



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA | FACULDADE
DE DIREITO

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS DECORRENTES DO EXERCÍCIO DA
FUNÇÃO JURISDICIONAL PELA PRIVAÇÃO INJUSTIFICADA, OU ILEGAL DE
LIBERDADE NUMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA**

TIMÓTEO CARNEIRO FERREIRA

MATRÍCULA: 149108626

PROGRAMA DE MESTRADO PROMOVIDO E ORGANIZADO EM COOPERAÇÃO PELA
UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA, LEIBNIZ UNIVERSITÄT HANNOVER, UNIVERSITÉ
DE ROUEN E UNIVERSITÉ DE LE HAVRE, PELO PROGRAMA ERASMUS MUNDUS, E
FINANCIADO PELA COMISSÃO EUROPEIA

JULHO DE 2010

SOB A ORIENTAÇÃO DO PROFESSOR DR. VASCO PEREIRA DA SILVA

Aos que compartilharam e alimentaram este ideal, incentivando-nos a prosseguir nesta jornada, fossem quais fossem os obstáculos. Àqueles que, mesmo distantes, mantiveram-se sempre ao nosso lado, lutando e se dedicando a mais esta conquista, com a mais profunda admiração e respeito. Dedico.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a responsabilidade civil do Estado por atos de sua função judiciária, numa perspectiva luso-brasileira. Para tanto, verifica-se a origem e a evolução do instituto da responsabilidade civil do Estado por atos da função jurisdicional e observam-se as teorias garantistas, cujo fundamento tem por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder, exercícios estes que dão justa causa à reparação estatal. No que se refere à indenização por privação da liberdade do indivíduo em fase processual, busca-se confrontar tal medida com princípios garantidores da dignidade humana, como o da presunção de inocência, proporcionalidade e *in dubio pro reo*. Procurar-se demonstrar a evolução da responsabilidade estatal como instrumento concreto e eficaz ao respeito do fundamento constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Numa perspectiva comparatística com alguns Estados-membros da União Europeia, observa-se a aplicabilidade dos mecanismos indenizatórios nos casos em que o indivíduo preso provisoriamente tenha sido absolvido ao final do processo. Por fim, faz-se uma abordagem mais pormenorizada do instituto de responsabilização estatal numa perspectiva luso-brasileira, através da análise das normas constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil; Responsabilidade Civil do Estado por atos da função jurisdicional; Indenização por privação injustificada da liberdade; Garantia processual penal; Dignidade da Pessoa Humana; Princípio da presunção de inocência; Direito Brasileiro; Direito Português.

RÉSUMÉ

Le but du travail présenté ici sera de vérifier l'origine et l'évolution de l'institut de la responsabilité civile de l'Etat pour les actes de la fonction judiciaire. On remarquera les théories des garanties dont le fondement vise la protection de la liberté individuelle contre les plusieurs formes de l'exercice arbitraire du pouvoir, qui donnent lieu à la réparation par l'Etat. En ce qui concerne l'indemnisation due à la privation de la liberté des individus pendant l'étape procédural, on cherchera de confronter telles mesures avec les principes de la dignité humaine, tels que la présomption d'innocence, de proportionnalité et de in dubio pro reo. On essayera de montrer l'évolution de la responsabilité de l'Etat en tant qu'instrument pratique et efficace en ce qui concerne le fondement constitutionnel de la dignité humaine. Dans une perspective comparative entre certains États membres de l'Union européenne, on remarquera l'applicabilité du régime d'indemnisation dans les cas où l'individu, arrêté provisoirement, a été acquitté à la fin du processus. Enfin, on essayera une approche plus détaillé de l'Institut de la responsabilité de l'État dans une perspective luso-brésilienne en examinant les normes constitutionnelles et infraconstitutionnelles.

MOTS-CLES: Responsabilité Civile; Responsabilité Civile de l'État pour les actes de la fonction judiciaire; Indemnisation pour privation de liberté injustifiée; Garantie de la procédure pénale; La dignité humaine; Principe de la présomption d'innocence; Droit Brésilien; Droit Portugaise.

“LUTA. Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, lute pela Justiça.”

EDUARDO COUTURE

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
TÍTULO I – NOÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS	14
CAPÍTULO I – FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA PELO RISCO ...	14
CAPÍTULO II – PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELO RISCO.....	16
2.1. Fato.....	16
2.2. Dano	17
2.3. Nexo de causalidade.....	18
CAPÍTULO III – CAUSAS DE EXCLUSÃO OU MODIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO PELO RISCO	23
3.1. Caso fortuito ou de força maior.....	23
3.2. Culpa do lesado ou da vítima	24
3.3. Responsabilidade de terceiro.....	25
TÍTULO II - ENQUADRAMENTO HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE PÚBLICA.....	26
CAPÍTULO IV – EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	26
CAPÍTULO V – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS DA FUNÇÃO JURISDICIONAL	29
CAPÍTULO VI – EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO	31
CAPÍTULO VII – EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO POSITIVO PORTUGUÊS	35
CAPÍTULO VIII – EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS DA FUNÇÃO JURISDICIONAL À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	37
TÍTULO III - A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM AS TEORIAS GARANTISTAS.....	40

CAPÍTULO IX – GARANTISMO PROCESSUAL PENAL.....	41
CAPÍTULO X – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E GARANTIA DE LIBERDADE DO IMPUTADO	45
CAPÍTULO XI – PREVENÇÃO GERAL POSITIVA E A DIGNIDADE HUMANA: ESTABILIZAÇÃO DAS NORMAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	53
CAPÍTULO XII – O EFEITO DA ESTABILIZAÇÃO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	56
11.1. Winfried Hassemer	63
11.2. Claus Roxin	65
11.3. Günther Jakobs	67
CAPÍTULO XIII – A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS DA FUNÇÃO JURISDICIONAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA À DIGNIDADE HUMANA.....	69
TÍTULO IV – A INDENIZAÇÃO POR PRIVAÇÃO DA LIBERDADE: PERSPECTIVA COMPARATÍSTICA NO CENÁRIO EUROPEU.....	76
CAPÍTULO XIV – RECOMENDAÇÃO 2006/13 DO CONSELHO DA EUROPA	77
CAPÍTULO XV – LEI ALEMÃ SOBRE COMPENSAÇÃO PROCESSUAL – GESETZ ÜBER DIE ENTSCHÄDIGUNG FÜR STRAFVERFOLGUNGSMABNAHMEN (STREG).....	79
CAPÍTULO XVI – O ARTIGO 314 DO <i>CODICI DI PROCEDURA PENALE</i> ITALIANO.....	81
CAPÍTULO XVII – TRATAMENTO DA MATÉRIA NO <i>CODE DE PROCÉDURE PÉNALE</i> FRANCÊS	84
TÍTULO V – RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS DA FUNÇÃO JUDICIÁRIA NUMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA	87
CAPÍTULO XVIII – A INDENIZAÇÃO POR PRIVAÇÃO DA LIBERDADE NO DIREITO PORTUGUÊS.....	87
17.1. Normas constitucionais aplicáveis.....	87
17.2. O artigo 225º do Código de Processo Penal português	89
17.3. Artigo 13º do novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (lei 67/2007)	93
CAPÍTULO XIX – A RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRA QUANTO À PRIVAÇÃO	

INJUSTIFICADA DE LIBERDADE	95
18.1. Normas constitucionais e jurisprudências aplicáveis	95
18.2. Análise crítica do tema no anteprojeto do novo Código de Processo Penal brasileiro	102
18.3. Estatística do Conselho Nacional de Justiça sobre o sistema carcerário brasileiro	103
CONCLUSÃO.....	107
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	113

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto a responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, abrangendo não apenas atos jurisdicionais terminativos, consubstanciados na sentença, mas também atos jurisdicionais processuais cautelares, causadores de danos, principalmente os privativos de liberdade, seja por ato ilegal ou injustificado.

Com a evolução doutrinária e jurisprudencial do tema, percebe-se o alargamento do campo da responsabilidade civil do Estado, a qual vem alcançando não só os atos administrativos do Executivo, mas também apontando para a responsabilidade estatal unitária, tripartida em funções distintas: a executiva, a jurisdicional e a legislativa.

O interesse por essa temática se insere na crescente preocupação dos cidadãos, usuários e destinatários efetivos das ações do aparelho estatal, de conhecerem melhor suas garantias de defesa contra eventuais excessos dos respectivos agentes, no exercício da função jurisdicional do Estado. Especificamente em relação ao aparelho judiciário, tal função é dotada de grande complexidade técnico-jurídica, e sua linguagem continua a revelar-se inacessível às pessoas em geral.

Em outra perspectiva, o substancial aumento dos conflitos sociais, cada vez mais violentos e sofisticados, contribuiu decisivamente para despertar a curiosidade sobre o funcionamento do poder judicial. Esta nova realidade redobrou a intervenção da máquina estatal que, através do aparelho judiciário, busca garantir o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Ao mesmo tempo, obriga-os a procurarem mais o serviço público, visando à aplicação de justiça na salvaguarda de seus direitos e interesses.

Nesse contexto, é cada vez mais difícil permanecer indiferente ao funcionamento dos tribunais e ao modo como exercem seus poderes e suas prerrogativas aqueles que, por imperativo constitucional, administram justiça em “nome do povo”. Os atos praticados no âmbito da função jurisdicional, suportada por uma estrutura pesada e bastante burocratizada, repercutem fortemente nos direitos de cada um.

Longe estão os tempos em que imperava, de forma absoluta, o princípio da irresponsabilidade do Estado e de seus agentes ou dependentes, pelos ilícitos

cometidos no exercício das diversas funções públicas, incluindo as da administração da justiça.

O princípio segundo o qual o rei não podia agir de forma ilícita era aplicável tanto aos atos relativos às pessoas, como aos de natureza política e, entre esses, não apenas aos materializados pessoalmente pelo soberano, mas a todos os praticados em seu nome. Consequência natural era a de que o rei não podia autorizar qualquer pessoa a agir de forma ilícita, pelo que o ato reprovável não podia ter sido cometido e, por isso, não havia lugar para qualquer direito de reparação.¹

Na esteira da reparação do Estado, num primeiro momento, verifica-se, neste estudo, a noção da responsabilidade civil estatal e seus elementos constitutivos, como um conjunto de circunstâncias da qual emerge, para o Estado e para seus titulares de órgãos, funcionários ou agentes, a obrigação de indenizar pelos prejuízos causados a outrem, no exercício da atividade funcional.

Em relação ao tema proposto, aborda-se a origem e a evolução do instituto da responsabilidade civil do Estado, indagando-se sobre o alcance da responsabilização estatal na atividade judiciária. A partir do estudo histórico da evolução do instituto no Brasil e em Portugal, procura-se demonstrar a evolução da responsabilidade estatal como um instrumento concreto e eficaz para garantir o respeito ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

O sentido e o significado das penas, bem como os tratamentos cruéis e desumanos, ao longo dos anos, através de uma árdua construção jurisprudencial, foi se alterando. As condutas criminais e as circunstâncias causadoras de uma maior reprovação social, que no século XX eram consideradas legítimas, foram perdendo tal característica, restando claro que a valoração acerca do conteúdo proibitório foi modificada ao longo do tempo e que tais mudanças não se apresentam de forma casual; houve, sim, uma grande mudança no sistema punitivo moderno e na verdadeira função da privação da liberdade no mundo contemporâneo.

Nesse panorama resgatamos, em paralelo ao instituto indenizatório, a proposta corrente das teorias de garantia penal que tem como fundamento e por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do

¹ C. J. Cockburn, in *Feather v. Reg.* – 1865, citado por Mauro Cappelletti, in *Pouvoir des Juges*, edição Economica, Paris, 1990, p. 124, nota 35. *Apud* PEREIRA, João Aveiro. *A Responsabilidade Civil por Actos Jurisdicionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 19.

poder, exercícios esses que dão justa causa à reparação estatal. Analisa-se, neste estudo, a compatibilização da responsabilidade pública com as teorias positivas de garantia processual penal, do princípio da presunção de inocência como garantia do imputado, bem como a estabilização das normas processuais e substantivas penais sob a visão principiológica da proporcionalidade.

Em uma perspectiva comparatística, busca-se traçar os novos rumos para o direito comunitário, quanto às políticas de indenização do Estado por atos de privação da liberdade. Observa-se a sentença absolutória como fundamento de indenização por tais atos, numa perspectiva crítica e comparativa com a recomendação 2006/13 do Conselho da Europa; com o sistema de compensação processual alemão – *Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG)*; com o artigo 314º do *Codici di Procedura Penale* italiano e, por fim, com o tratamento da matéria no *Code de Procédure Pénale* Francês.

É consensual, na doutrina, que no atual estágio da responsabilidade civil do Estado, é possível responsabilizá-lo sempre que ocorrerem prejuízos a outrem, até mesmo prescindindo-se de um ato ilícito. Segundo MARCELO CAETANO², os requisitos da indenização por ato lícito são: a existência de um sacrifício especial ou anormal, ou seja, que não inclua a maioria das pessoas; um caráter permanente e não eventual, e que tal sacrifício não possa ser considerado aceitável por todos, em virtude da vida em coletividade.

Para a maior parte da doutrina, impõe-se indenização a outrem, pelo Poder Público, no caso de existência de um evento danoso decorrente da atuação, lícita ou ilícita, de agentes estatais no âmbito jurisdicional. Isso porque a responsabilidade civil do Estado não distingue ato lícito do ilícito, sendo essencial verificar a ocorrência de um dano antijurídico, efetivo, individualizado e possível de quantificação.³

Numa abordagem mais pormenorizada, enfoca-se a responsabilidade civil por atos da função judiciária numa perspectiva luso-brasileira. Inicialmente, através da análise das normas constitucionais aplicáveis, faz-se um enquadramento da responsabilização pública utilizando-se dos artigos 22º, 27º e 29º da Constituição da

² Manual de Direito Administrativo, p. 1241 *Apud* Luis Alberto Thompson Flores Lenz, *A responsabilidade civil do Estado pela prática de ato lícito*. p. 119.

³ José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, p 121.

República Portuguesa (CRP).^{4,5,6} Verifica-se o estabelecido no Código de Processo Penal Português, em seu artigo 225º, que estabelece as condições de que depende a indenização por prisão preventiva contrária à Constituição e à lei, além de algumas problemáticas trazidas por doutrinadores, quanto à violação da *presunção de inocência*, e a mitigação do princípio *in dubio pro reo*.⁷

Finalizando a análise do instituto da responsabilidade civil por atos da função judiciária em Portugal, aborda-se o novo regime com a redação trazida pela Lei 67/2007, segundo a qual, no artigo 13º, o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de fato.⁸

No Brasil, apesar de o instituto da responsabilidade civil do Estado andar a passos lentos, quando comparado a outros ordenamentos, principalmente o europeu, tem-se apresentado uma linha evolutiva razoável. Afastou-se a teoria da irresponsabilidade no tocante aos atos jurisdicionais, sendo hoje aplicada a tese da responsabilidade objetiva, inspirada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal brasileira⁹. É esse dispositivo que estabelece a responsabilidade objetiva para os atos decorrentes da administração, estando nele compreendida a atividade judiciária. Salienta

⁴ Artigo 22º - (Responsabilidade das entidades públicas) – O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

⁵ Art. 27º - (*Direito à liberdade e à segurança*) – 1. Todos têm direito à liberdade e à segurança. 5. A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer.

⁶ Art. 29º - 6. *Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos.*

⁷ *Da indemnização por privação da liberdade ilegal ou injustificada* – Artigo 225º CPP: 1 – Quem tiver sofrido detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação pode requerer, perante o tribunal competente, indemnização dos danos sofridos quando: a) A privação da liberdade for ilegal, nos termos do nº 1 do artigo 220º, ou do nº 2 do artigo 222º; b) A privação da liberdade se tiver devido a erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que dependia; ou c) Se comprovar que o arguido não foi agente do crime ou actuou justificadamente. 2 – Nos casos das alíneas b) e c) do número anterior o dever de indemnizar cessa se o arguido tiver concorrido, por dolo ou negligência, para a privação da sua liberdade.

⁸ Artigo 13.º (**Responsabilidade por erro judiciário**) 1 — Sem prejuízo do regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da liberdade, o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto. 2 — O pedido de indemnização deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente.

⁹ 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, assegurando o direito de regresso contra o responsável no caso de dolo ou culpa.

Fritz Fleiner¹⁰ que essa evolução ocorreu em virtude da ideia de que é finalidade essencial do ente público a proteção a situações jurídicas individuais e coletivas.

Como em outros ordenamentos, no Brasil, a doutrina é pacífica ao afirmar que um dano causado pelo Estado não pode ser suportado por um único cidadão, devendo ser repartido por toda a coletividade, em respeito ao princípio da isonomia e a uma ideia de equidade. Contudo, há grande divergência entre a doutrina e a jurisprudência nacionais acerca da possibilidade de responsabilização do Estado por todos os atos dos juízes no exercício da prestação jurisdicional ou apenas por aqueles atos previstos na Constituição, artigo 5º, LXXV¹¹ e no Código de Processo Penal.

Ocorre que essa tese é refutada pela jurisprudência nacional que segue o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, admitindo, apenas, a responsabilidade do Estado no caso de erro judiciário em condenação penal (com as ressalvas do artigo 630, § 29, *a e b*, do CPP)¹² e prisão por tempo superior ao fixado em sentença.

Outro ponto a ser tratado é uma análise crítica do anteprojeto do novo Código de Processo Penal, no qual a indenização do Estado por privação ilegal ou injustificada da liberdade carece de densificação e de uma regulamentação mais clara e precisa, não apresentando, portanto, evolução diante da atual regulamentação. E por fim, observam-se alguns dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) quanto à população carcerária brasileira, analisando-se em que medida uma prisão preventiva no Brasil se caracteriza violadora dos direitos humanos e fonte geradora de responsabilização estatal.

¹⁰ Instituciones de Derecho Administrativo, p. 233. *Apud* Luis Alberto Thompson Flores Lenz, *A responsabilidade civil do Estado pela prática de ato licito*. p 118.

¹¹ Art. 5º 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, nos termos seguintes: LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

¹² Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. § 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça. § 2º A indenização não será devida: *a)* se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder; *b)* se a acusação houver sido meramente privada.

TÍTULO I – NOÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

CAPÍTULO I – FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA PELO RISCO

A crescente evolução da sociedade traz consequências nas quais a ocorrência de danos a pessoas e a seu patrimônio se mostra inevitável. A velocidade com que as informações são divulgadas, a irreversível globalização, a grande influência da mídia, a *espetacularização* das ações policiais, entre outros fatos, levam-nos à constatação de que vivemos numa sociedade de risco. Em regra, os prejuízos são suportados por quem os sofre; contudo, a situação pode se inverter quando esses danos forem causados por fatos imputáveis a terceiros. Nesses casos, impõe-se que os lesados sejam ressarcidos dos danos sofridos por aqueles que os provocaram.

