argui que as prisões provisórias objetivam garantir a imediata tutela de um bem jurídico para evitar-lhe as conseqüências do *periculum in mora*, ligando-se à garantia de uma provável e futura execução de sentença condenatória.

A professora acima citada também tece comentários sobre as espécies de prisões cautelares recepcionadas pelo Código de Processo Penal: a que resulta de flagrante delito ou de determinação judicial – em virtude da persecução ou do próprio processo penal – tais como: a prisão preventiva, a resultante de sentença de pronúncia, e a decretada na prolação de sentença não transitada em julgado.

As regras gerais disciplinadoras das prisões processuais, inscritas no artigo 282 e seguintes determinam que, salvo em caso de flagrante delito, a prisão só se efetiva consoante mandado escrito da autoridade judicial competente, como também na presença de todos os requisitos estabelecidos no art. 285 do Código de Processo Penal.

De acordo com o artigo 302, incisos I, II, III, e IV do Código de Processo Penal, considera-se em flagrante quem está cometendo a infração penal; acaba de cometê-la; é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração ou é encontrado, logo depois, com

instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. Assim, o flagrante é considerado como um ato de natureza administrativa, realizado de acordo com o poder de coerção do Estado e não ocorrendo, necessariamente, por ordem da autoridade judiciária. É, pois, a única exceção à regra de que toda prisão deve ser determinada por lei e mediante ordem escrita da autoridade competente.

Fernando da Costa Tourinho Filho (2001, p. 526) escreve, em outros termos, que a prisão preventiva constitui medida restritiva de liberdade, ditada pelo magistrado em qualquer fase do procedimento inquisitorial ou da instrução criminal, como medida cautelar apta a garantir eventual execução da pena e para preservar a ordem pública, econômica, ou por conveniência da instrução criminal.

No artigo 312 do Código de Processo Penal encontram-se tanto os pressupostos quanto os fundamentos que dão respaldo à custódia preventiva. Aqueles se constituem na existência do crime e nos indícios suficientes da autoria; já os fundamentos consistem na garantia da ordem pública, da ordem econômica, na questão da conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei.


Em sua dissertação de mestrado, Lenilma Meirelles (2002, p. 16) ainda analisa uma outra modalidade de custódia provisória, que é a prisão decorrente de sentença de pronúncia. Apresenta como fundamento, é claro, a sentença de pronúncia, proferida por ocasião do encerramento da primeira fase do procedimento próprio dos crimes dolosos – *judicium accusationis*. Costuma-se justificar o cabimento da prisão mediante a alegação de que a fase preliminar do procedimento experimentara os rigores do contraditório – com presença de acusador e defesa – resultando em uma definição da culpa imputada ao réu.

Outro argumento a favor da manutenção desse tipo de prisão é o que se funda na impossibilidade de sua admissão *inaudita altera pars*, pelo que oferece maior segurança ao julgador, na probabilidade de culpa do agente. Não obstante essas considerações, presentes na doutrina clássica, esse tipo de prisão deixou de ser recomendada, chegando a cair em desuso e não sendo mais automática a sua decretação.

Apesar de a Constituição Federal hodierna ter trazido no seu texto a possibilidade de indenização para os casos de erro judiciário e prisão indevida, o que se vê com mais frequência é a incidência de prisão ilegal, configurada através da decretação das prisões cautelares acima comentadas.

O fato de a Lei Maior explicitar a previsão de indenização para os dois casos já analisados não exclui a possibilidade de cobertura perante outras hipóteses. A intenção do legislador foi clara, no sentido de demonstrar os casos em que a indenização tem que se dar, porém o referido permissivo legal não retira a chance de o Estado vir a ressarcir o particular por ilegalidade da prisão.

Se aquele que é condenado e passa mais tempo na prisão do que o necessário tem direito a receber indenização, então por que o indivíduo que sequer foi condenado, processado ou indiciado, se preso ilegalmente, não merece igual proteção por parte do Estado?

 A Carta Magna apresenta lacuna nessa questão, pois deveria esmiuçar as hipóteses de indenização por parte do Estado diante da ilegalidade da prisão, para não permitir o risco de que esse dispositivo seja interpretado e aplicado somente quando a restrição da liberdade pessoal se fundar no erro judiciário ou no caso de prisão que exceda o prazo máximo de sua duração.

Retomando o raciocínio outrora formulado, tem-se que o principal fundamento para expurgar a concessão da indenização estabelece que o Estado, quando efetua prisões processuais, o faz em nome da manutenção da ordem e da pacificação social, exercitando um poder-dever que lhe é inerente: o *jus puniendi*, por meio do qual se desenvolve atividade típica na perseguição do crime.

— Todavia, entende-se que esse combate ao crime deve acontecer de maneira o mais criteriosa possível, observando os princípios constitucionalmente assegurados a todos os cidadãos, o inestimável direito da liberdade e sem esquecer da garantia que está contida no artigo 5º, LXI, da Constituição Federal de 1988, de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, que consagra o princípio do estado de inocência.

Ademais, se a prisão não for decretada de acordo com circunstâncias de real necessidade, o particular poderá ingressar com o requerimento para concessão de medidas cabíveis, como o relaxamento, *habeas corpus* e liberdade provisória, além de pleitear indenização pelos danos ocasionados.

2.3 Fundamentos da responsabilidade civil do Estado frente à prisão ilegal

Sabe-se que a Constituição Federal garantiu o direito à liberdade de locomoção, como corolário da liberdade pessoal, e previu a obrigação do Estado indenizar aquele condenado por erro judiciário ou o que ficou preso além do tempo fixado na sentença – prisão indevida. Resta tratar, ainda, da responsabilidade civil do Estado diante dos vários tipos de prisão provisória.

↪ A principal justificativa para a indenização decorrente da prisão ilegal está embasada em alguns dispositivos constitucionais, como é o caso do próprio artigo 5º, LXXV, bastante estudado em tópicos anteriores. Mas, para Lenilma Meirelles (2002, p. 36) não se deve aplicar uma interpretação unicamente literal a esse artigo, pelo que se chega à conclusão de que a indenização por parte do Estado não é somente devida quando se tratar de prisão advinda de erro judiciário ou em virtude de prisão que excede o tempo de pena fixada em sentença condenatória, mas também na hipótese de prisão ilegal. Os que atribuem valor absoluto à letra da lei, afirma a professora, independentemente do seu significado contextual e dos resultados decorrentes da realidade, cometem um grande pecado.

Deve-se, pois, extrair da Constituição Federal a máxima eficácia possível, inclusive quando se trata de problema concreto a ser solucionado. A norma constitucional não deve ser apreciada isoladamente, mas na totalidade do contexto em que está inserida, evitando contradições. É preciso se ater à razão que levou o legislador a formular tal norma porque, em sede de responsabilização estatal, não há base para excluir a prisão ilegal, pois se há indenização em virtude de erro na prolação de sentença condenatória, persistirá o direito, também, em consequência de prisão ilegal.

↪ Outro artigo constitucional que dá sustento à responsabilização civil do Estado por efetivação de prisão ilegal é o 37, § 6º que, repita-se, enuncia serem as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responsáveis pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Da mesma forma que se suscitou, anteriormente, a possibilidade de uma interpretação conforme a realidade, igualmente propõe-se, agora, uma interpretação feita em

conjunto com outros artigos, ou seja, relacionando-se o artigo 37, § 6º com o artigo 5º, LXXV do Pacto Fundamental de 1988, haja vista que ambos conservam a natureza de direito fundamental e constituem dever do Estado e garantia do cidadão.

Nesse diapasão, a maioria dos doutrinadores pátrios vem considerando, com amparo na Lei Maior, que qualquer violação aos direitos da personalidade impõe ao ofensor a obrigação de indenizar o prejudicado por danos morais, mesmo não constatada a existência de danos materiais. Com relação ao Estado não poderia ser diferente: a fundamentação se dá com a aplicação do artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal, que tutela o direito à liberdade individual – enquanto direito da personalidade – e com a obrigação imposta ao Estado de indenizar os danos morais e patrimoniais advindos da prisão ilegal.

Lenilma Meirelles (2002, p. 34) argumenta que além do fundamento constitucional, a reparação por parte do Estado frente à prisão civil é tema deveras constante dos pactos internacionais recepcionados pelo Brasil, mormente o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica.

Outrossim, a Carta Magna acolhe a teoria monista nacionalista, aplicável aos tratados internacionais, prescrevendo no artigo 5º, § 2º que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” e ressaltando que as normas ditadas nesses tratados não devem ir de encontro às próprias normas constitucionais.