A responsabilidade civil do Estado é o conjunto de circunstâncias da qual emerge a obrigação de indenização dos prejuízos causados a outrem, por agentes no exercício de sua função. O qualificativo *civil* da responsabilidade, segundo MARCELO REBELO DE SOUSA¹³, não remete o instituto para o Direito Privado; trata-se, apenas, de esclarecer que a responsabilidade em causa não é política, criminal, contra-ordenacional¹⁴ ou disciplinar. Esclarece o autor que todos esses tipos de responsabilidade possuem fins diversos da responsabilidade civil, uma vez que essa visa, predominantemente, à reparação de danos, enquanto que a responsabilidade política visa à efetivação do controle democrático no quadro do funcionamento do sistema de governo, e a responsabilidades criminal, contra-ordenacional e disciplinar visam a finalidades de prevenção, geral ou especial, e de repressão a condutas antijurídicas.

DIÓGENES GASPARINI conceitua a responsabilidade civil extracontratual do Estado como “a obrigação que se lhe atribui, não decorrente de contrato nem de lei específica, para recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, que lhe seja imputável.

¹³ Marcelo Rebelo de Sousa. *Responsabilidade Civil Administrativa*, p. 11.

¹⁴ Contra-Ordenação é um ato ilícito de mera ordenação social, que resulta numa sanção aplicada pela Autoridade Administrativa.

Se a reparação decorre de ato ilícito, chama-se ressarcimento; se deriva de ato lícito, denomina-se indenização”.¹⁵

HANS KELSEN¹⁶ faz uma distinção entre dever e responsabilidade que parece útil à compreensão do significado jurídico desse instituto. Para KELSEN, o dever está intimamente ligado à conduta; assim tem dever aquele que deve cumprir a norma. Já a responsabilidade se refere à sanção, ou seja, é responsável aquele que deve suportar a sanção originada do dever desrespeitado.

MARCELO REBELO DE SOUSA¹⁷ afirma que a responsabilidade civil pública pode ser classificada atendendo-se: i) ao título da imputação do prejuízo; ii) à natureza da posição jurídica subjetiva violada; iii) ao ramo de direito pelo qual é regulada. Cada uma das modalidades de responsabilidade civil está sujeita a um regime jurídico distinto, pelo menos parcialmente. Torna-se relevante a este estudo, porém, somente as classificações quanto ao título de imputação do prejuízo e da natureza da posição jurídica subjetiva violada.

Quanto ao título de imputação do prejuízo, a responsabilidade civil pode ser delitual, pelo risco ou por fato lícito. A responsabilidade delitual decorre de uma conduta reprovada pela ordem jurídica. Por isso, é também por vezes designada responsabilidade por fato ilícito e culposo. A responsabilidade pelo risco e a responsabilidade por fato lícito prescindem do elemento culpa, por isso denominam-se modalidades de responsabilidade objetiva. A responsabilidade pelo risco decorre de regras objetivas de distribuição dos riscos sociais, assentando-se na lógica de que, apesar de não ter sido praticado qualquer fato ilícito e culposo, um determinado dano exorbita a esfera de risco do lesado, devendo outra pessoa responder por aquele. Conforme lição de CELSO MELLO¹⁸, a responsabilidade civil do Estado pelo risco decorre de danos ocasionados por comportamentos omissivos ou comissivos, lícitos ou ilícitos, praticados por seus funcionários. A responsabilidade por fato lícito decorre da necessidade de compensar alguém por sacrifícios que lhe sejam impostos, mediante condutas juridicamente conformes, em benefício do interesse público.

Quanto à natureza da posição jurídica subjetiva violada, a

¹⁵ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 3ª ed., rev. ampl., São Paulo: Saraiva, 1993. p. 618.

¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 128-135.

¹⁷ Marcelo Rebelo de Sousa. *Responsabilidade Civil Administrativa*. op. cit. p. 16.

¹⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de Direito Administrativo*. p. 278.

responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual. A responsabilidade contratual decorre da violação de obrigações fundadas em direitos de crédito resultantes de contrato, atos administrativos e atos decorrentes da própria lei como tal. A responsabilidade extracontratual decorre da afetação de outros direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos.

Analisamos a responsabilidade civil extracontratual do Estado pelo risco, por acreditar ser a modalidade melhor aplicável aos atos da função judiciária, nomeadamente em relação aos atos privativos da liberdade. No entanto, necessário se faz extrair os elementos constitutivos do instituto da responsabilidade pelo risco, abordando seus fundamentos, pressupostos e suas eventuais causas de exclusão ou modificação.

Não existe acordo, na doutrina, acerca do exato fundamento da imputação de responsabilidade pelo risco. Para a teoria da criação do risco, a responsabilidade funda-se na exigência de que quem cria um risco deve responder por suas consequências. Para a teoria do risco-proveito, a responsabilidade funda-se na exigência de que quem tira proveito de uma atividade deve responder pelos riscos por ela criados. Para a teoria do risco de autoridade, a responsabilidade funda-se na exigência de que quem tem sob seu controle uma coisa ou uma atividade responde pelos riscos que elas envolvem.

CAPÍTULO II – PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELO RISCO

2.1. Fato

Ao contrário do que se passa na responsabilidade delitual, não é todo e qualquer fato que pode gerar responsabilidade pelo risco: é necessário que esse fato resulte de uma atividade, do funcionamento de um serviço ou de uma coisa perigosos. O conceito de perigo exprime uma potencialidade de lesão a bens, normalmente não verificada na vida social. A natureza especial do perigo não deve ser averiguada em abstrato, mas tendo em conta o concreto funcionamento do serviço, coisa ou atividade que estejam em causa.

2.2. Dano

É o elemento da responsabilidade civil que menos controvérsia suscita quanto a sua imprescindibilidade, de forma que a maior parte da doutrina conforma-se com a seguinte regra: para reparar, é preciso que haja alguma coisa a ser reparada, como asseveram os irmãos MAZEAUD.¹⁹ Dessa forma, uma simples ação irregular não é suficiente para ensejar a responsabilidade; mas, se for o caso, pode-se invalidar o ato, pois para aquela há necessidade do dano.²⁰

Dispensa-se o elemento quantitativo para a aferição do dano, posto que, enquanto para um indivíduo uma quantia pode ser irrisória, para outro, o mesmo valor pode ser expressivo. Importa, sim, para a verificação do dano, a existência da lesão ao direito ou interesse da vítima, jamais sua extensão pecuniária.²¹

Para CAIO MÁRIO PEREIRA²², atualidade e certeza são os requisitos para que o dano seja indenizado. Atual é o dano que existe ou já existiu. Apesar desse requisito, há autores que não se opõem à reparabilidade do dano futuro²³. Nesse caso, exige-se a certeza de que se produzirá o dano ou que se possa apreciá-lo à época da sentença.²⁴ Certo é o prejuízo fundado sobre um fato preciso e não sobre uma hipótese, segundo LALOU.²⁵

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO²⁶ afirma que o dano, além de certo, deve ser especial, anormal e relativo a uma situação juridicamente protegida.

Igualmente pode ser objeto de indenização o dano moral²⁷, caracterizado

¹⁹ Mazeaud e Mazeaud, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, vol. 1, n. 205. Apud Caio Mário da Silva Pereira, op. cit, p 35.

²⁰ Guido Zanobini. *Corso di diritto amministrativo*. Vol. 1. p. 269. Apud Rui Stoco. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 64.

²¹ Fato não pacífico para alguns autores, os quais entendem não haver sentido na indenização de valores irrisórios. É o que pensa Diógenes Gasparini, op. cit. p. 655.

²² Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., p. 39.

²³ Marcelo Rebelo de Sousa cita que os danos futuros são aqueles que ainda não ocorreram no momento da fixação da indenização, à exemplo do art. 564, 2 do Código Civil Português. In: Marcelo Rebelo de Sousa. *Responsabilidade Civil Administrativa*. op. cit. p. 30.

²⁴ René Rodiere, n. 1596; Yves Chartier, *La Réparation da Préjudice*, n. 17, p. 25. Apud Caio Mário da Silva Pereira, op. cit. p. 40.

²⁵ In: *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*, n. 137. Apud Caio Mário da Silva Pereira, op. cit. p. 40.

²⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello. op. cit. p. 678.

²⁷ O Superior Tribunal de Justiça Brasileiro (STJ) no Recurso especial (Resp.) n. 220.982/RS, sob a relatoria do Min. Jose Delgado, em 3.4.2000 proferiu o acórdão com o seguinte teor: Direito Constitucional e Administrativo. Responsabilidade Objetiva. Prisão ilegal Danos Morais. O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo, prisão ilegal. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser enfocado sob o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar integralmente os direitos

por SAVATIER como “qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária”.²⁸ Possui, dessa forma, um caráter subjetivo, estando relacionado a fatos que atingem a ordem íntima do ser humano.

Sobre a possibilidade de a atuação jurisdicional causar danos morais e ensejar a responsabilidade do Estado, o Tribunal de Justiça da Bahia estabeleceu que

“o Estado é responsável pela reparação do erro judiciário, devendo a indenização cobrir os danos morais e materiais decorrentes da execução condenatória, em detrimento do réu inocente. A Indenização pode ser pleiteada em ação autônoma, perante o juízo cível ou na ação de revisão criminal. Aplicável a correção monetária do valor da indenização.”²⁹

Não nos passa despercebida a dificuldade em quantificar o valor da indenização por dano moral, na medida em que se estabelece um valor para o desvalor de um ato danoso. Entretanto, é preciso ter em mente que essa dificuldade não pode ser fundamento para a inexistência da reparação.

2.3. Nexo de causalidade

Para que seja concretizada a responsabilidade, não basta a existência do dano e de um comportamento omissivo ou comissivo. Esses dois elementos precisam estar interligados, sendo insuficiente a presença isolada de cada um.

O nexos de causalidade é o principal elemento integrante de toda a estrutura da responsabilidade civil, sendo essa a consequência de um fato jurídico, o qual pode ser um ato ilícito ou uma conduta humana lícita.

Segundo DEMOGUE, “esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria”.³⁰

CAIO MÁRIO adverte que o nexos causal é o mais delicado dos

subjetivos constitucionalmente assegurados ao cidadão, especialmente de ir e vir. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo atenta contra os direitos humanos, provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado. A responsabilidade pública por prisão indevida está fundamentada no art. 5º, LXXXV, da Constituição Federal Brasileira.

²⁸ *In: Traité de la Responsabilité Civile*. vol. 2, n. 525. *Apud* Rui Stoco. op. cit. p. 718.

²⁹ Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Ap. cível n. 322/82. Rel. Sr Desembargador Paulo Furtado. RDA, v. 157, p. 258)

³⁰ *In: Traité des Obligations en general*. *Apud* Rui Stoco. op. cit. p. 75.

elementos da responsabilidade civil, sendo o mais difícil de ser determinado.³¹ Isso se deve à dificuldade de sua prova e de identificação do verdadeiro fato que originou o dano, principalmente quando ocorrer a “causalidade múltipla”, na qual, existindo um encadeamento de circunstâncias, faz-se necessário precisar qual foi a causa determinante do prejuízo.

Em matéria de responsabilidade civil, a justiça social, no caso concreto, somente é levada a efeito se, efetivamente, o nexo de causalidade for analisado de forma adequada. O fato determinante da indenização ou da obrigação de indenizar está diretamente relacionado a um correto juízo de valor do nexo de causalidade. Questão secundária seria a determinação da culpa, elemento subjetivo da responsabilidade delitual. O foco de análise deve ser o nexo de causalidade. Para DANIEL EDUARDO CARNACCHIONI³², este é o desafio deste século em matéria de responsabilidade civil, ou seja, desassociar a culpa da responsabilidade civil e determinar essa responsabilidade com fundamento no nexo de causalidade.

O conceito de nexo causal não é jurídico, pois decorre das leis naturais de causa e efeito. Ele pode ser compreendido como o vínculo, o liame, a ligação ou a relação de causa e efeito entre a conduta humana comissiva ou omissiva e o resultado danoso (prejuízo pode ser econômico ou imaterial – moral).

Nexo causal é o elemento de referência entre a conduta humana e o resultado em matéria de responsabilidade civil. O sujeito somente será obrigado a reparar o dano causado a outrem se esse dano tiver como causa determinante e eficiente a sua conduta. Portanto, será possível concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano.

Para apurar o nexo de causalidade em direito civil, podemos nos socorrer das teorias elaboradas sobre ele. No Brasil, a doutrina menciona duas teorias: a da equivalência dos antecedentes e a da causalidade adequada. Já em Portugal, além da teoria da causalidade adequada, há mais duas: a da esfera de proteção da norma e a da conexão do risco. Vejamos então cada uma dessas teorias.

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 76.

³² CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de Direito Civil: Institutos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 698.

2.3.1. Teoria da equivalência dos antecedentes

Essa teoria, da equivalência dos antecedentes ou da condição, tem como característica principal dar um tratamento isonômico à causa e à condição.

A teoria da "equivalência das condições" foi criada pelo jurista alemão Von Buri, para ser aplicada ao Direito Penal. Entretanto, foi desenvolvida e utilizada pela doutrina civilista para a resolução dos eventos danosos que apresentem múltiplas causas. Segundo essa teoria, qualquer condição que possa ter contribuído para o resultado danoso, ainda que minimamente, pode ser considerada causa desse resultado. Essa teoria não faz distinção entre causa e condição. Se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem. Toda condição, portanto, que contribuiu para a ocorrência do dano constituiria, dessa maneira, causa. Essa teoria, no dizer de DE PAGE³³, vem em socorro à vítima, mas não vem sendo utilizada por questões óbvias de regressão infinita do nexo causal, “por ter levado muito longe as implicações da responsabilidade ao atribuir a um dano um número infinito de causas. Elas tenderiam a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade”³⁴

A teoria da “equivalência dos antecedentes” não é adequada às relações civis. Mas, em hipóteses excepcionais,³⁵ quando a teoria da causalidade adequada se mostrar insuficiente, para fazer justiça no caso concreto, pode o operador do direito invocá-la para imputar responsabilidade àquele sujeito que não teria responsabilidade pela teoria da causalidade adequada. Esse é o típico caso de justiça social, pois somente diante de uma situação real, para fins de justiça, é verificada a pertinência dessa teoria.

2.3.2. Teoria da causalidade adequada

Ao contrário da teoria da equivalência dos antecedentes, na teoria da causalidade adequada, há seleção das condições, pois nem todas são consideradas causa do resultado. As condições podem ser simples ou qualificadas.

Inspirada na criação do filósofo alemão VON KRIES, a teoria da “causalidade adequada” foi propagada pela doutrina francesa, com a finalidade de se

³³ Caio Mário da Silva Pereira. op. cit. p. 78.

³⁴ In: Philippe Malaurle e Laurent Aynès. *Droit Civil*, p. 47. Apud Caio Mário da Silva Pereira. op. cit. p. 78.

³⁵ Cf. Daniel Eduardo Carnacchioni. op. cit. p. 699.

obter um melhor critério nos casos de “causalidade múltipla”. Por essa teoria, entre a multiplicidade de fatores causais, salienta-se o que pode ser motivo principal da causalidade, desprezando-se os demais. Tal teoria alcançou prestígio, mas não permaneceu nessa condição, em virtude do requisito “adequado” da causalidade estar subordinado ao grau de probabilidade do dano e, segundo MALAURIE e AYNÈS, “probabilidade não é certeza”.³⁶

A condição simples não possui qualquer relevância para o resultado, embora possa ter alguma relação com ele. Já a condição qualificada recebe a denominação de “causa”. A causa ou condição qualificada é aquela considerada relevante, determinante, decisiva ou adequada para a produção do resultado.

Assim, a teoria da causalidade adequada individualiza ou qualifica as condições, ou seja, somente é causa a condição relevante e eficaz. Causa é o antecedente adequado e idôneo à produção do resultado. Para essa teoria, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for a mais apropriada ou adequada a produzir o evento.

Na teoria da causalidade adequada, o operador do direito sempre terá de valorar a condição, a fim de apurar, no caso concreto, se é mera condição ou causa. O trabalho do intérprete é muito mais intenso na aplicação dessa teoria, pois não há um padrão a ser seguido. Em cada situação, será necessário verificar se a conduta do sujeito, comissiva ou omissiva, foi a causa determinante na produção do resultado ou se é uma mera condição não relevante e, por isso, sem contribuição decisiva para o resultado. A avaliação dessa previsibilidade é efetuada mediante um juízo virtual de prognose, formulado após a ocorrência do fato voluntário e do resultado (prognose póstuma)³⁷. O juiz, através da supressão dos fatos não determinantes para a ocorrência do dano, alcança a causa desse.

A jurisprudência brasileira, de forma dominante, adota a teoria do dano direto e imediato ou da interrupção do nexo causal. Por essa teoria, para a existência do nexo de causalidade, é preciso que o dano resulte diretamente da ação ou da omissão do Estado. Não há, pois, responsabilidade quando existir concausa sucessiva.

LEONARDO A. COLOMBO³⁸ assevera, ainda, que a determinação do

³⁶ Caio Mário da Silva Pereira. op. cit. p. 79.

³⁷ Termo consagrado na doutrina portuguesa.

³⁸ Leonardo A. Colombo. *Culpa aquiliana*. p. 162. *Apud* Rui Stoco. op. cit. p. 75.

nexo causal não há de ter uma regra absoluta, devendo o magistrado examinar cada hipótese. Nesse sentido, SÉRGIO CAVALIERI³⁹ ressalta que nenhuma das teorias é perfeita ou se enquadra de forma precisa na responsabilidade civil; sempre haverá espaço para a criatividade do julgador atento aos princípios da probabilidade, da razoabilidade, do bom senso e da equidade. Por isso, é através do caso concreto, com base em todas as teorias, que se deve buscar uma solução razoável.

2.3.3. Teoria da esfera de proteção da norma ou do fim de proteção do mandado de cuidado

Para essa teoria, segundo MARCELO REBELO DE SOUSA⁴⁰, existe nexo de causalidade sempre que o dano, causado por uma ação ou omissão voluntária, incidir sobre as vantagens conferidas pela norma que consagra um direito subjetivo ou pela norma de proteção. Tal concepção resulta de críticas à teoria da causalidade adequada, com base no argumento de que essa, por envolver considerações de teor subjetivo acerca da conduta do agente, ultrapassa a matéria da imputação objetiva.

2.3.4. Teoria da conexão do risco

Para a teoria da conexão do risco, há imputação objetiva quando existe a criação ou o aumento de um risco não permitido (em caso de ação), bem como sua não eliminação ou não diminuição (em caso de omissão), e esse risco se concretizar num resultado danoso. A teoria da conexão do risco foi concebida pelo penalista alemão C. Roxin, sendo atualmente majoritária na doutrina jurídico-penal alemã. Representa um aperfeiçoamento da teoria da esfera de proteção da norma, sobretudo quanto às omissões e aos fatos voluntários danosos dos quais resulte a diminuição (e não a criação ou o aumento) de riscos não permitidos. Para tal concepção, segundo MARCELO REBELO DE SOUSA⁴¹, a teoria da esfera de proteção da norma serve como limite negativo à imputação objetiva. Trata-se, segundo o autor, da construção mais aperfeiçoada da teoria da causalidade jurídica.

Para o autor português⁴², no que pertine ao nexo de causalidade na responsabilidade pelo risco, mostra-se aqui especialmente apropriada a aplicação da

³⁹ CAVALIERI, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁴⁰ Marcelo Rebelo de Sousa. Responsabilidade Civil Administrativa. op. cit. p. 31.

⁴¹ *Idem.* p. 32.

⁴² *Idem.* p. 39.

teoria da esfera de proteção da norma.

CAPÍTULO III – CAUSAS DE EXCLUSÃO OU MODIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO PELO RISCO

A responsabilidade administrativa pelo risco pode ser excluída ou modificada em três situações: caso fortuito ou de força maior, culpa do lesado e responsabilidade de terceiro. As três causas de exclusão ou modificação são cumuláveis entre si, devendo nesse caso apurar-se em que proporção cada uma delas, bem como o risco criado pela administração, concorreu para o dano. O que importa, em se tratando de responsabilidade objetiva, é se houve o rompimento do nexo de causalidade, para que ao Estado não seja imputado o dever de reparar o dano. Vejamos as causas justificadoras de responsabilidade:

3.1. Caso fortuito ou de força maior

Há caso de força maior, excludente da responsabilidade pelo risco, quando a criação ou o aumento do risco que causou o dano tiver sido provocado por uma circunstância inevitável. Apesar de a lei, tanto em Portugal quanto no Brasil, não se referir expressamente, a corrente majoritária da doutrina, de ambos os países, parece excluir também a responsabilidade pelo risco no chamado caso fortuito, consistente em circunstâncias imprevisíveis, ainda que previstas, evitáveis. O caso fortuito ou de força maior pode, consoante as circunstâncias, excluir ou reduzir a responsabilidade da administração. Em caso de redução, deve-se apurar em que proporção o risco criado e o caso fortuito ou de força maior concorreram para a produção do dano.

O doutrinador brasileiro CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁴³ afirma que a força maior consiste na força da natureza irresistível, sendo relevante para se comprovar a ausência de nexo entre a atuação estatal e o dano sofrido. Isso porque fica demonstrada a inexistência do nexo causal entre a atuação estatal e o dano ocorrido. Já o caso fortuito, para o autor, não elide a responsabilidade do Estado, uma vez que se trata de acidente de raiz desconhecida, não elidindo o nexo causal. Comungando do mesmo raciocínio, para MARIA SYLVIA DI PIETRO, a força maior “é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio”, por isso, não pode ser imputado à administração. O mesmo não

⁴³ *Idem.*

ocorre com o caso fortuito, tendo em vista que este é fruto de “falha na administração”. Ela pondera que, nem sempre, a força maior exime o Estado do dever de indenizar, uma vez que essa pode estar aliada à omissão do Estado na consecução de um serviço.⁴⁴ O Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) não comunga de tal posicionamento, admitindo a exclusão da responsabilidade tanto por caso fortuito, como por força maior.⁴⁵

3.2. Culpa do lesado ou da vítima

Quando o comportamento culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou o agravamento dos danos causados, a indenização pode ser totalmente concedida, reduzida ou excluída, consoante a gravidade das culpas de ambas as partes e as consequências que delas tenham resultado.⁴⁶

Se o atuar positivo ou negativo da vítima determina, por si só, a ocorrência do evento danoso, não há nexos causal entre a conduta do agente estatal e o dano, não subsistindo o dever de reparação. Todavia, se com sua atitude não houve a determinação completa para o resultado, mas apenas uma contribuição, inexistente total exclusão da responsabilidade do Estado.⁴⁷

Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁴⁸, a culpa da vítima não constitui, em si mesma, uma causa de exclusão da responsabilidade, sendo necessária a verificação da inexistência do nexo causal. Na culpa exclusiva da vítima, é preciso ficar demonstrado que o dano foi causado pelo lesado e não pelo Estado, desaparecendo o nexo causal entre a ação estatal e o prejuízo.

Assim, a culpa do lesado pode excluir a responsabilidade do lesante ou

⁴⁴ Mara Sylvia Zanella di Pietro. op. cit. p. 569.

⁴⁵ “O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima” (STF – 1ª Turma, RE, Rel. Celso de Mello – DJU 28.5.96)

⁴⁶ É o que consta no artigo 4º do Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado português: Culpa do lesado – Quando o comportamento culposo do lesado tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados, designadamente por não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado, se a indemnização deve ser concedida, reduzida ou mesmo excluída.

⁴⁷ Neste sentido, Caio Mário Pereira: “Se a vítima concorre por fato seu, para o evento danoso, terá também de suportar os efeitos. Se não chegar a elidir totalmente a responsabilidade do agente, a indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. Caio Mário da Silva Pereira. op. cit. p. 83.

implicar a distribuição proporcional da responsabilidade pelas esferas patrimoniais do lesante e do lesado. Note-se, no entanto, que a culpa do lesado não exclui em abstrato a efetivação da responsabilidade civil. O juízo sobre a subsistência e em que termos se dá o direito à indenização será efetuado em concreto pelo tribunal, na ação de indenização que for intentada.

3.3. Responsabilidade de terceiro

A responsabilidade de terceiro depende da verificação, quanto a outrem, dos pressupostos da responsabilidade civil. O terceiro responsável pode ser uma pessoa coletiva administrativa ou um particular. Não pode, conforme aponta MARCELO REBELO DE SOUSA⁴⁹, ser um titular de órgão ou agente da pessoa coletiva responsável pelo risco, no exercício de suas funções e por causa delas, pois nesse caso, estar-se-ia perante uma responsabilidade administrativa delitual.

A responsabilidade de terceiro pode excluir ou reduzir a responsabilidade da administração, devendo, no último caso, apurar-se em que proporção o risco criado e o fato de terceiro concorreram para a produção do dano. Quando a responsabilidade pelo risco coexistir com a responsabilidade de terceiro, a administração responderá solidariamente com o terceiro, sem prejuízo do exercício do regresso. Pondera o autor português (sobre a responsabilização solidária) tratar-se de uma solução altamente discutível, na medida em que nada justifica que o erário público funcione como garante da responsabilidade de pessoas que não são titulares de órgãos ou agentes públicos.

⁴⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello. op. cit. p. 682.

⁴⁹ Marcelo Rebelo de Sousa. op. cit. p. 41.

TÍTULO II - ENQUADRAMENTO HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE PÚBLICA

CAPÍTULO IV – EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Já não é novidade que a responsabilidade civil do Estado recebe um tratamento diferenciado, conforme o tempo e o espaço, semelhante ao que ocorre com a grande maioria dos institutos do Direito. São inúmeras as teorias adotadas, que se distinguem a depender dos países e da tradição doutrinária por eles adotada. No terreno da responsabilidade civil do Estado, os países anglo-saxões aplicam predominantemente os princípios de Direito Privado, diferentemente dos europeus-continentais, nos quais o regime publicístico é o adotado.⁵⁰ Percebemos, nesse cenário, variações doutrinárias em um mesmo país, a depender do período analisado e da matéria, como acontece no Brasil e em Portugal, países que merecerão maior destaque nesta seção.

O poder público, sob as rédeas do Estado absoluto, era considerado irresponsável pelos prejuízos que provocasse aos particulares. Sob a escusa de que o Rei (Estado) não poderia errar, traduzido pelo já conhecido brocardo inglês “*the king can do no wrong*”, somente uma graça monarca poderia reparar tais prejuízos. Para tal entendimento, contribuíram diversos fatores: i) a herança romana da fundamentação divina do poder no termo *potestas*⁵¹; ii) as concepções bodinianas⁵² - “*La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République (...) c'est-à-dire la plus grande puissance de commander (...) la souveraineté l'est avant tout parce qu'elle n'est limitée ni en puissance ni en charge à un certain temps*”⁵³; iii) a soberania numa ótica hobbesiana⁵⁴ - “*princeps legibus solutus est [...] Quod princip placuit legis habet vigorem*”⁵⁵; iv) a imunidade de jurisdição da coroa no direito britânico, em sua teoria da *non suability*⁵⁶.

A temerária sobreposição da administração às relações equânimes do

⁵⁰ Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 409;

⁵¹ *Potestas*: palavra latina que significa poder, competência ou faculdade. É um importante conceito no direito romano. É o poder de fato para administrar coisas e pessoas, a atividade executiva;

⁵² Jean Bodin 1608, p. 122;

⁵³ Bodin, J. (1576), *Les Six Livres de la République*, I, Librairie Arthème, Fayard, Paris (1986);

⁵⁴ HOBBS, Thomas. *O Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil.*, São Paulo, Os Pensadores, 4 ed., Nova Cultura, 1998;

⁵⁵ O Príncipe está isento – ou absolvido – da lei [...] O que apraz ao Príncipe vigora como lei;

⁵⁶ Marcelo Rabelo de Sousa. *Responsabilidade Civil Administrativa*, p. 12.

Direito Privado, a afirmação da supremacia estatal perante os particulares, o fato de a administração ter passado a ser vista como atividade puramente executiva da legislação (considerando-se resultado infalível da expressão da vontade geral), por ter à época, a ideia de LAFERRIÈRE⁵⁷, segundo a qual “é próprio da soberania impor-se a todos sem compensações”, levaram o princípio da irresponsabilidade do Estado a passar do direito administrativo ao liberalismo oitocentista.⁵⁸

A constante pressão doutrinal e as decisões jurisdicionais manifestadoras da necessidade de afirmação de uma responsabilidade civil do Estado e das demais pessoas coletivas da administração, por atos de autoridade, foram uma conquista do século XX e, em particular, do Estado Social de Direito. Na Alemanha⁵⁹, a responsabilidade civil administrativa foi consagrada pelo artigo 131 da Constituição de Weimar⁶⁰. Nos Estados Unidos, o *Federal Torts Claims Act*, em 1946, consagrou a responsabilidade civil do Estado. Na Inglaterra, a responsabilidade civil da Coroa foi estabelecida no *Crown Proceedings Act* de 1947, que tradicionalmente aplica o regime da responsabilidade civil de direito comum. Na França, a responsabilidade civil administrativa começou, por via da jurisprudência do *Conseil d'État*, a autonomizar-se da responsabilidade civil geral com o *arrêt Blanco* do Tribunal de Conflitos, de 8 de fevereiro de 1873. Esse *arrêt* afirmou a competência jurisdicional dos tribunais administrativos em matéria de responsabilidade civil administrativa.⁶¹

Pela inegável relevância do caso da menina Agnès Blanco, no qual o

⁵⁷ *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*, 2. ed., Paris-Nancy, Berger, 1896, t. II, p. 183-190;

⁵⁸ Cláudia Lima Marques in *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 47 apud José Paulo Magano, ‘A boa-fé objetiva’, n. 1., diz em sua pesquisa que o liberalismo oitocentista cristalizou a autonomia da vontade como dogma da teoria contratual, possibilitando às partes ampla liberdade de estabelecer deveres e direitos negociais. Basicamente os únicos controles passíveis de serem feitos em relação aos contratos diziam respeito à aferição da existência ou vício de consentimento, à licitude e possibilidade do objeto e à adoção de forma, ainda assim desde que prescrita em lei. Afora esses controles, o contrato era intangível e fazia lei entre as partes (art. 1134, do *Code Napoléon*), não podendo os contraentes se desvincularem dos direitos e obrigações assumidos, salvo por força de novo acordo de vontades ou de eventos fáticos incontroláveis pelas pessoas, como a força maior e o caso fortuito;

⁵⁹ COTRIM NETO, A. B. *Da responsabilidade do Estado por Atos de Juiz em Face da Constituição de 1988* in Revista de Informação Legislativa. Vol 30 n.º118 abril/junho 1983, p. 89.

⁶⁰ Foi na Alemanha, apesar dos avanços iniciais da responsabilização do estado na França, que se procedeu à positivação da teoria da responsabilidade sem culpa no que diz respeito ao Estado. Em legislações de alguns estados federais alemães tais qual a da Prússia, afirmou-se desde 1910 a "responsabilização direta e primária do Estado pela postergação dos deveres funcionais por parte dos funcionários". Na Constituição de Weimar, de 1919, o art. 131 dispunha que o estado ou a entidade personalizada a ele vinculada (*Köperschaft*) seriam fundamentalmente responsabilizados pelos atos de seus funcionários que, no exercício de poder público, causassem prejuízos a terceiros com práticas infringentes do dever funcional, dispositivo que voltou a ser contemplado na Constituição da Bundesrepublik, de 1949;

caminho da dualidade de jurisdição começou a apresentar contornos mais definidos, no sentido de uma unidade do contencioso da responsabilidade civil das entidades públicas, vale apresentar seu breve resumo, narrado pelo Professor VASCO PEREIRA DA SILVA⁶²:

“Era uma vez, há muitos, muitos anos - séculos até -, num remoto país - a longínqua França -, uma menina de cinco anos chamada Agnès Blanco, que foi atropelada por um vagão de uma empresa pública de tabaco de Bordéus.

Os pais da menina dirigiram-se ao Tribunal de Bordéus a pedir uma indemnização, mas este não conheceu do seu pedido, alegando ser incompetente, por estar em causa uma autoridade administrativa, e por não haver lei aplicável, já que as normas do Código Civil somente se referiam às relações entre particulares. Os pais da criança dirigiram-se, então, ao Conselho de Estado e obtiveram a mesma resposta, o tribunal era incompetente, pois não se tratava do recurso de um acto administrativo, além de que não havia lei para aplicar, uma vez que não se tratava de uma relação entre particulares. Perante este conflito negativo de jurisdições, o Tribunal de Conflitos foi chamado a pronunciar-se, tendo considerado que o caso era da competência da Justiça Administrativa, e que, na ausência de lei, era necessário criar normas jurídicas especialmente destinadas a proteger a Administração, também em matéria de responsabilidade civil desta forma afirmando a necessária autonomia do Direito Administrativo.”

Com a referida evolução, houve uma clara aproximação entre o regime aplicável à responsabilidade do Estado e demais entidades públicas, mesmo no âmbito da chamada gestão pública, e o regime em vigor para as entidades privadas. Diante de um sistema que se assentava (ou ainda se assenta) na distinção entre atos de gestão pública e de gestão privada, mesmo na França, com o reconhecimento da existência de “numerosas similitudes” entre a responsabilidade administrativa e a responsabilidade privada, a doutrina se interroga há muito sobre a manutenção da validade da “*summa divisio*” entre os problemas da responsabilidade nas relações de Direito Público e as questões de responsabilidade no âmbito do Direito Privado, mostrando-se até mesmo um sistema ilógico para alguns doutrinadores⁶³.

⁶¹ Rui Medeiros. *Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos, Ensinar e Investigar*. 2005, p. 12.

⁶² Vasco Pereira da Silva. O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise, ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. 2009, p. 518.

⁶³ Idem, p. 520.

CAPÍTULO V – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Num sentido estrito, essa função, ligada etimologicamente ao *jus dicere* romano, abrange apenas o desempenho dos juízes, com todos os seus julgamentos e decisões definitivas ou interlocutórias, preparatórias ou executivas, incidentais e outras. Em sentido amplo, ao falar-se de atividade judiciária, aquilo que se percebe é uma realidade diferente, mais abrangente e variada em seus componentes. Trata-se de uma pluralidade de funções, todas elas ligadas à função judicante, sendo cada uma, a seu modo, complementar ou auxiliar dessa. Incluem-se neste círculo, exterior à *jurisdictio*, as atividades cognitivas junto do julgador, competindo aos respectivos agentes expor, argumentar, requerer ou peticionar, em termos adequados ao ponto de vista ou aos interesses cuja defesa lhes foi confiada. Também se enquadram nessa categoria as múltiplas funções de promoção processual, de fiscalização da legalidade e da advocacia do Estado, de investigação e acusação criminal, tema no qual nos aprofundaremos mais à frente.

Tais funções, essencialmente auxiliares da realização e da promoção da justiça, são indispensáveis à boa prestação do serviço jurisdicional, *stricto sensu*, encabeçado pelo juiz. Na verdade, é esse que tem o poder e o dever de dizer o direito (*jus dicere*), sentenciando ou despachando em harmonia com a legalidade e as exigências do caso concreto, sendo vedado, desde que o litígio seja juridicamente relevante, deixar de fazê-lo por falta, obscuridade ou ambigüidade da lei ou com base em dúvida insanável. De igual modo, não poderá abster-se de votar, na formação da vontade deliberativa, qualquer participante num tribunal ou órgão colegiado.

A aceitação da responsabilidade pública por atividade judicial encontra maiores restrições do que aquela relativa aos atos administrativos da função executiva do Estado. A irresponsabilidade do Estado-Juiz aparece não apenas como fase inicial, mas presente até bem pouco tempo em inúmeros ordenamentos, fundamentada na independência dos magistrados, na soberania da atividade jurisdicional, na inexistência de lei específica, na falibilidade contingencial dos juízes e, principalmente, na intangibilidade da coisa julgada.

Não se mostra incomum que a discussão em torno da responsabilidade do Estado por ato da função jurisdicional traga à lume a falsa alegação de que a

responsabilização implica restrição à independência de um Poder autônomo. É preciso, contudo, demonstrar que a responsabilidade só vem reforçar a independência do órgão julgador (assim como a responsabilização da administração não implica em obstáculos ao desenvolvimento ou à boa administração da coisa pública, ao contrário, a exige), respeitadas as garantias pessoais de seus agentes, bem como os institutos que conferem segurança às relações jurídicas, a exemplo da coisa julgada. A relativização de dogmas até então utilizados para justificar a irresponsabilidade do Judiciário, contudo, encontra guarida no valor “justiça”, bem supremo a ser perseguido pela atividade jurisdicional.⁶⁴

Em apoio à responsabilização, a posição de JOÃO SENTO SÉ⁶⁵ é a de que:

“Não se trata de responsabilizar o Estado de modo absoluto, no que toca aos atos judiciais. Nem se deseja exterminar a independência funcional dos magistrados. Evidentemente, a responsabilidade por atos dos juízes somente é cabível quando verificados certos pressupostos, como acontece com a Responsabilidade do Poder Público em geral [...].”

Essa responsabilidade faz o Estado incorrer na obrigação de indenizar, quer de forma exclusiva, quer solidariamente com a responsabilidade pessoal do juiz, por danos causados pelas decisões desse, designadamente por erro. Trata-se, portanto, de uma responsabilidade objetiva a que o Estado se vincula por atividades reguladas em seu nome, independentemente de dolo ou culpa dos seus agentes⁶⁶. Em geral, no confronto com o lesado, essa responsabilidade tanto pode ser exclusiva do Estado (v.g. no caso de anomalias provocadas por culpa funcional) como concorrente com a do juiz, por atos que esse pratique de forma intencional ou negligente. Contudo, a normal falibilidade do juiz não chega para isentá-los completamente de responder por seus atos lesivos, já que se pode reunir os requisitos legais de imputação pessoal e de reprovação jurídica, não se justificando o efeito “escudo” da interposição do Estado entre o lesante e o lesado.