Aprovado pelo Decreto Legislativo nº. 266, de 12.12.91, e promulgado pelo Presidente da República através do Decreto nº. 592, de 06.07.92, de acordo com Lenilma Meirelles (2002, p. 34) o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos faz

muitas referências ao *status libertatis* do cidadão, bem como à sua restrição e à decretação de prisão. Senão, veja-se:

Art. 9º: *omissis*.

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

2. *omissis*.

3. (...) A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

4. *omissis*.

5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegal terá direito a reparação.

6 a 13. *omissis*.

14. Se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou quando um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judiciário, a pessoa que sofreu a pena decorrente dessa condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, a não-revelação do fato desconhecido em tempo útil.

Percebe-se que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos traz no seu bojo disposições de grande importância para o Direito Processual Penal, sendo recepcionado pela atual Constituição Federal. Impõe, deveras, interpretação mais ampla dos dispositivos constitucionais, a exemplo do art. 5º, LXXV, bem como o questionamento e a releitura de vários preceitos encontrados na legislação pátria.

Segundo ensinamento da professora Lenilma Meirelles (2002, p. 35) o Pacto de San José da Costa Rica, aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº. 27, de 25.09.92, tendo o Brasil depositado sua carta de adesão em 25.09.92 e determinado o seu fiel cumprimento por via do Decreto nº. 678, de 06.11.92, recepciona também, inúmeros preceitos relacionados ao direito de liberdade.

Entretanto, esse diploma internacional foi menos ousado que o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, já que não fez menção à indenização por prisão ilegal, enfatizando apenas o repúdio às prisões arbitrárias.

Destarte, é fácil concluir que a violação de liberdade, ocorrida mais precisamente na decretação de prisões ilegais, acaba por provocar danos na esfera de direitos do indivíduo, fato que obriga o Estado civilmente, ou seja, impõe o dever de indenizar.

CAPÍTULO 3 DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

Diante de tudo o que já se mencionou, em capítulos anteriores, acerca da obrigatoriedade da indenização por parte do Estado, cumpre realçar, neste ponto, os aspectos próprios dos mecanismos existentes para serem utilizados como forma de pleitear a versada reparação.

3.1 O reconhecimento da ocorrência do dano moral e material na prisão ilegal

— Pela demonstração feita nos capítulos antecedentes, pode-se constatar que a prisão ilegal viola a Constituição Federal, uma vez que esta garante a dignidade da pessoa humana estabelecendo, no *caput* do artigo 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (grifo nosso) e, ainda, em seu inciso X que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Materializada a responsabilidade do Estado e o correspondente dever de indenizar, faz-se necessário, neste momento, tecer alguns comentários acerca do dano. Indenização sem dano caracteriza enriquecimento ilícito para a quem recebe, e pena imposta, injustamente, para quem paga.

A reparação surge, então, como meio hábil a reconstituir o bem jurídico lesado e colocá-lo nas mesmas condições em que se encontrava antes do dano. Essa reconstituição pode ocorrer através da troca do bem por outro da mesma espécie ou mediante indenização em dinheiro.

A legislação pátria, como outrora ressaltado, abarca duas formas de reparação, referentes à incidência de danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais ou morais.

Já constitui pensamento assente na doutrina civilista e jurisprudência pátrias a hipótese de cumulação das indenizações por dano material e moral originados do mesmo fato, conforme está estatuído na Súmula 37 do Supremo Tribunal Federal.

Em se tratando de dano material, Lenilma Meirelles (2002, p. 41) considera-o como sendo aquele em se que pressupõe uma ofensa ou diminuição de determinados valores monetários, um verdadeiro estrago feito no patrimônio presente e futuro, ou seja, a título de dano emergente – com a efetiva redução do que já existia; ou lucro cessante – com a privação de valores que seriam incorporados se a ação de outrem não houvesse impedido o ganho.

Wilson Melo da Silva (*apud* RODRIGUES, 2002), descreve os danos morais como sendo as “lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”.

Estabelecido o liame entre o dano patrimonial e a prisão ilegal, vê-se que é preciso analisar o caso concreto para, então, constatar a real existência do prejuízo sofrido e fixar o *quantum* indenizatório.

Relativamente aos danos morais, esses são os que mais interessam, pois a violação ao direito de liberdade pessoal causa graves danos à dignidade da pessoa,

causando-lhe dor, tristeza e humilhação, haja vista que, como é cediço, as celas tornaram-se jaulas perigosas, sujeitando os presos a constrangimentos vários, inclusive de ordem sexual.

Rudi Loewenkron, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao manifestar seu voto em julgamento de Apelação Cível n.º 98.0019.640 – 14ª Câmara Cível, salientou que:

No tocante ao dano moral isto é o sentimento de constrangimento e/ou humilhações, embora algumas testemunhas que depuseram não o tenham declarado, o certo é que o ofendido não se sentiu bem com a coisa toda, mostrando-se constrangido por ter que entrar pela primeira vez em uma delegacia e pelo temporário carceramento do seu ir e vir. Aliás a detenção feita por policiais fardados em plena rua mais o temporário carceramento da liberdade em uma Delegacia, ainda que não dentro de uma cela é fato que humilha e constrange quem tem algum grau de sensibilidade. Não é mero contratempo. Por isso aceitável que o A. tenha se sentido humilhado e diminuído.

Contudo, questão de difícil resolução é a fixação do *quantum* indenizatório decorrente do dano moral. Sobre o tema, Lenilma Meirelles (2002, p. 43) esclarece que a jurisprudência nacional oferece algumas regras ou critérios que podem ser utilizados para se aferir o montante correspondente à reparação, a saber: a gravidade e repercussão do ato danoso, a intensidade do sofrimento imposto à vítima, a capacidade econômica do ofensor e a posição social e política do ofendido.

Entretanto, a citada autora segue prelecionando que o que se constata em termos práticos é a incidência de certa parcimônia aplicada aos valores fixados a título de indenização por danos morais, os quais não recompensam a vítima de maneira satisfatória, de forma que a sanção imposta pelo Estado não logra inibir a prática de tais atos.

3.2 Aspectos próprios da ação de indenização: previsão legal, cabimento, competência e legitimidade

— O dever de indenizar, decorrente da restrição injusta à liberdade de locomoção, consubstancia-se no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo ao Estado de Direito o respeito a todos os direitos fundamentais e, no caso em tela, à liberdade individual. Caso não se observe esse princípio, o cidadão tem o direito de, em juízo, pleitear o recebimento de indenização.

Identificada a hipótese ensejadora de responsabilização civil do Estado, frente à prisão ilegal, exsurge a possibilidade de aplicar o artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, combinado com o artigo 5º, inciso X do mesmo Diploma Legal, com o fito de ressarcir aquele que sofre os danos patrimoniais e/ou extrapatrimoniais ocorridos, como já discutido em momentos anteriores.

No que pertine à competência para processar e julgar a Ação Civil de Indenização por Perdas e Danos Morais e Materiais, a questão pode ser apreciada em dois níveis, o federal e o estadual.

Em se tratando de competência federal, a Carta Magna de 1988, em seu artigo 109, § 2º, estatui que a pretensão indenizatória contra a União deva ser aforada consoante livre escolha do legitimado ativo, ou seja, perante a seção judiciária em que for domiciliado o autor; onde houver ocorrido o fato ilícito que originou a demanda; no local onde esteja situada a coisa ou, ainda, no próprio Distrito Federal.

Caso a ação seja proposta em desfavor do Estado, a competência será do juízo estadual, mais especificamente da Vara da Fazenda Pública. Sobre competência para apreciação da ação de indenização, Yussef Said Cahali (*apud* QUIRINO, 1999)

preleciona o seguinte:

Para sabermos qual o juízo para apreciar a ação de indenização, primeiramente deve ser lembrado que se trata de ação fundada em direito pessoal, e como ação pessoal que é, para fixação da competência, aplicam-se as regras previstas nos arts. 94, 99 e, 100, incisos IV e V, parágrafo único, do CPC. Todavia, devem ser feitos alguns esclarecimentos. A Fazenda Pública **não possui foro privilegiado**; tem tão-somente o direito de ser demandada quanto às ações pessoais na comarca de seu domicílio (ou sua sede administrativa), por força da aplicação das regras sobre competência contida no CPC (arts. 94 e 100, IV, a). **Possui**, porém *foro privativo* nas comarcas nas quais a lei de organização judiciária preveja a existência de *Vara Especializada da Fazenda Pública*. (grifos do autor)

Com relação à legitimidade ativa, Arnaldo Quirino (1999, p. 112-113) ressalta que para propor a referida ação, será conferida àquela que suportou o prejuízo causado pelo ente estatal, ou seja, a vítima do constrangimento por ter sido preso ilegalmente. Porém, se o titular do direito à indenização vier a falecer, tal legitimidade para agir se transmite às pessoas perante as quais o *de cuius* se obrigava a prestar alimentos, consoante dispõe o artigo 943 do Código Civil brasileiro.