A Constituição de Bona, em seu artigo 34, a lei alemã de 26 de junho de 1981 e a lei francesa de 5 de julho de 1972⁶⁷ dispõem que o Estado é o único responsável perante aqueles que sofreram danos por atos de um juiz, no exercício das suas funções. Conforme tais dispositivos, a parte lesada deve demandar apenas o Estado

⁶⁴ Lair da Silva Loureiro Filho. *Responsabilidade Pública por Atividade Judiciária*. 2005, p. 110.

⁶⁵ *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*, São Paulo, José Bushatsky, 1976, p. 95.

⁶⁶ João Aveiro Pereira. *A Responsabilidade Civil por Actos Jurisdicionais*. p. 49.

e não o juiz. Tal solução se mostra mais efetiva do ponto de vista dos interesses dos ofendidos, na medida em que lhes garante maior liquidez na obtenção de indenização, dada a solidez financeira do Estado comparada com a solvência do juiz. Além disso, esse fica livre de incômodos ou pressões provocados com eventuais ações vindicativas, propostas contra si por partes descontentes.

Assim se procura defender e garantir a independência do julgador como item imprescindível ao correto desempenho de sua função. No entanto, tal pragmatismo, se é que podemos assim entender, não deve ser considerado um privilégio ou uma regalia pessoal do magistrado, mas tão-somente um requisito indispensável à boa administração da justiça. Vale ressaltar que, em regra, nenhuma das prerrogativas funcionais ou estatutárias do juiz lhe é conferida em atenção à sua pessoa, mas apenas com o fim de lhe proporcionar as condições necessárias à boa e justa decisão dos litígios.

Nesse tipo de responsabilidade, dirigida em primeiro lugar ao Estado, existe também, normalmente, a possibilidade legal de ele fazer valer seu direito de regresso em ação contra o juiz, quando esse tiver agido dolosamente ou com negligência grosseira. É o que acontece nas legislações de vários países europeus, como Alemanha, França, Polônia e Portugal, nos quais tal matéria tem sido objeto de maior discussão e de atualização.⁶⁸ De igual forma, no Brasil, há a possibilidade da ação regressiva estatal.⁶⁹

CAPÍTULO VI – EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

No Brasil colônia, dominou, de modo incontestável, a ideia da plena irresponsabilidade do Estado. Com a independência, muda-se a situação e passa-se a admitir que o Estado é responsável por atos ou omissões ilícitas de seus agentes, mesmo

⁶⁷ Idem. p. 50.

⁶⁸ Mesmo antes das atuais alterações legislativas, Portugal pôde apreciar uma noção jurisprudencial de culpa grave atribuível ao juiz pelo conteúdo de uma decisão, ou seja, “quando esta é de todo desrazoável, evidenciando um desconhecimento do direito ou uma falta de cuidado ao percorrer o iter decisório que a levem para fora do campo dentro do qual é natural a incerteza sobre qual vai ser o comando emitido” – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Português (STJ) de 8 de julho de 1997, BMJ 469, p. 406.

⁶⁹ A Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 37, § 6º, consagrou a responsabilidade objetiva estatal, prevendo duas relações jurídicas. A primeira delas com respeito à relação entre Estado e lesado, baseada na responsabilidade objetiva, e a segunda relação, entre o Estado e o seu agente, de caráter subjetivo, na qual se consubstancia o direito de regresso.

não havendo normas legais expressas. Os tribunais e doutrinadores sempre repudiaram tal orientação.

A Constituição Imperial de 1824, em seu artigo 179, XXIX, cuidou apenas da responsabilidade pessoal dos agentes públicos, regulando que “os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos.”

A Constituição Republicana de 1891, em seu artigo 82, reproduziu sem inovações o instituto previsto na Carta anterior, prevendo, em seu dispositivo, que “os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência, ou negligência em não responsabilizarem efetivamente aos seus subalternos.”

Até então, não se tratou expressamente da responsabilidade pública, restando a tutela do dano injusto circunscrita à responsabilização pessoal do agente faltoso, sob a competência federal. Nesse sentido, a lição de ODETE MEDAUAR⁷⁰:

“As Constituições de 1824 e de 1891 não cuidaram da responsabilidade civil do Estado. A lei 221/1894, atribuiu aos juízes e tribunais federais o julgamento das causas relativas à lesão dos direitos individuais por decisões das autoridades administrativas da União.”

Nesse período, contudo, havia leis ordinárias prevendo a responsabilidade do Estado, a qual foi acolhida pela jurisprudência como solidária à dos funcionários. Era o caso dos danos causados por estradas de ferro, pela colocação de linhas telegráficas e pelos serviços de correio.⁷¹⁻⁷²

Com o Código Civil promulgado em 1916, entendeu-se ter sido adotada a teoria civilista da responsabilidade subjetiva, visto o disposto em seu artigo 15: “as pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo do modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra

⁷⁰ Direito administrativo moderno. 2000, p. 431.

⁷¹ Maria Silvia Zanella di Pietro. *Direito Administrativo*. p. 566.

⁷² Decreto 1.930, de 26.04.1857, relativo aos danos causados por estrada de ferro; o Decreto 9.417, de 25.04.188 também atinentes à matéria; o Decreto 1.663, de 30.01.1894, art. 552; o Decreto 4.053, de 24.06.1891, art. 538, concernentes à indenização por prejuízos decorrentes de colocação de linhas telegráficas; os Decretos 1.692-A, de 10.04.1894, art. 8.º, e 2.230, de 10.02.1896, art. 6.º, que cuidam da responsabilidade da União ligada aos serviços de correios.

os causadores do dano.”.

A expressão “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei” conduzia à ideia de que deveria ser demonstrada a culpa do funcionário, para que o Estado respondesse. No entanto, com a evolução da dogmática da responsabilidade civil do Estado e com a redação imprecisa do dispositivo, alguns autores defenderam, na vigência desse dispositivo, a teoria da responsabilidade objetiva.

A Constituição de 1934 aplicou o princípio da responsabilidade solidária entre Estado e funcionário. Nos termos de seu artigo 171, “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”. A mesma norma se repetiu no artigo 158 da Constituição de 1937.

Na Constituição de 1946, adotou-se a teoria da responsabilidade objetiva. De acordo com seu artigo 194, “as pessoas jurídicas de Direito Público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. Pelo parágrafo único, “cabem-lhes a ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

A Constituição de 1967 repete a norma em seu artigo 105, acrescentando, no parágrafo único, que a ação regressiva cabe em caso de culpa ou dolo, expressão não incluída no preceito da Constituição anterior. Na Emenda nº 1, de 1969, a norma foi mantida no artigo 107.

A atual Carta Política, no artigo 37, §6 determina 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, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

O Código Civil de 2002 não repetiu a norma do artigo 15 do Código Civil de 1916. Determina, no artigo 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 direito regressivo contra os causadores de dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.”

De certa forma, o diploma civil está aquém do dispositivo constitucional, tendo em vista não fazer referência às pessoas jurídicas de Direito Privado, prestadoras de serviço público.

Entende-se que o dispositivo constitucional compreende duas regras: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do funcionário. Parte-se da premissa de que, se o dispositivo só exige culpa ou dolo para o direito de regresso contra o funcionário, é porque não quis fazer a mesma exigência para as pessoas jurídicas.

A regra da responsabilidade objetiva exige:

- “1. que se trate de pessoa jurídica de Direito Público ou de Direito Privado prestadora de serviços públicos; a norma constitucional pôs fim às divergências doutrinárias que haviam quanto à incidência de responsabilidade objetiva quando se tratasse de entidades de Direito Privado prestadoras de serviços públicos;
2. que essas entidades prestem serviços públicos, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada; assim é que, em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas, não se aplicará a regra constitucional, mas a responsabilidade disciplinada pelo Direito Privado quando não desempenharem serviço público;
3. que haja um dano causado a terceiros em decorrência da prestação de serviço público, aqui está o nexo de causa e efeito;
4. que o dano seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas, o que abrange todas as categorias, de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sob o qual prestam o serviço;
5. que o agente, ao causar o dano, aja nessa qualidade. Não basta ter a qualidade de agente público, pois, ainda que o seja, se ao causar o dano não estiver agindo no exercício de suas funções, não acarretará a responsabilidade estatal.”

CAPÍTULO VII – EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO POSITIVO PORTUGUÊS

Portugal estabeleceu a irresponsabilidade do Estado pelos prejuízos provocados no exercício da sua atividade de execução da lei, conforme disposto no artigo 2.399 de seu Código Civil de 1867⁷³. Segundo o artigo 2.400 do mesmo diploma legal, eram responsáveis os funcionários administrativos pelos danos resultantes de atividades ilegais, a título exclusivamente pessoal. Na ausência de previsão legal específica, a doutrina e a jurisprudência aceitavam a responsabilidade civil do Estado pelos prejuízos provocados por atividades de gestão privada, como tal, reguladas pelo Direito Privado.

A responsabilidade civil das entidades públicas suscitou o interesse da doutrina civilista e administrativista da I República. A consagração legal da responsabilidade civil administrativa extracontratual por atos ilícitos de gestão pública data dos anos 30 do século XX. Em 1930, o artigo 2.399 do Código Civil Português foi revisto no sentido de acrescentar, à responsabilidade dos agentes estaduais, a responsabilidade solidária do próprio Estado. Em 1936, o Código Administrativo, no artigo 366, estabeleceu a responsabilidade civil das autarquias locais pelos prejuízos resultantes de atos ilegais de gestão pública compreendidos em suas atribuições e competência. Manteve, porém, a regra da responsabilidade estritamente pessoal, conforme artigo 367, quanto aos prejuízos provocados por atos de gestão pública viciados de incompetência, de excesso de poder ou de preterição de formalidades essenciais. A responsabilidade civil administrativa pelo risco e por ato lícito não foram objeto de previsão genérica, pelo que se entendia só existirem nos casos expressamente previstos na lei. A responsabilidade civil administrativa por atos de gestão privada continuou a reger-se pelo disposto no regime da responsabilidade civil de Direito Privado, estabelecido no Código Civil⁷⁴.

O atual Código Civil português, em vigor desde 1967, nos artigos 500 e 501, consagrou pela primeira vez disposições especificamente aplicáveis à responsabilidade civil administrativa extracontratual por atos de gestão privada, deixando para lei especial o regime da responsabilidade civil administrativa extracontratual por ato de gestão pública. Aquela disciplina viria regulamentada pela

⁷³ Marcelo Rebelo de Sousa. Responsabilidade Civil Administrativa. p. 14.

⁷⁴ Idem., p. 16.

Lei de Responsabilidade Civil da Administração Pública (LRCAP), cuja entrada em vigor se deu em 1967, incluindo disposições sobre a responsabilidade civil delitual pelo risco e por fato lícito, mas não sobre responsabilidade civil administrativa contratual por ato de gestão pública.

A Constituição de 1976, em seu artigo 22⁷⁵, consagrou o princípio da responsabilidade civil solidária da administração e de seus titulares de órgãos, funcionários agentes, pelos prejuízos causados no exercício de suas funções, proibindo a garantia administrativa no artigo 271º, I, *in fine*⁷⁶.

A mudança de regime ocorrida em 1974, novidades trazidas na maioria em causa pela CRP, e o emergir de novos problemas, práticos e teóricos, no domínio da responsabilidade civil geral e administrativa, contribuíram para a insuficiência do regime legal vigente desde 1967 e para a premência da sua revisão.

Em 2001, foi apresentada à Assembleia da República uma proposta de lei que visava substituir a LRCAP, na qual intentava-se o aperfeiçoamento do regime vigente e se regulava a responsabilidade civil por atos das funções legislativa e jurisdicional. A proposta não chegou a ser votada. Em 2006, voltou a ser apresentada uma proposta de lei de teor muito próximo, da qual veio resultar, após um complexo processo legislativo, o novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas (RRCEC), que entrou em vigor em 30 de Janeiro de 2008.

Para alguns doutrinadores⁷⁷, o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas não introduziu, no âmbito administrativo, alterações tão revolucionárias como na responsabilidade civil do Estado, por atos das funções jurisdicional (arts. 12º-14º RRCEC, que veremos de forma mais profunda no correr deste trabalho) e político-legislativa (artigo 15º RRCEC). Mas ainda assim, trouxe inovações, como a introdução de um regime da indenização (arts. 3º, 5º

⁷⁵ Art. 22º CRP – *Responsabilidade das entidades públicas* – O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares de seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

⁷⁶ Art. 271º CRP – 1. Os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não dependendo a acção ou procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica.

⁷⁷ Marcelo Rebelo de Sousa. cit. p. 15.

RRCEC), a definição do conceito de funcionamento anormal do serviço (artigo 7.º, 3.º e 4.º RRCEC), o estabelecimento da obrigatoriedade do exercício de regresso contra os responsáveis concretos pelo dano (artigo 6.º RRCEC) e de suas presunções de culpa leve na responsabilidade delitual (artigo 10.º, 2, 3 RRCEC), bem como o alargamento do âmbito da responsabilidade civil pelo risco.⁷⁸ O Código de Contratos Públicos,⁷⁹ que entrou em vigor quase simultaneamente ao RRCEC, regulou em seu bojo, pela primeira vez no Direito português, a responsabilidade civil administrativa contratual.

CAPÍTULO VIII – EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS DA FUNÇÃO JURISDICIONAL À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A partir de um episódio traumático, como visto no Acórdão Blanco em 1873, do Tribunal de Conflitos Francês, embora se tenha inaugurado a autonomia do Direito Administrativo como ramo de Direito, houve o sentido maior de se limitar ou até mesmo de excluir a responsabilidade da administração perante os direitos individuais de uma menina de cinco anos. Como diria o Professor VASCO PEREIRA DA SILVA⁸⁰, não foi uma “boa estreia” para tal ramo do Direito, posto ter sido criado mais com o objetivo de salvaguardar os interesses da administração do que de efetivar a proteção aos particulares. Para o mesmo Professor, o Direito Administrativo foi se libertando paulatinamente dos “traumas provocados por uma infância difícil”.

Nesse cenário, propomos a verticalização dos conceitos já definidos nos princípios constitucionais, que visam consagrar o valor da dignidade da pessoa humana como princípio máximo, fundamento de um Estado de Direito. Conforme JOSÉ AFONSO DA SILVA, “... a dignidade da pessoa humana é um valor .”

Nesse mesmo raciocínio, J. J. GOMES CANOTILHO aduz o seguinte:

“Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais,

⁷⁸ Art. 11.º, I RRCEC, que passou a referir-se actividades, serviços ou coisas «especialmente» e já não «excepcionalmente perigosos».

⁷⁹ O novo Código dos Contratos Públicos (CCP) foi aprovado no dia 29 de janeiro pelo Decreto-Lei n.º 18/2008; o nóvel diploma estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo.

⁸⁰ O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. ob.cit. p. 519.

esquecendo-se nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana.”⁸¹

É necessário que o poder do Estado seja contido, e tal contenção se concretiza na consagração do respeito à dignidade humana, garantindo, assim, a limitação de seu próprio poder. Contudo, devemos observar que, não obstante a competência negativa do poder público (*negative Kompetenzbestimmung*), não se mostra adequada a hipótese de posicionar o Estado na condição de adversário (*Gegner*), pois é fundamental permitir sua evolução para uma função de guardião desses direitos (*Grundrechtsfreund oder Grundrechtsgarant*).⁸²

Citado por GILMAR FERREIRA MENDES, KONRAD HESSE diz que

“A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público, (direito fundamental enquanto direito de proteção ou defesa – *Abwerrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*).”⁸³

O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem prescreve que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.”⁸⁴

Em que pese a paulatina evolução dos Direitos do Homem, por meio dos quais se busca, ao menos teoricamente, colocar o ser humano no centro do sistema, observamos um processo paradoxal de sua “desumanização” e, conseqüentemente, a completa devastação de sua dignidade.

Não demanda grande esforço concluir que o Direito material e o Direito Processual Penal têm maior potencial, entre todos os ramos do Direito, de se valerem como instrumento de “coisificação” do ser humano, negando a condição humana ao acusado (mesmo que ainda suspeito), quando o transforma em simples objeto do

⁸¹ *apud* José Afonso da Silva. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a constituição*. 2000, p. 109.

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217A(III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

processo. Em prol de uma “pretensa” segurança e da busca da verdade real no âmbito do processo penal “a qualquer custo”, a dignidade da pessoa humana tem sido violada constantemente.

Guardadas as devidas proporções, percebemos que tal problemática surge de forma generalizada na sociedade moderna, na qual as históricas conquistas dos direitos fundamentais⁸⁵ – mesmo ocupando o grau superior do ordenamento jurídico⁸⁶ – continuamente são ignoradas pelo Judiciário. Muitas vezes, influenciado pela imprensa, faminta por “furos jornalísticos”, o “poder” da justiça desrespeita a pessoa do suspeito e divulga fatos e imagens que induzem a grande massa a uma pré-convicção de culpa. Com isso, dá-se aos fatos expostos o caráter definitivo, antes mesmo da sentença transitada em julgado.

Ora, tão necessário quanto a proteção da dignidade da pessoa humana, é sua efetiva promoção; afinal, concretizar normas, valores e fundamentos constitucionais é realizar substancialmente sua própria finalidade. Nessa, o ser humano deve cada vez mais ocupar o epicentro do sistema jurídico.

O grande clamor popular – e não tiramos aqui sua razão – por penas mais severas e maior repressão à violência não deve justificar a afronta aos fundamentos e ideais constitucionais e humanitários, cuja preservação é imperiosa. Tal preservação não se incompatibiliza com o combate ostensivo e efetivo ao crime e tampouco se contrapõe a que se realize a “prevenção geral positiva”.⁸⁷

A contínua evolução dos Direitos Humanos, caracterizada pela busca da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, nos leva à inevitável discussão sobre o garantismo material e processual penal. A doutrina garantista⁸⁸, protagonizada por FERRAJOLI, busca uma melhor adequação dos acontecimentos empíricos às prescrições normativas estatais, surgindo num cenário de descompasso, observado entre a normatização estatal e as práticas que deveriam estar fundadas nelas. No aspecto penal, as atuações administrativas e policiais andam desalinhadas dos preceitos estabelecidos nas normas jurídicas estatais.⁸⁹

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

⁸⁶ THUMS, Gilberto. Sistemas processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁸⁷ Helena Regina Lobo da Costa. A Dignidade Humana, teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: RT, 2008.

⁸⁸ Tópico que veremos mais detalhadamente no decorrer deste trabalho.

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1998, p. 851.

No processo penal brasileiro, em nome da “suposta justiça”, a pessoa humana é transformada em um objeto do processo, com prisões preventivas que visam muito mais a uma antecipação de pena, do que à segurança do Juízo, sob as estritas condições inseridas⁹⁰ no diploma processual Penal.⁹¹

Não buscando mascarar a impunidade num país marcado e estigmatizado pela corrupção e pela falência de suas políticas carcerárias, numa ótica brasileira, o que verdadeiramente se almeja são a constitucionalização do processo penal e a consubstanciação dos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito. Como salienta GILBERTO THUMS,⁹² “... o processo penal só pode ser concebido a partir do princípio da dignidade da pessoa humana...”.