O citado autor, Arnaldo Quirino (1999, p. 113-114) prossegue comentando que o legitimado passivo, aquele contra quem se propõe a ação, é o agente responsável por causar o dano, isto é, os entes estatais, dos quais fazem parte magistrados das esferas Federal ou Estadual do Poder Judiciário conforme o caso. Em se tratando de prisão ilegal efetivada por delegado de polícia antes da instauração do inquérito policial, a legitimidade passiva será do Estado – se o delegado for funcionário estadual, ou da União – se delegado federal.

No que tange à prova da responsabilidade civil do Estado, em aplicação do princípio da responsabilidade objetiva do Estado, na modalidade de risco administrativo, dispensa-se a produção da prova de culpa, sendo suficiente apenas a

confirmação do resultado danoso, a atuação estatal omissiva ou comissiva e a existência de nexo de causalidade entre a conduta e o evento danoso.

3.3 O direito de ação regressiva conferido ao Estado

Como já discutido amiúde, a existência do dano decorrente da atividade judiciária impõe o dever de indenizar. E o Estado, em consonância com o artigo 37, § 6º, *in fine* da Constituição Federal, pode ingressar com uma ação regressiva contra o causador direto do dano.

Entretanto, para que tal ação logre êxito, Lenilma Meirelles (2002, p. 44) comenta em sua dissertação que é preciso verificar a existência de dois pré-requisitos, a saber: que a Administração tenha sido condenada a indenizar a vítima pelo dano sofrido; que seja comprovada a culpa do agente para a realização do evento danoso. Isso se faz necessário porque perante a Administração a aferição da responsabilidade é objetiva, independente de culpa. Mas, para o agente público, tal constatação é subjetiva, depende da comprovação da existência de culpa ou dolo deste agente, seguindo os critérios fixados no Código Civil brasileiro.

Ademais, dado o caráter civil da ação regressiva, destinada que é à reparação patrimonial, esta se transmite aos herdeiros e sucessores do agente culpado. Pode tal ação ser impetrada mesmo depois de terminado o vínculo entre o servidor e a Administração, nada impedindo, deveras, que o servidor seja responsabilizado ainda que esteja aposentado ou em disponibilidade.

É possível identificar alguma divergência doutrinária nesta seara, mormente quando se trata da possibilidade de utilização da denunciação da lide pela Administração em desfavor de seus agentes, caso de reparação do dano.

O instituto da denunciação da lide está inserto no artigo 70, inciso III do Código de Processo Civil, que descreve: “a denunciação da lide é obrigatória àquele que estiver obrigado, pela lei ou contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”.

Conforme anotação de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2002, p. 435) dentre os doutrinadores pátrios que escrevem sobre este assunto, a grande maioria vai de encontro à aplicação da denunciação da lide, visto que resultaria em inegável prejuízo para o particular, que assistiria à procrastinação do exercício do seu direito legítimo à reparação, como vítima do dano, em função da discussão sobre o litígio posta entre a Administração e o agente público.

Na tentativa de dirimir as dúvidas acerca da responsabilização civil do Estado em decorrência de atos praticados pelo Poder Judiciário e sobre o respectivo direito de regresso, o Projeto de Emenda à Constituição que tramita na Câmara dos Deputados – PEC nº. 96-A/1992, cuja finalidade é a reforma do Poder Judiciário, apresenta, no parágrafo quarto do artigo 9º, previsão expressa acerca da mesma responsabilidade, nos seguintes termos: “Art. 9º - Parágrafo 4º- a União e os Estados respondem pelos danos que os respectivos juízes causem no exercício de suas funções jurisdicionais, assegurando o direito de regresso nos casos de dolo”.