TÍTULO III - A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM AS TEORIAS GARANTISTAS

Ao correlacionar o instituto de responsabilidade civil do Estado com temas de garantias processuais penais, bem como os de prevenção geral, não estranhamos a ausência, *prima facie*, de uma relação estreita entre tais matérias. Contudo, ao mergulhar nos fundamentos da responsabilidade civil do Estado por atos da função jurisdicional – em específico no tocante aos atos de privação da liberdade em fase processual, nos quais o “suspeito” é absolvido –, percebemos que se faz necessária uma análise aprofundada das origens e motivações de tais institutos processuais penais, capazes de sacrificar a liberdade de um indivíduo.

Além disso, é extremamente relevante saber se tais atos processuais penais – e aqui nos atemos, somente, aos institutos capazes de privar a liberdade – são violadores da dignidade humana, se contrariam os princípios consagrados da presunção de inocência e se tal violação se daria em qualquer circunstância na qual o indivíduo, absolvido ao final do processo, tenha sofrido tal medida cautelar.

Em que pese comprovada a violação da dignidade humana, por uma

⁹⁰ Artigo 312 do Código de Processo Penal Brasileiro.

⁹¹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁹² Sistemas processuais penais. ob.cit. p. 99.

prisão processual com ulterior absolvição, verificaremos se o ato decisório do Estado-Juiz é digno ou não de responsabilização Estatal, levando-se em conta a análise dos pressupostos de fato e sua devida fundamentação.

Buscando estreitar os laços da dogmática substantiva e processual penal com o instituto da responsabilidade civil do Estado, faremos uma análise crítica ao garantismo processual penal, objetivando extrair os elementos fundantes da pretensão indenizatória estatal.

CAPÍTULO IX – GARANTISMO PROCESSUAL PENAL

O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, tem como funções, entre outras, tornar viável a aplicação da pena e servir de efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, garantindo segurança aos indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir de instrumento limitador da atividade estatal, estruturando-se de modo a assegurar a plena efetividade dos direitos individuais constitucionalmente previstos.

Antes de cumprir seu itinerário para a devida aplicação penal, o processo serve ao Direito Penal, não figurando a pena como última destinatária do referido direito substantivo. Tão importante quanto ela é a função de proteção ao indivíduo no Direito Penal, por meio do princípio da reserva legal.⁹³ Esse constitui a essência da tipicidade penal, por meio da qual o cidadão tem a salvaguarda constitucional, que lhe assegura o seguinte: para que sua conduta seja tipificada como criminosa, é necessário que ela já se encontre prevista no plano normativo.

Para WERNER GOLDSCHMIDT,⁹⁴ os direitos fundamentais dirigem-se contra o Estado, pertencendo à seção que trata do amparo ao indivíduo contra o Estado. Para o autor, prova disso seria a quantidade de dispositivos que integram as constituições modernas regulando o processo penal, com a finalidade de garantir a plena eficácia dos direitos fundamentais do acusado enquanto estiver sendo processado.

Contrariamente, como já vimos em capítulos anteriores, MENDES diz não se mostrar adequada a hipótese de posicionar o Estado na condição de adversário,

⁹³ Não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem a prévia cominação legal.

⁹⁴ GOLDSCHMIDT, Werner. *La Ciencia de la Justicia - Dikelogía*. 2. ed. Buenos Aires, Depalma, 1986. p. 201.

pois é necessário permitir sua evolução para uma função de guardião desses direitos.⁹⁵

Já BOBBIO⁹⁶ explica que, nas relações entre indivíduo e Estado, primeiramente se coloca o indivíduo e depois o Estado. Esse não é um fim em si mesmo, mas um meio que tem como fim a tutela do homem, de seus direitos fundamentais de liberdade e segurança coletiva.

O Estado de Direito, com a Declaração dos Direitos do Homem em 1789, representou uma relevante superação das estruturas do Estado de Polícia, que negava ao cidadão toda garantia de liberdade. A pena surge para substituir a vingança e os impulsos que dão razão à vingança, e a imposição da pena corresponde ao Estado-Juiz, como um ato da razão que determina uma importante característica da pena: a proporcionalidade⁹⁷. Como explica BETTIOL,⁹⁸ “*la venganza es fruto de un impulso, y, por tanto, de una emoción no controlada por la razón, y es a menudo desproporcionada respecto a la entidad del mal o del daño causado. La pena, por el contrario, si quiere en verdad ser y permanecer como tal, es fruto de una reflexión*”.

A democracia atual demanda um sistema político que valorize o indivíduo frente ao Estado e que se manifeste em todas as esferas, tendo o indivíduo no epicentro de sua relação com o Estado. O princípio imperativo no processo penal é o da proteção aos inocentes, ou seja, o processo penal como direito protetor dos inocentes. Esse *status* (inocência) adquire caráter constitucional e deve ser mantido até que exista uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Num Estado Democrático de Direito, não se admite mais tolerar um processo penal autoritário-inquisitório, típico de um Estado-policial, pois o processo deve adequar-se à Constituição e não o contrário. Nas palavras de GOLDSCHMIDT⁹⁹, a estrutura do processo penal de uma nação não é, senão, o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição. Para o autor, o processo penal é a verbalização do grau de cultura alcançado por um povo no curso da sua história, evidenciando os princípios de política processual de uma nação e revelando se efetivamente se trata de um Estado Democrático de Direito.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁹⁶ No prólogo da obra de FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 18.

⁹⁷ Tópico que abordaremos no capítulo XI;

⁹⁸ BETTIOL, Guisepppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Trad. Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. Barcelona, Bosch, 1976.

⁹⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, p. 67.

O objeto primordial da tutela processual penal não é somente a salvaguarda dos interesses da coletividade, mas também a tutela da liberdade do imputado, o respeito a sua dignidade como pessoa, como parte humana do processo. Conforme FERRAJOLI¹⁰⁰, o processo penal não serve para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, os cidadãos que, embora suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas.

Como consequência, a estrutura do processo penal deve ser tal que se reduza ao mínimo o risco de erro e o sofrimento injusto que dele deriva. Todos os mecanismos de proteção que busquem amenizar o sofrimento e os riscos que ele encerra são um imperativo de justiça.

Nesse cenário é que a responsabilidade civil do Estado por atos da função judiciária integra, numa estrutura processual penal, um mecanismo garantista, buscando amenizar os danos provocados àqueles que tiveram sua liberdade cerceada em nome de uma “regularidade dos atos de poder”. Essa “regularidade” causa dano anormal ao indivíduo, fazendo-se necessária uma indenização, para a qual são utilizados recursos do erário público, pelo princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais, visto que os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos.

A teoria do garantismo penal, protagonizada por FERRAJOLI¹⁰¹, se apresenta num contexto de violações aos direitos humanos, importando um necessário mecanismo de fomento à minimização dos poderes punitivos. Percebe o sistema normativo como instrumento substancialmente prático, que deve ser pensado e desenvolvido para a resistência ao inquisitorialismo nas práticas judiciais e administrativas corriqueiras. Para o autor, o conjunto das garantias penais seria totalmente insatisfatório, se não fosse acompanhado, subsidiariamente, das garantias processuais.

O garantismo consiste na tutela dos direitos fundamentais, que representam os valores, os bens e os interesses materiais e políticos que fundam e justificam a existência do Direito e do Estado, cujo desfrute, por parte de todos, constitui a base substancial da democracia¹⁰². Dessa afirmação de FERRAJOLI, é possível extrair que o Direito existe para tutelar os direitos fundamentais.

¹⁰⁰ FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 516.

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*. 2. ed. Madrid, Trotta, 1997.

¹⁰² FERRAJOLI, op. cit. p. 28 e 29.

Verifica-se que o conflito entre Direito Natural e o Direito Positivado se encontra já superado, tendo em vista a constitucionalização dos direitos naturais pela maioria das constituições modernas. Para FERRAJOLI, o problema está, agora, entre a efetividade e a normatividade. Com isso, ele foi transferido, não estando mais no plano da existência jurídico-normativa, mas no da efetividade do garantismo.

A efetivação da proteção garantista, em grande parte, depende da atividade jurisdicional, principal responsável pela concessão ou pela negação da tutela dos direitos fundamentais. Como consequência, o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento de sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal.

Nesse sistema, como garantidor dos direitos do acusado, o juiz não pode ficar inerte ante violações ou ameaças de lesão a direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Ele deve assumir uma posição garantista no Estado Democrático de Direito, e a legitimidade de sua ação não deve ser política, mas sim, constitucional, consubstanciada na busca de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo, reparar as injustiças cometidas e absolver, atendendo ao princípio da verdade formal, quando não existirem provas legais e suficientes.

Diante dessa onda de garantias penais, na qual se percebe que a missão do Direito Penal não é apenas proteger os direitos legais e o bom funcionamento do sistema social de convivência, mas também limitar o poder punitivo do Estado¹⁰³, é necessário analisar os institutos processuais penais de privação da liberdade, antes da sentença proferida no processo cognitivo.

A indagação que fica é se, verdadeiramente, tem-se utilizado o binômio urgência e necessidade nessas medidas excepcionais, objetivando resguardar o processo de conhecimento. Questiona-se a deturpação de um instituto, capaz de privar o indivíduo de sua liberdade mesmo sem julgamento, sendo que ele, o instituto, se refere a uma característica excepcional e vem se tornando regra na *praxis* dos juízes. A promíscua ideia de que tais medidas acautelatórias se confundem com política pública

¹⁰³ HASSEMER, op. cit.

de combate à violência e que sua banalização, passando por cima da dignidade do indivíduo, promoverá um sentimento de justiça e de punidade é uma grande ilusão.

É certo que a prisão preventiva não vai resolver o problema da violência nas ruas, mas sim, a adoção de políticas públicas sérias de combate à violência pela administração pública, no exercício da sua função Executiva. Os atos da função judiciária não podem substituir a ação do Executivo. Medidas cautelares devem ser excepcionais e devem sempre ser submetidas aos princípios limitativos da fúria punitiva do Estado-juiz. Esses princípios são vistos no capítulo que se segue.

CAPÍTULO X – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E GARANTIA DE LIBERDADE DO IMPUTADO

Ao tratarmos de institutos processuais capazes de privar a liberdade do indivíduo, sem que tenha havido o devido julgamento, o princípio que mais demanda atenção é, sem dúvida, o da presunção de inocência ou, como alguns autores preferem chamar, o princípio da não culpabilidade.¹⁰⁴

O que tem ocorrido, na prática, é uma inversão do ônus probatório na seara processual penal. Não raramente, o simples indício¹⁰⁵ de autoria de um fato criminoso promove um pré-julgamento ao imputado, e se esse não buscar todos os meios comprobatórios de sua inocência tempestivamente, corre o risco de ter sua prisão cautelar decretada. Ora, é a culpa e não a inocência que deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da prova de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo.

Em nome dessa busca “desenfreada” da verdade formal ocorrem as maiores arbitrariedades em desfavor da dignidade do indivíduo. E como certos atos, no

¹⁰⁴ “[...] melhor é dizer-se que se trata do ‘princípio de não-culpabilidade’. Por isso, a nossa constituição não “presume” a inocência, mas declara que ‘ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (art. 5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado. Pode-se até dizer, como o faz Carlos J. Rubianes, que existe até uma presunção de culpabilidade ou de responsabilidade quando se instaura a ação penal, que é um ataque à inocência do acusado e, se não a destrói, a põe em incerteza até a prolação da sentença definitiva.” MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**, 14ª edição, São Paulo: Atlas, 2003, p. 42.

¹⁰⁵ Indício vem do latim *indiciu*, que significa indicar, apontar, sinal, indicação. É todo e qualquer fato, ou circunstância, certo e provado, que tenha conexão com o fato, mais ou menos incerto, que se procura provar. Não se confunde com a presunção, que vem do latim *praesumptione*, que significa opinião ou juízo baseado nas aparências; suposição ou suspeita. Ou seja, indício é o fato provado e conhecido; a presunção é a operação intelectual que liga esse fato a outro. O indício é o fato indicativo. A presunção, o fato indicado. RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

geral infundados, ferem de morte o princípio fundamental da presunção de inocência (ou não culpabilidade), dessa agressão surge o pressuposto da responsabilidade civil do Estado. Isso porque de nada adiantaria uma normatização na qual, por mais definida que fosse a figura garantista do juiz, não fosse previsto um instituto que garantisse a indenização estatal por eventuais abusos.

Buscamos entender mais esse princípio fundamental numa ótica moderna, por ele representar o fruto de uma opção garantista em favor da tutela da imunidade dos inocentes¹⁰⁶, ainda que a custo da impunidade de algum culpado. Citado por FERRAJOLI¹⁰⁷, LAUZÉ DI PERET diz que “[...] basta ao corpo social que os culpados sejam geralmente punidos, pois é seu maior interesse que todos os inocentes sem exceção sejam protegidos.” Observamos que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos, mas também pelas penas arbitrárias; não se garante a inocência dos cidadãos, menos ainda sua liberdade.

Segundo o autor garantista, se um indivíduo inocente tiver razão para temer um juiz – por tudo o que se observa empiricamente nas ações arbitrárias policiais chanceladas pelo juízo –, isso está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos, calcados no fundamento da dignidade humana, que a legitimam.

Não é próprio dos tempos atuais que o princípio da presunção de inocência tenha sido ofuscado, se não completamente invertido. Desde as práticas inquisitórias desenvolvidas na Idade Média, no processo penal medieval, no caso da insuficiência da prova, a subsistência de uma mera suspeita ou de uma dúvida de culpabilidade equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e uma semicondenação a uma pena mais leve.

HOBBS, no início da Idade Moderna, já criticava tal sistemática, afirmando não entender como se poderia falar de delito sem que se tenha pronunciada uma sentença, nem como seria

Nessa mesma linha de raciocínio, BECCARIA¹⁰⁸ afirmou que um homem não poderia

¹⁰⁶ Como diria T. HOBBS em sua consagrada obra *O Leviatã*: “Todas as punições de súditos inocentes, sejam elas grandes ou pequenas, são contrárias à lei da natureza, pois a punição se dá só pela transgressão da lei, e por isso não pode existir pena para um inocente”.

¹⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 574.

¹⁰⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: RT, 1999.

ser chamado de réu antes de uma sentença judicial, nem a sociedade poderia lhe aplicar uma medida pública, senão quando fosse decidido que ele violou os pactos com os quais ela foi instituída.

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na França, foram adotados o princípio de submissão à jurisdição e a presunção de inocência do imputado no artigo 7º, considerando que ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas nessa prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado pela resistência¹⁰⁹. E segue, em seu artigo 9.º, prevendo que todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado, e se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.¹¹⁰

O princípio da presunção de inocência foi objeto de grandes críticas a partir do final do século XIX, quando houve um certo regresso autoritário da cultura penalista. O alvo de tal crítica se dava mais estritamente aos garantistas em matéria de liberdade do imputado na formação da prova.

A crítica mais incisiva ao princípio da presunção de inocência foi feita por V. MANZINI¹¹¹, que caracterizou o princípio como um “estranho absurdo excogitado pelo empirismo francês” e julgou a presunção “grosseiramente paradoxal e irracional.” Nesse mesmo sentido crítico, o Código Penal italiano de 1930, de Alfredo Rocco,¹¹² rechaçou “por completo a absurda presunção de inocência que alguns pretendiam reconhecer ao imputado”, liquidando-a como “uma extravagância derivada daqueles conceitos antiquados, germinados pelos princípios da Revolução Francesa, os quais levam as garantias individuais aos mais exagerados e incoerentes excessos.”

Percebemos, historicamente, que o desenvolvimento teórico e normativo do princípio da presunção de inocência se deu em paralelo, de forma estritamente

¹⁰⁹ Article 7 - Nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant ; il se rend coupable par la résistance.

¹¹⁰ Article 9 - Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.

¹¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 507.

conectada com a cada vez mais praticada detenção cautelar do imputado no transcorrer do processo. Como se pode observar, enquanto em Roma, após experiências alternadas, chegou-se a proibir por completo a prisão preventiva, na Idade Média, com o desenvolvimento do procedimento inquisitório, ela se tornou o pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão sob tortura (*per tormenta*). E só voltou a ser mitigada com o Iluminismo, simultaneamente à reafirmação do princípio “*nulla pena, nulla culpa sine iudicio*” e com a redescoberta do processo acusatório.

Assim, para HOBBS¹¹³, a prisão preventiva não é uma pena, mas um “ato de hostilidade” contra o cidadão, de modo que “qualquer dano que faça um homem sofrer, com prisão ou constrição antes que sua causa seja ouvida, além ou acima do necessário para assegurar sua custódia, é contrário à lei da natureza”. Para BECCARIA, a privação da liberdade não poderia preceder a sentença, senão quando a necessidade exigisse a custódia de um cidadão, devendo durar o menor tempo possível. Tal medida, para o mesmo autor, não poderia ser adotada senão com o fim necessário de impedir a fuga ou de não ocultar prova do crime. Vários doutrinadores criticaram o instituto, rotulando-o de “atroz”, “bárbaro”, “injusto” e “imoral”¹¹⁴, exigindo sua limitação, tanto em referência à duração, quanto aos pressupostos casos de “estrita necessidade” do processo.

Nenhum desses pensadores, contudo, chegou a propor de forma coerente a supressão do instituto cautelar. Para esses autores, é como se tal instituto fosse uma “injustiça necessária” ou como se sem ele fosse impossível proteger o direito e a sociedade. As justificativas para a “necessária” privação da liberdade seriam: perigo de fuga, deterioração das provas, quando o acusado não quisesse obedecer à citação, a gravidade do delito, quando a condição de domicílio e de honra do indivíduo o tornasse suspeito de fuga ou, até mesmo, por necessidade de segurança pública. Em suma, a prisão preventiva acabou sendo justificada por todo o pensamento liberal clássico, em nome de “necessidades” diversas relativas aos perigos de natureza processual e os de natureza penal.

A consequência dessa legitimação foi que a prisão preventiva arraigou-se

¹¹² Alfredo ROCCO foi ministro da justiça no governo fascista italiano de Benito Mussolini.

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 508.

¹¹⁴ DIDEROT, FILANGIERI, CONDORCET, PAGANO, BENTHAM, CONSTANT, LAUZÉ DI PERET E CARRARA. In FERRAJOLI, Luigi. *Idem*.

profundamente em todos os ordenamentos europeus, estando presente nas cartas constitucionais, consolidando-se nos códigos e estendendo-se às práticas, até atingir as bem conhecidas dimensões patológicas hodiernas.¹¹⁵ A desfiguração mais grave do instituto¹¹⁶ foi sua mudança de instrumento exclusivamente processual, destinado à “estrita necessidade” instrutória, para instrumento de prevenção e de defesa social, motivado pela necessidade de impedir que o imputado cometa outros crimes. Ao recair sobre o imputado uma presunção de periculosidade – baseada unicamente na suspeita da conduta delitiva, equivalendo, de fato, a uma presunção de culpabilidade e atribuindo à prisão preventiva as mesmas finalidades e o mesmo conteúdo aflitivo da pena –, resta enfraquecido o único argumento representado pelo sofisma de que tal instituto seria uma medida “processual”, “cautelar” ou até mesmo “não penal”, tendo-se, diferentemente, uma ilegítima pena sem juízo.

Na Itália, com o advento do fascismo, a prisão preventiva assumiu contornos de uma verdadeira medida de prevenção contra perigosos e suspeitos ou, pior, de uma execução provisória ou até mesmo antecipada da pena. Um dos elementos mais criticados pelos doutrinadores garantistas foi, sem dúvida, a criação da obrigatoriedade da prisão. Tal automatismo, produzido por essa obrigatoriedade (lembrando que se estava sob um regime fascista), implica uma presunção legal absoluta de periculosidade, pouco importando se de tipo processual (perigo de fuga ou de deterioração das provas) ou penal (perigo de novos delitos futuros por parte do imputado em liberdade); resolvia-se *ex lege* o problema dos critérios de aplicação da prisão preventiva.

Mesmo de forma irônica, MANZINI¹¹⁷ pôs em prova o princípio da presunção de inocência, ao questionar: “E, afinal, de que inocência se trata?... E então por que não se aplica o princípio com todas as suas consequências lógicas? Por que não abolir a prisão preventiva?”. Tal provocação foi repetida por toda a doutrina processualista italiana que, frente a isso, recuou na tendência garantística. Novamente, como no pensamento liberal clássico, tornou-se a invocar a “dura necessidade” e a lamentar a dolorosa “contradição”. E antes de se desejar saber se na verdade algum fim pode justificar os meios, foi-se à procura dos fins que, todavia o justificam, como se o meio fosse um fenômeno natural, não necessitando de fundamentação.

¹¹⁵ A banalização do instituto será melhor demonstrada estatisticamente no Título IV, no item de análise do sistema carcerário brasileiro;

¹¹⁶ Legitimada por PAGANO e CARRARA. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 509.

¹¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 512.

Para a doutrina garantista, capitaneada por FERRAJOLI, qualquer que seja o fim que se queira associar à prisão processual, contradiz na raiz o princípio de submissão à jurisdição, que não consiste na possibilidade de detenção apenas por ordem de um juiz, mas na possibilidade de o ser só com base em um julgamento. Além disso, toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendida como um ato de força e de arbítrio. Não há, de fato, qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança no Direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos, sem processo. Seria um paralogismo dizer que o cárcere preventivo não contradiz o princípio *nula poena sine indicio* ou a submissão à jurisdição em seu sentido mais lato, pois não se trata de uma pena, mas de outra coisa: medida cautelar, ou processual ou, seja como for, não penal.

A questão que se levanta é se a custódia preventiva seria realmente uma “injustiça necessária”, como pensavam CARRARA e BECCARIA, ou se, contrariamente, seria apenas produto de uma concepção inquisitória de processo, na qual o acusado se portaria em condição de inferioridade em relação à acusação, imediatamente sujeito à pena exemplar e, acima de tudo, presumido culpado.

Uma importante indagação levantada pela doutrina garantista seria a de identificar as “necessidades” – e não as meras conveniências – satisfeitas pela prisão sem juízo. A manifesta incompatibilidade, reconhecida pela doutrina garantista, entre o princípio da presunção de não culpabilidade e a finalidade de prevenção e defesa social se mostra notória, remetendo, a necessidade de tal prevenção, às políticas públicas e não aos institutos processuais penais. Restam as outras duas finalidades: a do perigo de deterioração das provas e a do perigo de fuga do acusado, já indicadas por BECCARIA e reconhecidas como únicas justificações da doutrina e da jurisprudência mais avançada.

Certamente esses argumentos atribuem ao instituto finalidades estritamente cautelares e processuais. Contudo, FERRAJOLI¹¹⁸ questiona se essas duas finalidades processuais, mesmo que legítimas, se justificam ou se mostram desproporcionais ao sacrifício imposto pelo meio de atingi-las. Ainda questiona, o autor italiano, se não existem meios pertinentes menos gravosos, que tornem “desnecessário” o recurso da prisão sem processo.

Objetivando descaracterizar a necessidade das medidas cautelares

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 511-514.

privativas de liberdade, a doutrina garantista ressalta que a necessidade de prevenir a deterioração das provas não deve ser confundida com a de interrogar o imputado e, até mesmo, a de obter-lhe a confissão no segredo da investigação. Tal esclarecimento nos parece óbvio, pois o interrogatório do imputado, numa sistemática acusatória, não é uma necessidade da acusação, mas um direito da defesa, que deve servir não para formar prova de culpabilidade, mas sim, para contestar a imputação e para permitir a defesa do acusado. Sua coercitividade cautelar, nesse prisma, se mostra desnecessária.

Contudo, parece-nos um tanto quanto forçada, embora não ilógica, a tentativa do autor italiano de desconstruir por completo o instituto cautelar processual. Embora não possamos vislumbrar aplicabilidade prática em tal propósito, cremos que se mostra pertinente tal raciocínio. Para FERRAJOLI, quando se tratar de crimes particularmente graves e complexos, a exigência instrutória é a de que, antes do interrogatório, o imputado não seja colocado em condição de alterar o estado das provas e de apresentar falsas defesas. Portanto, para o ilustre autor – e aqui reside nossa devida *vênia* para discordar simplesmente por motivos pragmáticos –, uma alternativa à custódia cautelar seria a simples condução coercitiva do imputado à presença do juiz e sua detenção pelo tempo estritamente necessário (horas ou, no máximo, dias, mas não meses ou anos) a sua interrogação, em uma audiência preliminar ou em um incidente probatório ou, ainda, para se realizarem as primeiras averiguações de suas justificativas. Tal medida, além de produzir uma limitação da liberdade pessoal incomparavelmente mais breve que a da custódia preventiva, teria menos repercussão pública e não produziria, ou pelo menos reduziria, aqueles efeitos difamatórios e infamantes da ação penal, os quais representam, hoje, um dos aspectos (extralegais e extrajudiciais) mais humilhantes e aflitivos de todo o sistema de punição.

O garantista italiano segue sustentando que ainda mais infundado seria a segunda “necessidade cautelar” como justificativa¹¹⁹ dessa prisão: o perigo de fuga do imputado. Postulado que a temida fuga pudesse acontecer, uma vez admitida a condução coercitiva ao juízo só depois do interrogatório, seria fácil também, segundo o autor, notar a circularidade do raciocínio nesse caso. O perigo de fuga, de fato, é principalmente provocado, mais que pelo medo da pena, mas pelo medo da prisão preventiva. Se não houvesse essa perspectiva, o imputado, ao menos até a véspera da condenação, teria todo interesse de não se refugiar e de se defender. Embora a

¹¹⁹ Cf. BECCARIA.

argumentação do autor seja bastante lógica e razoável, achamos forçosa sua conclusão, por carecer de fundamentos mais substanciais. Ora, se o medo resultasse da ciência de que o imputado poderia ser preso antes do julgamento, o mesmo receio se daria na véspera de seu julgamento, pois cremos que o motivador principal da fulga não se dá pelo momento da privação da liberdade – antes ou depois do julgamento –, mas sim pela própria privação.

Parece tentadora a concepção garantista de um processo sem prisão preventiva, no qual o imputado pudesse comparecer livremente perante seus juízes em primeiro grau de jurisdição, não só porque lhe seja assegurada a dignidade de cidadão presumido inocente, mas também por necessidade processual: para que ele esteja em pé de igualdade com a acusação e para que, depois do interrogatório e antes da audiência definitiva, possa organizar eficazmente sua defesa. Contudo, nem tudo é tão simples, como o próprio autor italiano diz¹²⁰; a única necessidade processual que poderia justificar uma coação momentânea seria a não deterioração das provas antes do primeiro interrogatório, que seria de certa forma suprida por uma condução coercitiva perante o juiz, como já visto e criticado acima.

Certamente, sobretudo para alguns crimes graves, reconhece-se que existiria o perigo de, mesmo após o primeiro interrogatório e as primeiras averiguações, o imputado adulterar as provas. Mas esse é um custo que o sistema penal, se quiser salvaguardar sua razão de ser, deve estar disposto a pagar, como afirma FERRAJOLI. A proposta que ele deixa, em alternativa à integral exclusão da prisão preventiva, seria a aplicação do instituto cautelar nos processos de crimes mais graves. Isso, fundamentado em exigências instrutórias motivadas, nas quais a mais leve restrição da liberdade por ela produzida não seria desproporcional ao valor dos bens ofendidos pelo delito que lhe deu causa, mas sim, justificada.

Nessa linha de raciocínio, depois do interrogatório, duas seriam as possibilidades: ou se conclui que existem provas adequadas de culpabilidade e não há razão para procrastinar o julgamento, conduzindo o imputado à presença do juiz para proceder ao debate seguido do julgam o imputado, tendo esse o direito de não ser privado de sua liberdade no correr do processo, podendo provar sua inocência de modo mais livre.

¹²⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 515.

Como já mencionado, um argumento no qual se baseiam muitos defensores da prisão preventiva – como instrumento público de combate e prevenção à violência – é o clamor social originado pela ânsia de que um delinquente ainda não julgado seja punido imediatamente. Isso se dá porque grande parte da opinião pública seguramente associa finalidades diretamente repressivas à prisão preventiva. Mas essa ideia do “bode expiatório”¹²¹, da vingança privada, como afirma FERRAJOLI, é justamente uma daquelas contra a qual nasceu o mecanismo do processo penal. E não serve esse para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas.

A responsabilidade civil do Estado por atos da função jurisdicional, no que se refere às medidas privativas de liberdade, deve ser analisada sob um olhar panorâmico da dogmática penal. O instituto indenizatório estatal deve caminhar conforme a moderna sistemática das garantias processuais penais, pois as culturas da justiça são múltiplas, frequentemente ambivalentes, às vezes conflitantes e, sobretudo, mutáveis. Assim, faz-se mister identificar, nas teorias, um fio condutor que leve ao real fundamento da responsabilidade civil do Estado. É o que continuamos a discutir no próximo capítulo, sobre os tópicos mais relevantes da teoria da prevenção geral positiva, no prisma da estabilização das normas e de um dos princípios mais gerais e importantes do Direito: a proporcionalidade.

CAPÍTULO XI – PREVENÇÃO GERAL POSITIVA E A DIGNIDADE HUMANA: ESTABILIZAÇÃO DAS NORMAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Como postulado normativo, a dignidade humana determina que, na interpretação e aplicação de outras normas, considere-se a imagem da pessoa traçada na Constituição. Dessa forma, podem ser analisadas as teorias de prevenção geral positiva

¹²¹ O bode expiatório era um animal apartado do rebanho e deixado só na natureza selvagem como parte das cerimônias hebraicas do *Yom Kippur*, o Dia da Expição, a época do Templo de Jerusalém. Este rito é descrito na Bíblia em Levítico, capítulo 16. Em sentido figurado, um "bode expiatório" é alguém que é escolhido arbitrariamente para levar (sozinho) a culpa de uma calamidade, crime ou qualquer evento negativo (que geralmente não tenha cometido). A busca do bode expiatório é um ato irracional de determinar que uma pessoa ou um grupo de pessoas, ou até mesmo algo, seja responsável de um ou mais problemas sem a constatação real dos fatos.

à luz do postulado normativo da dignidade humana, verificando-se se os princípios do Direito Penal, quando aplicados a tais teorias, consideram a imagem da pessoa delineada constitucionalmente.¹²²

As teorias de prevenção geral positiva, surgindo num momento de crise das ideias de prevenção especial positiva e de prevenção geral negativa, caracterizam-se pela atribuição, à pena, de uma finalidade de estabilização normativa. Destaca-se aí o princípio da proporcionalidade, critério segundo o qual são analisadas as concepções dos autores alemães escolhidos como paradigmas.¹²³

Após a grande euforia da prevenção especial positiva dos anos 50 e 60, a falta de capacidade do cárcere para cumprir as metas de reeducação, decorrente da impossibilidade de se educar, na prisão, para a liberdade, foi amplamente denunciada por estudos empíricos, que comprovavam não apenas a ausência de resultados positivos, mas principalmente o caráter criminógeno¹²⁴ do cárcere. A crise do Estado de Bem-Estar Social e a conseqüente escassez de recursos estatais também contribuíram para que se questionassem, politicamente, as despesas com o sistema penitenciário. Ao lado disso, a doutrina apontava a incompatibilidade entre as garantias decorrentes do Estado de Direito e a tentativa de imposição de valores morais ao reeducando.

A prevenção geral negativa, além da objeção kantiana fundada na instrumentalização da pessoa¹²⁵, não conseguia responder à crítica consistente na ausência de parâmetros para a delimitação da pena. Além disso, diante das elevadas “cifras ocultas”,¹²⁶ denotadas em estudos empíricos, seus efeitos passaram a ser bastante questionados.

As teorias absolutas, que tomam a retribuição moral ou a expiação como finalidade da pena, e as teorias de prevenção especial negativa, que advogam a neutralização do delinquente por meio de seu completo afastamento da vida em sociedade, também não eram consideradas respostas adequadas. Aquelas são

¹²² COSTA, Helena Regina Lobo. A dignidade humana: Teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 38.

¹²³ Winfried Hassemer, Claus Roxin e Günther Jakobs;

¹²⁴ Favorecendo mais ainda a instalação e manutenção de atos criminosos.

¹²⁵ As teorias retributivas, influenciadas pelos clássicos e pelas ideias de Kant, Hegel e Carrara, entendiam que o fundamento da pena era a simples retribuição, como uma exigência de justiça.

¹²⁶ A cifra oculta, chamada por alguns autores de cifra negra, constitui a relação de crimes ocorridos, mas não registrados pelos órgãos oficiais, ou seja, forma a diferença entre o número de crimes praticados e o número de crimes conhecidos pelas autoridades competentes. Logo, a criminalidade real é maior que aquela registrada oficialmente.

indiferentes a qualquer resultado útil da pena, seja com relação ao condenado ou à sociedade, buscando fins transcendentais ou metafísicos que não são da alçada do Estado Democrático de Direito; esbarram, tal como as teorias da prevenção geral negativa, na constatação das altas cifras ocultas, além de violarem frontalmente os direitos fundamentais ao tratarem o delinquente como objeto.

Diante desse cenário e sob a influência das ideias de LUHMANN e de DURKHEIM, começaram a ganhar força as teorias de prevenção geral positiva.¹²⁷ Essas teorias, que buscam superar as antinomias relacionadas à prevenção geral negativa e à prevenção especial positiva, caracterizam-se por atribuir, à pena, a finalidade de reforçar, nos sujeitos em geral, a confiança nas normas.

O estudo das teorias de prevenção geral positiva não pode ignorar a diversidade que buscou classificá-las em teorias ampliadoras ou fundamentadoras e teorias limitadoras. As primeiras valem-se da prevenção geral positiva para fundamentar a intervenção penal, ampliando-se a esfera de aplicação do Direito Penal; têm como principais expoentes Welzel e Jakobs. As últimas utilizam a prevenção geral positiva como um limite para a intervenção penal, tendo como representantes Hassemer, Zipf e Roxin.¹²⁸

As diferenças na formulação vão muito além da ampliação ou da limitação do âmbito de incidência do Direito Penal, já que variam quanto aos efeitos atribuídos à pena e também ao alcance e à natureza desses efeitos, proporcionando tentativas de superação da crise da finalidade da pena absolutamente diversas.

Dessa forma, foram escolhidos três autores representativos de diversas vertentes para serem analisados: Jakobs, Hassemer e Roxin. Cada um deles fornece respostas diferentes às antinomias teóricas e práticas das teorias de finalidade da pena, conforme vai ser estudado.

Ademais, este exame deve ser feito tendo em vista o contexto das reflexões de cada autor, especialmente a ancoragem do sistema construído por cada um,

¹²⁷ Deve-se observar que muitas das ideias presentes nas teorias de prevenção geral positiva já eram encontradas no final dos anos 60 e começo dos 70 na doutrina alemã. Todavia apenas em meados dos anos 70 é possível verificar uma estruturação mais elaborada, especialmente a partir de *Punishment and deterrence*, do norueguês Johannes Andenaes. Silva Sánchez, contudo, afirma já existirem estas teorias ainda que sem esta denominação em tempos bem anteriores, citando a décima primeira edição do *Tratado de Direito Penal alemão* de Welzel, de 1969 (*Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 227.) *Apud* COSTA, Helena Regina Lobo. Op. cit. p. 73.

¹²⁸ MIR PUIG, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva.

já que, como adverte MIGUEL REALE JÚNIOR, “a finalidade da pena há sempre de ser examinada no conjunto do pensamento do autor e não como questão isolada da compreensão acerca do direito, da ação humana e da sociedade.”¹²⁹

CAPÍTULO XII – O EFEITO DA ESTABILIZAÇÃO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Outro ponto fundamental para a análise da relação entre prevenção geral positiva e dignidade humana é o efeito atribuído à pessoa ou seja, a estabilização¹³⁰, que deve ser examinada à luz do princípio da proporcionalidade, interpretado com fundamento no postulado normativo da dignidade humana.

O princípio da proporcionalidade, de fundamental importância para o Direito Penal, impõe que entre a pena e o fim almejado com sua aplicação exista certa correspondência.

Esse princípio é formado por três elementos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A adequação determina que o meio aplicado deve ser idôneo para alcançar o fim; a necessidade estabelece a primazia das consequências menos gravosas para alcançar a finalidade, e a proporcionalidade, em sentido estrito, determina um balanceamento entre os benefícios do fim e malefícios do meio empregado.

Discorrendo sobre o princípio da proporcionalidade, HUMBERTO ÁVILA afirma que o princípio da proporcionalidade se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim. Daí, deve-se proceder a três exames fundamentais:

“o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (entre os meios para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).”¹³¹

Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. 39, fasc. II, Madrid. 1986. p. 51.

¹²⁹ *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 56.

¹³⁰ Termo utilizado para expressar as expectativas sociais na validade da norma violada. Confiança na ordem social.

¹³¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São

No âmbito do Direito Penal, cujo meio – a pena – é o mais gravoso de todo o ordenamento, o princípio da proporcionalidade ganha ainda maior relevância, especialmente quando interpretado à luz do postulado da dignidade humana. A pena só pode ser aplicada para a tutela dos valores mais caros à sociedade, em face de lesões de importância, caso se mostre apta, necessária e proporcional à tutela desses valores. Do contrário, viola-se frontalmente o princípio da proporcionalidade e, imediatamente, o postulado normativo da dignidade humana.

Imprescindível, pois, é que a pena seja útil. Conseqüentemente, o efeito de estabilização defendido pelas teorias de prevenção geral positiva deve ser minimamente verossímil, não se podendo aplicar uma sanção penal visando a alcançar um efeito claramente inviável. Uma pena inútil, que não se presta a reafirmar a vigência dos valores mais relevantes de uma determinada sociedade, não é legítima num Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade humana.