Assim sendo, configurada a responsabilidade estatal em virtude de danos provocados pela indevida atuação do Poder Judiciário, intentada a ação civil de indenização, cabe ao próprio Poder Judiciário equacionar o valor da indenização e, a

partir disso, faculta-se ao Estado intentar ação regressiva contra o agente público responsável direto pelo dano, cujo valor da causa será equivalente ao da indenização despendida pela Fazenda Pública.

Desta feita, resta demonstrado que a responsabilidade do Estado-Juiz deve se impor sempre que, da atuação do Poder Judiciário, decorrer dano ao particular, especificamente em virtude da decretação ilegal da prisão. Tal disposição se aplica em obediência não somente às questões correlacionadas à idéia de justiça, mas também pela lacuna deixada pela lei, que dá azo a interpretação extensiva, não se olvidando do pronto atendimento ao princípio da dignidade humana e à fórmula jurídica consagrada na Constituição Federal – Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, vê-se que o tema suscitado é bastante cingido de opiniões jurídico-doutrinárias divergentes. A clássica doutrina e não poucos posicionamentos jurisprudenciais filiam-se à defesa da irresponsabilidade estatal perante os atos praticados pelo Poder Judiciário.

Aqueles que protegem a não responsabilização estatal o fazem pautados em algumas justificativas apresentadas em oportuno, tais como a soberania do Poder Judiciário; a independência dos magistrados no exercício de suas funções; a sustentação de que o magistrado não se adequa à definição citada no artigo 37, § 6º da Carta Magna de “funcionário público”; e, por fim, na impossibilidade de violação do princípio da imutabilidade das decisões judiciais proferidas.

Novo entendimento surge na direção de que o Poder Judiciário, assim como os demais poderes da Nação, deve responder por seus atos lesivos. Para tanto, insta esclarecer que a soberania atribuída ao Poder Judiciário é inconcebível, visto que a soberania é do Estado e não particular a um dos poderes. Com relação ao argumento de que a responsabilização do Estado-Juiz feriria a independência do magistrado, impedindo o seu desempenho, este também não merece acolhida, uma vez que a responsabilidade pessoal do magistrado só ocorre em se tratando de comprovado dolo ou fraude, e mediante ação regressiva do ente federativo, não havendo interligação entre a responsabilidade do Estado e a garantia de independência ou qualquer incompatibilidade.

Assim, esses e outros argumentos foram refutados ao longo da pesquisa, chegando-se à conclusão de que a reparação decorrente da atuação do Estado-Juiz é providência lógica do ordenamento normativo pátrio, aliado às orientações da hermenêutica jurídica.

Alcançados os objetivos propostos, quais sejam, a análise do instituto da responsabilização estatal; o reconhecimento das duas espécies de prisão (a indevida e a ilegal) e o estudo das peculiaridades da ação de indenização; confirmaram-se, de fato, o problema e a hipótese formulados, *a priori*, sendo aquele retratado na seguinte problematização: A obrigação estatal de indenizar, advinda da prestação jurisdicional inadequada, abarca também as espécies de prisão ilegal? E a hipótese: Sim, uma vez que dispositivos legais já existem a disciplinar a matéria, o que reduz a celeuma, posta a uma questão que pode ser solucionada em sede de hermenêutica.

Mediante a utilização dos métodos de pesquisa bibliográfica e o exegético-jurídico, o trabalho foi escrito numa seqüência lógica como a que segue: no primeiro capítulo foi explorado a responsabilidade civil do Estado em seus diversos aspectos; o capítulo seguinte tratou da fenomenologia da prisão e sua correlação com a questão da responsabilização estatal e, por fim, versou-se acerca da ação de indenização devida.

O que se espera, verdadeiramente, é que a atividade de investigação científica empreendida, da qual resultou este trabalho monográfico, possa servir de incentivo e supedâneo ao estudo dos operadores do Direito, haja vista que a relevância do tema suscitará, ainda, muita perquirição e contribuições salutares por parte de acadêmicos e membros da sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2002.

BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Ed. atual. Em 2000. Brasília: Senado Federal, subsecretaria de edições técnicas, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 14. ed. v. 7. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

MEIRELLES, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. *Responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal*. Dissertação defendida em 2002 na Pós-Graduação em Direito Constitucional do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Ceará.

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

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 19. ed. v. 4. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. re. atual e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.