Considerando que a normatização das penas se dá de forma política, pela função legiferante do Estado, o princípio da proporcionalidade tem uma aplicação decisiva no controle constitucional das normas penais. GILMAR FERREIRA MENDES¹³² considera a possibilidade de o vício de inconstitucionalidade substancial, decorrente do excesso de poder legislativo, constituir um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno.¹³³ Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo.¹³⁴

O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador.

Paulo: Malheiros, 2003. p. 104-105.

¹³² Foi Advogado-Geral da União, sendo empossado ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) em 20 de junho de 2002, por indicação de Fernando Henrique Cardoso, então Presidente da República do Brasil. Foi presidente do STF de 2008 a 2010. Foi considerado pela *Revista Época* um dos 100 brasileiros mais influentes do ano de 2009.

¹³³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1a ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 246.

¹³⁴ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., págs. 617-618; SCHNEIDER, Hans. *Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen*, in: Starck, Christian (org.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen, 1976, vol. 2, pág. 392. *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.* p. 246.

O Tribunal Constitucional Federal alemão¹³⁵, em outubro de 1951, afirmou que sua competência limitava-se à apreciação de legitimidade de uma norma, sendo-lhe defeso cogitar sobre sua conveniência.¹³⁶ Contudo, “a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial”.¹³⁷

A discricionariedade, no âmbito da legislação, traz em seu conceito a dupla ideia de liberdade e de limitação. Reconhece-se, ao legislador, o poder de conformação dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas. Veda-se, porém, o excesso de poder¹³⁸ em qualquer de suas formas.

A doutrina identifica como típica manifestação do excesso do poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade¹³⁹ ou da proibição de excesso¹⁴⁰, que se revela mediante contradição, incongruência, irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade ou ao princípio da proibição em excesso a qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito.

A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no Direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade¹⁴¹ e a adequação¹⁴² da providência legislativa.

Assim, em decisão proferida em março de 1971, o *Bundesverfassungsgericht* declarou que o princípio do Estado de Direito proíbe leis restritivas inadequadas à consecução de seus fins, acrescentando que “uma providência legislativa não deve ser já considerada inconstitucional por basear-se em um erro de prognóstico”.¹⁴³

O Tribunal Constitucional alemão explicitou, posteriormente, que os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com sua utilização, o evento pretendido pode ser

¹³⁵ *Bundesverfassungsgericht*;

¹³⁶ *Zweckmäßigkeit*;

¹³⁷ BVerfGE, 1:15.

¹³⁸ *Verbot der Ermessensmissbrauchs*;

¹³⁹ *Verhältnismäßigkeitsprinzip*;

¹⁴⁰ *Übermassverbot*;

¹⁴¹ *Erforderlichkeit*;

¹⁴² *Geeignetheit*;

alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais.¹⁴⁴

A aferição da constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador. É o que se constata na decisão do *Bundesverfassungsgericht*, na qual, após se discutirem aspectos relativos à eficácia e adequação de medidas econômicas consagradas em ato legislativo, concluiu-se que o legislador não havia ultrapassado os limites da discricionariedade que lhe fora outorgada.

O Tribunal alemão reconheceu que o estabelecimento de objetivos e a definição dos meios adequados pressupõem uma decisão de índole política, econômica, social ou político-jurídica. Esse juízo inerente à atividade política parece ter determinado uma postura cautelosa do Tribunal no exame relativo à adequação das medidas legislativas. A inconstitucionalidade de uma providência legal por objetiva desconformidade ou inadequação aos fins somente pode ser constatada em casos raros e especiais¹⁴⁵.

Embora reflita a delicadeza da aplicação desse princípio no juízo de constitucionalidade, tal orientação não parece traduzir-se numa mitigação absoluta quanto ao controle da adequação das medidas legislativas aos fins constitucionalmente perseguidos.

Uma lei será inconstitucional, por infringente ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, diz o *Bundesverfassungsgericht*, “se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas.”¹⁴⁶

No Direito português, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido como princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*), foi erigido à dignidade constitucional, consagrando-se, no artigo 18º, 2, do Texto Magno, que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos

¹⁴³ BVerfGE, 25:1 (12).

¹⁴⁴ BVerfGE, 30:292(316), 39:210(230-1), in: MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 248.

¹⁴⁵ BVerfGE, 39:210 (230-1) – *Bei Anwendung dieser in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Grundsätze wird die Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Massnahme aus dem Gesichtspunkt der objektiven Zweckuntauglichkeit nur selten und in ganz besonders gelagerten Fällen festgestellt werden können.*

¹⁴⁶ BVerfGE, 39:210(230-1) SCHNEIDER, Zur Verhältnismässigkeitskontrolle..., in STARCK, Bundesverfassungsgericht, cit., pág. 398. *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 249.

expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

O princípio da proibição de excesso, tal como concebido pelo legislador português, afirma CANOTILHO, “constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador.”

Portanto, a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Essa orientação que, conforme MENDES, permitiu converter o princípio da reserva legal no princípio da reserva legal proporcional, pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, como também a adequação desses meios à execução dos objetivos pretendidos e à necessidade de sua utilização.

O subprincípio da adequação¹⁴⁷ exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

Em outros termos, o meio não é necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele concomitantemente adequada e menos onerosa. MENDES ressalta que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação; apenas o que é adequado pode ser necessário, mas nem sempre o que é necessário pode ser inadequado. Segundo esse autor, PIEROTH e SCHLINK ressaltam a maior relevância da prova da necessidade, frente ao teste da adequação. Logo, uma vez positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste da necessidade se revelar negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais pode afetar o resultado definitivo ou final.

O juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida deve resultar de um rigoroso equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos

perseguidos pelo legislador. MENDES aponta ser possível que a própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de avaliação ou de ponderação que devem ser adotados. Contudo, advertem PIEROTH e SCHLINK¹⁴⁸ que, nem sempre a doutrina e a jurisprudência se contentam com essas indicações fornecidas pela Lei Fundamental, incorrendo no risco ou na tentação de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz. Tendo em vista esses riscos, continua MENDES, procura-se resolver a questão com base nos outros elementos do princípio da proporcionalidade, enfatizando-se, especialmente, o significado do subprincípio da necessidade. A proporcionalidade, em sentido estrito, assumiria, assim, o papel de um “controle de sintonia fina”,¹⁴⁹ indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.

Assim, através desses balizadores constitucionais e sob uma ótica penal, como o princípio da culpabilidade deve servir de freio às necessidades preventivas – e, portanto, úteis – da pena, a pena inútil não pode ser imposta, ainda que diante de culpabilidade.

Ressalte-se que, com isso, não se está afirmando que o efeito estabilização das normas só pode ser dogmaticamente admitido se comprovado e demonstrado empiricamente. O que o princípio da proporcionalidade exige é que haja, ao menos, uma probabilidade, a qual pode ser verificada com base num juízo prognóstico, de efeitos preventivos reais e concretos.

A grande dificuldade de demonstração empírica dos efeitos preventivo-positivos da sanção penal não pode ser ignorada. Algumas elaborações teóricas, em razão de conceberem o efeito de estabilização como puramente normativo, sequer podem ser empiricamente verificadas. As vertentes que atribuem um conteúdo concreto ao efeito de estabilização também não escapam de dificuldades relacionadas ao grande número de variáveis; muitas dessas são desconhecidas, muitas não são mensuráveis e incidem na prevenção de delitos.

Isso porque a estabilização das normas jurídicas, por meio de sua reafirmação, depende não apenas da aplicação de uma sanção quando a norma for violada, mas principalmente da compreensão de que aquela norma tem um conteúdo de

¹⁴⁷ Geeignetheit;

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 251.

¹⁴⁹ *Idem.*

justiça.

Transpondo essa ideia para o âmbito da obediência às normas, verifica-se que não basta a aplicação da sanção para que a pessoa se motive a obedecer a uma determinada norma. O conteúdo da norma é, também, de fundamental importância, devendo ser relevante para o destinatário.

Dessa forma, para que se alcance ao menos um provável efeito preventivo real e concreto e se respeite, por conseguinte, o princípio da proporcionalidade, interpretado com fundamento na dignidade humana, deve a teoria de prevenção geral positiva prever um conteúdo mínimo de justiça nas normas a serem estabilizadas.

Do contrário, pode-se não apenas não se alcançar qualquer efeito de prevenção positiva, mas até causar o contrário: a completa desconfiança da sociedade no ordenamento jurídico-penal. Se a pena for aplicada para punir condutas de forma indiscriminada, inclusive para a tutela de valores que não possuem relevância fundamental para a organização social, ela acaba por perder sua carga simbólica, não levando ao discernimento entre as condutas seriamente lesivas à convivência social e as condutas leves.

A desconfiança pode se agravar ainda mais diante do caráter seletivo do sistema penal. Essa seletividade decorre da impossibilidade absoluta de os órgãos policiais e judiciais operarem contra todas as práticas de crimes. Como exemplifica ZAFFARONI,¹⁵⁰ “se todos os furtos, todos os adultérios, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado.”

Por não ser possível atuar em face de todos os crimes, o sistema penal seleciona seu alvo com base em critérios discriminatórios, especialmente nos preconceitos e estereótipos que guiam a ação dos órgãos policiais e judicantes, que procuram “a verdadeira criminalidade principalmente naqueles estratos sociais dos quais é normal esperá-la.”¹⁵¹

¹⁵⁰ In: COSTA, Helena Regina Lobo. op. cit. p. 149.

¹⁵¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*/ tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 176.

Dessa forma, os órgãos do sistema penal têm “espaço legal” para atuar em face de qualquer habitante, mas escolhem de forma seletiva contra quem irão atuar, ou seja, aquelas camadas menos abastadas da sociedade.

Os tipos penais arbitrários, que não guardam relação com bens jurídicos relevantes, apenas agravam o poder seletivo do sistema penal, como assevera ZAFFARONI: “Os órgãos legislativos, inflacionando as tipificações, não fazem mais do que aumentar o arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema penal e seus pretextos para o exercício de um maior poder controlador.”¹⁵²

Em tais tipos penais, nos quais se torna mais visível a seletividade do sistema, a aplicação da pena, em razão da prática de uma conduta em si descrita, pode gerar um efeito de desconfirmação ou até mesmo de revolta quanto ao conteúdo da norma, em vez de um efeito de estabilização normativa.

Buscando uma maior confirmação doutrinária quanto à aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, na qual se exige uma certa correspondência entre a pena e o fim almejado com sua aplicação, analisam-se as formulações de Hassemer, Roxin e Jakobs.

11.1. Winfried Hassemer

WINFRIED HASSEMER define a estabilização da norma como finalidade da sanção penal, aduzindo que “a norma de comportamento somente poderá sobreviver quando sua violação seja pública e energicamente corrigida, quando fique claro que infração à norma não será aceita ou tolerada, mas sim que o autor será condenado, e que nós confiaremos na norma e não permitiremos sua negação.”

A estabilização normativa, segundo esse autor, deve ter eficácia concreta. Ele explica que as atuações da justiça penal devem chegar de modo claro e verossímil à população, para que normas se estabilizem na realidade cotidiana. Dessa forma, já se pode concluir que a clareza e a segurança normativa penal, assim como a efetividade da sanção, são essenciais para a consecução da finalidade da pena; normas obscuras e impunidade impedem qualquer estabilização normativa concreta.

Outro ponto importante para a estabilização, conforme HASSEMER,

¹⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 4ª. ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 26.

reside em que ela não se produz apenas pela criminalização ou agravamento das penas, mas também pela descriminalização e pela atenuação das penas. Para se estabilizarem, as normas devem convencer os destinatários sobre sua idoneidade, e isso ocorre também com o sistema penal, que precisa se mostrar adequado e em perfeita sintonia com as normas processuais.

É evidente que HASSEMER considera o conteúdo uma norma essencial para se alcançar a desejada estabilização por meio da pena. Esse conteúdo deve ser buscado, segundo o autor, na própria sociedade, especialmente em seus processos de controle social:

“As possibilidades que tem o Direito Penal de alcançar estas metas preventivas gerais [positivas] residem, em grande parte, estreita dependência que tem com outros processos e setores de controle social. Com maior energia e com maior publicidade que outras instâncias de culturização e socialização, o sistema jurídico penal através da cominação penal e da execução da pena, afirma e assegura as normas que em cada sociedade respectiva são consideradas indispensáveis”.¹⁵³

HASSEMER respeita, portanto, o princípio da proporcionalidade, pois estabelece que a estabilização normativa precisa ser real e concreta, justificando a imposição da pena em virtude de sua utilidade e lembrando que ela só pode ser aplicada, quando presente a culpabilidade, nunca superando a medida dessa.

Mas é preciso analisar, ainda, se HASSEMER não reduz o efeito de estabilização ao atendimento cego e irrefletido dos sentimentos sociais (momentâneos, irracionais e por definição emocionais) diante da criminalidade, especialmente diante da atuação dos instrumentos de comunicação de massa. De nada adiantaria definir um conteúdo material e exigir a concretude da estabilização, se o Direito Penal se colocasse a serviço, de forma impensada, dos anáixonados sentimentos sociais. A resposta a essa questão é fornecida pelo próprio autor, quando afirma:

“As ‘necessidades retributivas’ da comunidade são um dado que o Direito Penal e a crítica do Direito Penal não podem deixar mal interpretadamente na obscuridade, como se o julgamento moral fosse uma função da ignorância. Mas o sistema penal tampouco pode simplesmente seguir estas necessidades, acolhendo-as, devendo as elaborar estrategicamente [...] o Direito Penal deve canalizar estas

¹⁵³ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos Del Derecho Penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: BOCH, 1984. p. 393.

necessidades, neutralizá-las e amortizá-las.”¹⁵⁴

Apesar de não detalhar como se dá a elaboração das necessidades preventivas, HASSEMER defende que o Direito Penal não deve seguir cegamente os anseios sociais, tendo de racionalizá-los.

Conclui-se, portanto, que sua construção respeita o princípio da proporcionalidade, interpretado à luz do postulado da dignidade humana. Cabe ressaltar, ainda, que o autor é bastante cuidadoso com relação à estabilização. Apesar de afirmar que ela precisa ser concreta, reconhece as dificuldades de sua comprovação empírica, destacando que não se pode deduzir a legitimidade do Direito Penal apenas das necessidades preventivas.

11.2. Claus Roxin

A concepção de CLAUS ROXIN está fundada na ideia de que o Direito Penal deve se ancorar na política criminal. A finalidade da pena resulta de uma composição dos objetivos preventivos, predominando a prevenção geral positiva. Ele rechaça qualquer aspecto retributivo.

ROXIN não explicita, em sua obra, o significado que imprime à estabilização normativa;¹⁵⁵ destaca que a pena deve assegurar a fiel submissão da população ao Direito, sem detalhar, entretanto, se esse fenômeno deve se verificar concretamente ou no âmbito comunicacional.

Todavia, a partir de uma análise geral de seu pensamento e, especialmente, do diálogo que ele trava com a obra de Jakobs, pode-se concluir que o fenômeno da estabilização normativa, para ROXIN, deve ser concreto.

Tal conclusão se extrai não apenas de sua permanente preocupação com um Direito Penal voltado para as consequências, o que permeia toda a sua construção teórica, mas também de sua tese, de que as categorias dogmáticas devem ter capacidade de acolher a realidade empírica.

Não poderia ser diferente com os fins da pena, aduzindo o autor que “as considerações preventivo-gerais para a fundamentação e a medida da pena seriam ilegítimas se se partisse de que o Direito Penal e a pena não têm efeitos preventivo-

¹⁵⁴ *Idem.* p. 363.

gerais. Porque uma política criminal razoável depende das repercussões sociais reais das medidas de controle.”¹⁵⁶ Especificando essa afirmativa para a prevenção geral positiva, resta evidente que não se coaduna, com o pensamento de ROXIN, um efeito de estabilização normativa meramente teórico, no plano funcional sistêmico.

Roxin, ao dedicar alguns artigos à análise e ao diálogo com a obra de Jakobs, destaca, em todos eles, que a grande diferença entre seu pensamento e o de Jakobs reside na orientação empírica característica de sua concepção, em oposição à abstração teórica do funcionalismo sistêmico:

“Outra diferença substancial entre meus esforços no plano dogmático e sistemático e os objetivos de Jakobs reside em que, para mim, trata-se de converter as premissas de um Estado liberal e social de Direito em categorias dogmáticas e em soluções de problemas jurídicos, enquanto que, nos pressupostos sistemático-teóricos de Jakobs, não existe nenhum conteúdo nem orientação político-criminal.”¹⁵⁷

Constatado que a estabilização normativa deve ter um substrato empírico, deve-se ressaltar que ROXIN extrai o conteúdo da norma penal principalmente das necessidades de política criminal. Esse conteúdo, se por um lado garante concretude, quando aproxima o Direito Penal da realidade, pode fazer com que ele se torne objeto de manobra da política criminal. Essa é, por definição, decisionista e necessariamente sujeita a súbitas alterações, eliminando a segurança jurídica e a justiça das normas penais. Como analisado, isso pode fazer com que o efeito de estabilização se perca, e a pena transmute-se em sofrimento inútil, comprometendo a dignidade humana pela violação do princípio da proporcionalidade.

Contudo, ROXIN não adota um modelo exclusivamente voltado para as consequências. Ele orienta para uma política criminal valorativa, que integre também as garantias formais e materiais do Direito Penal.¹⁵⁸

Ele limita, em sua obra, a consecução de objetivos de política criminal por meio dos princípios reitores do Direito Penal, destacando nesse sentido o princípio da subsidiariedade, e também pela “natureza das coisas”, ou seja, impõe à política criminal barreiras ontológicas.

¹⁵⁵ COSTA, Helena Regina Lobo. Op. cit. p. 153.

¹⁵⁶ ROXIN, Claus. *Política criminal y dogmática jurídico penal en la actualidad*. In: _____. La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Trad. Carmen Gómez Rivero; María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 86-87.

Dessa forma, pode-se concluir que a teoria da prevenção geral positiva desenvolvida por ROXIN respeita o princípio da proporcionalidade interpretado à luz da dignidade humana, pois centra suas atenções nos efeitos concretos e reais da pena, conferindo a ela um conteúdo mínimo de justiça.

11.3. Günther Jakobs

Ao analisar a proteção das expectativas normativas por meio da pena, GÜNTHER JAKOBS esclarece que ela ocorre por três modos distintos: o exercício de confiança na norma, o exercício de fidelidade ao direito e o exercício de aceitação das consequências.

O autor, ao elucidar o significado da pena, afirma: “a pena – como a infração da norma – não deve ser entendida como um acontecimento exterior. A pena denota que a significação do comportamento do infrator não é determinante e que o determinante continua sendo a norma”.¹⁵⁹

A estabilização normativa deve ocorrer no plano teórico, pouco importando se efeitos psicológicos serão produzidos ou não, o que é considerado secundário pelo autor, que aduz: “Secundariamente, a pena pode impressionar de tal modo aquele que sofre ou terceiros, que estes se abstenham de realizar delitos futuros. Estes efeitos, ocorridos não por reconhecimento da norma, mas sim por medo, apesar de desejáveis, não são função da pena.”¹⁶⁰

Aspectos concretos da estabilização não integram a finalidade da pena para JAKOBS, razão pela qual ele critica os estudos empíricos sobre a prevenção geral positiva, considerando-os “deslocados.”¹⁶¹

Verifica-se, portanto, que sua teoria não consagra efeitos concretos da prevenção geral positiva, da mesma forma que não prevê qualquer conteúdo material mínimo para as normas serem estabilizadas.

¹⁵⁷ *Idem.* p. 53.

¹⁵⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Op. cit. p. 106.

¹⁵⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho penal – Parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. 2ª. edição alemã Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madri: Marcial Pons, 1995. p. 13.

¹⁶⁰ *Idem.* p. 19.

¹⁶¹ JACKOBS, Günther. *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1996. p. 19.

Assim, a estabilização normativa por ele proposta viola o princípio da proporcionalidade interpretado à luz da dignidade humana, porque submete a pessoa a uma sanção extremamente gravosa, a pena, sem que se realize um exame à luz do critério de utilidade vinculado ao princípio da proporcionalidade.

Além disso, a ausência de um conteúdo valorativo mínimo pode fazer com que a aplicação da pena, em vez de estabilizar as normas e reforçar a crença geral em sua validade, cause desconfiança, se a conduta punida não tiver gravidade social suficiente, conforme aludido por HASSEMER.

Logo, pelo que vimos e comparativamente às teorias de HASSEMER e de ROXIN, a teoria de JAKOBS se mostra incompatível com o princípio da proporcionalidade interpretado à luz do postulado normativo da dignidade humana, já que não exige um mínimo de utilidade concreta da pena.

Em suma, verificamos, neste capítulo, que o critério de necessidade e de adequação da intervenção penal, elementos intrínsecos ao princípio da proporcionalidade, ganham lugar também na teoria da pena. Diferentemente, apenas quando as outras formas de controle social não forem aptas para responder a determinadas lesões a valores sociais, a intervenção penal pode se legitimar. Do contrário, as normas penais perderão sua força como resposta mais grave e enérgica, deteriorando também seu significado e impedindo sua estabilização.

A prevenção geral positiva, se construída sobre um alicerce concreto e não meramente teórico, também exige que apenas os valores mais relevantes sejam tutelados pelo Direito Penal. Esse, como o meio mais formal e institucionalizado de controle social, deve ter normas voltadas para as condutas que atentem mais gravemente contra os valores mais caros à sociedade.

Tal valoração, de igual modo, deve ser aplicada no âmbito processual penal, no qual o potencial caráter ofensivo das medidas cautelares privativas de liberdade é latente, antes mesmo de um julgamento. Na esteira desta inversão – na qual a exceção vira regra –, cremos que o instituto da responsabilidade civil do Estado tem uma função fundamental na prevenção geral positiva, por militar contra a arbitrariedade do Estado-juiz. Nesse, aplicam-se, infundadamente, medidas privativas de liberdade, desconfigurando a excepcionalidade do instituto cautelar e ferindo direitos fundamentais do indivíduo.

CAPÍTULO XIII – A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS DA FUNÇÃO JURISDICIONAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA À DIGNIDADE HUMANA

Como já visto, o Estado de Direito, com a Declaração dos Direitos do Homem em 1789¹⁶², representou uma relevante superação das estruturas do Estado de Polícia. O artigo 5º, §1º da CEDH estabelece que toda a pessoa tem direito à liberdade e à segurança, e ninguém pode ser privado de sua liberdade, a não ser nos casos elencados no próprio artigo, conforme o procedimento legal:¹⁶³

- a) Se for preso em consequência de condenação por tribunal competente;
- b) Se for preso ou detido legalmente, por desobediência a uma decisão tomada, em conformidade com a lei, por um tribunal, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita pela lei;
- c) Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infração, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infração ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido;
- d) Se se tratar da detenção legal de um menor, feita com o propósito de o educar sob vigilância, ou da sua detenção legal com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente;
- e) Se se tratar da detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicômano ou de um vagabundo;
- f) Se se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição.”

Nos parágrafos seguintes, o mesmo artigo estabelece que qualquer pessoa presa deve ser informada, no mais breve prazo e em língua que compreenda, sobre as razões de sua prisão e de qualquer acusação formulada contra ela.

Em seu terceiro parágrafo, o artigo diz que qualquer pessoa presa ou

¹⁶² Article 7 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen- *Nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant; il se rend coupable par la résistance.*

¹⁶³ *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, texte integral et protocols presents par Franck Moderne. Dalloz, 2006.

detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea “c”, deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou a outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais, tendo o direito de ser julgada, num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. Garante ainda, o artigo, que qualquer pessoa privada de sua liberdade, por prisão ou detenção, tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que esta se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade de sua detenção e ordene sua libertação, se a detenção for ilegal.

Por fim, e aqui é que mais nos interessa, o parágrafo 5 do artigo 5º da CEDH declara que qualquer pessoa vítima de prisão ou detenção, em condições contrárias às disposições desse artigo, tem direito à indenização.

Resta evidente e de forma exaustiva, que a atual democracia exige um sistema político que coloca o indivíduo no protagonismo de sua da relação com o Estado. Um supra-sistema de garantias surge, como já mencionado por FERRAJOLI,¹⁶⁴ para tutelar os direitos fundamentais, os quais representam valores, bens e interesses, materiais e políticos, que fundam e justificam a existência do Direito e do Estado, desfrutável a todos e constituindo a base substancial da democracia.

Como observado no capítulo anterior, o esforço dos movimentos de prevenção geral positiva na busca da racionalização das penas, utilizando-se de princípios de proporcionalidade, busca uma correspondência entre a pena e o fim almejado. Utilizando-se de critérios principiológicos de adequação e necessidade, constatamos que qualquer meio capaz de tolher a liberdade do indivíduo não será necessário, se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele mais adequada e menos onerosa, violando-se, assim, o princípio da proporcionalidade.

Ora, nessa quadra de garantias fundamentadas na dignidade da pessoa humana, por percebermos o esforço da dogmática penal e processual penal em construir um supra-sistema garantidor de um mínimo existencial ao indivíduo, a responsabilidade civil extracontratual do Estado surge como instrumento concretizador.

Ao possibilitar uma indenização pela violação dos direitos fundamentais e pela distorção de institutos cautelares, o instituto da responsabilidade civil do Estado, por danos decorrentes do exercício da sua função jurisdicional, figura um instrumento

¹⁶⁴ FERRAJOLI, op. cit. p. 28 e 29.

imprescindível e limitador à arbitrariedade estatal.

Nomeadamente, aos atos de privação injustificada da liberdade, há que se ponderar duas indissociáveis ordens de razões: por um lado, o respeito aos direitos e às garantias dos cidadãos usuários do serviço público de justiça, em que pese a razão de ser desse; por outro lado, a necessidade de garantir, ao julgador, o exercício sereno e equilibrado de seu cargo, pondo-o a salvo de qualquer coação ou constrangimento provocados pelo receio de cometer um ato ilícito e culposo, gerador da obrigação de indenizar um terceiro lesado.¹⁶⁵ Vejamos cada uma dessas ordens:

a) Responsabilidade civil e o respeito pelos direitos e garantias dos cidadãos usuários do serviço público de justiça

Com vistas a facilitar e a tornar mais célere a efetivação material da responsabilidade civil, pelo fato da função jurisdicional, cremos que a via mais adequada é o estabelecimento de um instituto que prescindia da comprovação da culpa (dolo ou negligência), como pressuposto decisivo da constituição da obrigação indenizatória, embora podendo sempre o lesante elidir sua responsabilização demonstrando a culpa do lesado, bem como o caso fortuito ou de força maior.

Apesar de serem diversos os fundamentos que militam a favor dessa solução, a responsabilidade objetiva pelo risco, seja por ter sob seu controle a atividade jurisdicional, seja por ser uma fonte de danos exorbitantes aos riscos sociais, ou por criar um risco em benefício exclusivo do interesse público, mostra-se o instituto mais apropriado, pela peculiar imputação do prejuízo.

Para que tal responsabilidade ser conforme ao instituto, necessário se faz a análise dos seus pressupostos:

i) Do Fato

Embora se não possa considerar uma atividade perigosa, no sentido industrial, rodoviário ou de viação aérea, a função jurisdicional também apresenta progressivamente maior probabilidade de causar danos aos particulares que a ela recorrem. Vários fatores concorrem para essa situação, seja pela ânsia do legislador de tudo regular ao pormenor, em grande parte motivado por circunstâncias e clamores sociais, tornando cada vez mais complexa a interpretação dos textos legais; seja por uma

¹⁶⁵ PEREIRA, João Aveiro. *A Responsabilidade Civil por Actos Jurisdicionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 113.

conflitualidade crescente, traduzida em mais processos judiciais, contribuindo para a saturação do sistema, resultando num pragmatismo judicial temerário.

ii) Do Dano

Tais condições de trabalho potencializam o risco de disfunções do sistema e, por conseguinte, a ocorrência de danos, com ou sem culpa dos seus autores materiais.

A injusta privação da liberdade, só por si, constitui um dano especialmente grave e anormal por natureza. O simples fato de um indivíduo, sendo inocente – independentemente do seu fundamento findo o processo –, ter sua liberdade cerceada em nome de uma garantia processual, mostra-se violador de princípios consagrados da dignidade humana e da presunção de inocência. Tal fato é suficiente para causar um dano anormal ao cidadão, que deverá buscar uma compensação pecuniária do Estado por tamanho constrangimento.

Embora influenciado por uma cultura carcerária brasileira, SÉRGIO PITOMBO assevera que

“A prisão traz hoje, consigo risco de mal grave, perigo de lesão intensa. Sem esquecer a quebra da dignidade da pessoa humana. As celas, nos Distritos Policiais, tornaram-se jaulas obscenas e perigosas. Impossível ignorar o que todos sabem e ninguém contesta. E mais; aquém da grade, o tempo não se conta em dias, nem sequer em horas, porém em minutos. Prisão é constrangimento físico, pela força ou pela lei, que priva o indivíduo de sua liberdade de locomoção. Prisão indevida, portanto significa, antes de tudo, ilegalidade e invasão lesante do status dignitatis e libertatis. O dano moral dela decorrente é in re ipsa. Vale assentar, surge inerente à própria prisão. Dano que se mostra intrínseco, pois.”¹⁶⁶

A estrutura do processo penal deve ser tal que se reduza ao mínimo o risco de erro e o sofrimento injusto que dele deriva. Todos os mecanismos de proteção que busquem amenizar o sofrimento e os riscos que ele encerra são um imperativo de justiça.

iii) Nexo de causalidade

O juiz, através da supressão dos fatos não determinantes para a

¹⁶⁶ Voto nº 6276 do Desembargador Sergio Pitombo, proferido no julgamento da Apelação Cível nº 054.432.5/0-00, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

ocorrência do dano, alcança a causa deste. É necessário estabelecer se o Estado-juiz não lançou mão dos cuidados necessários para um juízo axiológico de presunção de culpabilidade, de uma correta e coerente apreciação dos pressupostos fáticos motivadores da medida acautelatória.

Há um erro grave na atividade investigatória e nos pressupostos fáticos, sempre que se afasta o direito à liberdade e a presunção de inocência e se aplica uma medida de prisão, sem que se verifique qualquer crime ou se identifique que esse crime não foi praticado por aquele agente.

De igual forma, necessário é observar se para o indivíduo ser privado da sua liberdade, não concorreram as causas justificadoras de responsabilidade civil do Estado, como: caso fortuito ou de força maior, culpa do lesado ou responsabilidade de terceiro. Deve-se, nesse caso, apurar em que proporção cada uma delas, bem como o risco criado pela administração, concorreu para o dano. Todavia, vale ressaltar que, se a causa justificadora da responsabilização estatal ocorrer por culpa do lesado e se, com sua atitude, não houve a determinação completa para o resultado, mas apenas uma contribuição, inexistente a total exclusão da responsabilidade do Estado.

b) Responsabilidade civil em relação aos juízes

No tocante aos agentes concretos dessa função, os magistrados, e em específico os juízes, acreditamos que a responsabilidade deva ser deslocada da reparação dos danos causados aos particulares para o domínio da tutela disciplinar. Isso porque, não só sua solvabilidade é reduzida na dimensão dos prejuízos que podem ocorrer no caso de interesses muito elevados, como a ameaça de eles verem seu patrimônio em risco de execução pode, com maior ou menor probabilidade, afetar sua capacidade de decisão.

Para FERRAJOLI,¹⁶⁷ essa forma de responsabilidade, comportando sanções patrimoniais equivalentes à medida do dano econômico provocado, se mostra imprópria e perversa. Segundo o autor, a relação entre dano patrimonial e culpa é própria do mundo dos negócios, mas não à administração da justiça. E em um Estado de Direito baseado na igualdade, ela deve ser cuidadosamente evitada. Devemos caminhar num sentido de que todos os danos injustos causados aos cidadãos pelo Estado sejam objetivamente ressarcidos. Contudo, em outro sentido, as culpas dos juízes deveriam ser

sancionadas, prescindindo-se dos danos provocados.

Uma responsabilidade civil pela totalidade do dano, continua o autor, arriscaria intimidar e paralisar a função judiciária na persecução de toda alta e rica criminalidade dos poderosos e produzir, em vez de uma grande responsabilização e melhora da prestação jurisdicional, uma fuga dos juízes das responsabilidades do juízo.

Verificamos isso, sobretudo num Estado moderno, sem fronteiras, no qual a criminalidade está cada vez mais entrelaçada com o capital financeiro. Não seria razoável pedir a um juiz que arriscasse seu patrimônio em ressarcimentos impagáveis, decidindo e sentenciando os incontáveis delitos, como os de falência fraudulenta, peculato, falsidade contábil, abuso de autoridade, corrupção ativa e passiva, etc., envolvendo poderosos políticos e empresários.

O perigo de dever ressarcir integralmente o dano comprometeria o exercício da função judicial, com todas as suas garantias de imparcialidade e de isonomia, envolvendo o juiz nos interesses das partes em conflito e fazendo regredir a justiça a formas de discriminação classista, direcionadas à pequena delinquência dos mais pobres. Além disso, uma ação civil contra o juiz poderia transformar-se em instrumento impróprio de impugnação de suas sentenças ou pior, em um fácil meio de recusa.

Não defendemos aqui uma “irresponsabilidade civil” por parte do juiz, visto que permaneceria sua responsabilidade limitadamente às violações intencionais, em havendo dolo, ou de erro grave, como o que já é previsto em quase todos os ordenamentos. Tal limitação, em regra, subordina-se ao filtro de autorizações de órgãos disciplinares, para se resguardar e prevenir ações de danos puramente instrumentais por parte de autoridades judiciárias ou, pior, do governo.

É na responsabilidade disciplinar, salvaguardada por garantias idôneas, que percebemos a forma mais apropriada de responsabilização jurídica dos juízes. Antes de tudo, porque prevê, taxativamente, como ilícitos disciplinares hipóteses de violação judiciária dos direitos de defesa e contraditório do indivíduo, como por exemplo: interrogatórios defeituosos segundo os termos da lei, acareações irregulares, prisões preventivas infundadas e outras. Em seguida, tal responsabilização se mostra apropriada por permitir, de forma clara e objetiva, ao cidadão que se acredita injustamente lesado, o

¹⁶⁷ Luigi Ferrajoli. op. cit. p. 552.

poder de ação disciplinar e, portanto, de acusação, perante os órgãos da justiça disciplinar.

Acreditamos ser a responsabilidade disciplinar mais eficaz e mais pertinente que uma responsabilidade civil, cujo valor seria irreal. Uma responsabilidade disciplinar, que poderia nos casos graves chegar à expulsão, seria mais eficaz, porque um juízo público – promovido pela parte ofendida frente a um órgão colegiado de caráter disciplinar, do qual também fazem parte membros estranhos à classe judicial – tem, seguramente, maior credibilidade, por estar menos exposto ao corporativismo do julgamento monocrático cível, no qual o juiz estaria sendo julgado por outro colega. Por fim, mais pertinente seria uma ação disciplinar por não comprometer o desinteresse e a imparcialidade do juiz, ao passo que no caso de violações graves, o magistrado julgado culpado seria removido, em vez de condenado a ressarcimentos impossíveis.

É, portanto, na responsabilização disciplinar do juiz, em lugar da responsabilização civil, que acreditamos haver o instrumento capaz de promover a maior busca desses magistrados, no sentido de uma melhor prestação jurisdicional; eles se preocupariam mais com a qualidade e respeito aos direitos fundamentais do cidadão, utente e destinatário do serviço público.

É necessário encarar a responsabilidade civil essencialmente do ponto de vista dos interesses constitucionalmente protegidos do indivíduo e centrar neles toda a filosofia da reparação, em vez de se olhar, predominantemente, para a autoridade específica do Estado, o administrador e o aplicador da justiça, de forma quase intocável na prática, perante os cidadãos a quem se dirige. Por outro lado, é imperioso considerar a aplicação do direito nos tribunais, através da tutela jurisdicional, principalmente como atividade prestadora de um serviço de primeira necessidade e, por corolário, tratar a responsabilidade como um custo dessa atividade, a ser suportado pela entidade em nome de quem é exercida.

TÍTULO IV – A INDENIZAÇÃO POR PRIVAÇÃO DA LIBERDADE: PERSPECTIVA COMPARATÍSTICA NO CENÁRIO EUROPEU

O conteúdo do artigo 6.º, n.º 2 do Tratado da União Europeia estabelece que a União respeitará os direitos fundamentais garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH, 1950) e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, como princípios gerais do Direito Comunitário. De igual forma, os direitos ou liberdades fundamentais, que regem a detenção antes do julgamento, e as alternativas a essa detenção, são determinadas pela CEDH: artigo 5.º, 1 “Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança”; artigo 6.º, 2 “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido provada”.

Um conjunto uniforme comum de garantias processuais é um requisito prévio para assegurar uma aplicação eficaz e justa das medidas relativas à cooperação judiciária em matéria penal. Num cenário europeu, faz-se urgente a adoção de um instrumento jurídico comum às salvaguardas processuais em processo penal, com base no princípio da presunção de inocência.

Conforme se verificou, exhaustivamente, neste itinerário, há que se considerar a prisão preventiva uma medida excepcional, objeto de um exame rigoroso à luz do direito à liberdade e da presunção de inocência. Não deve ser, em caso algum, compulsória nem sua aplicação deve se dar por razões punitivas. Por conseguinte, na fase que antecede o processo judicial, deverá ser dada preferência, tanto quanto possível, às medidas de controle não privativas de liberdade.

Como ocorre na maioria dos ordenamentos, a privação de liberdade na fase que antecede o julgamento só pode, em princípio, ser imposta como *extrema ratio*, para evitar três situações clássicas: perigo de fuga, perigo de destruição de provas e perigo de reincidência.

Num espaço europeu comum de justiça, sem fronteiras internas, é necessário tomar medidas para garantir que um suspeito não residente no Estado em que se deve realizar o julgamento não seja objeto de tratamento diferenciado daquele que é

reservado a um suspeito residente.¹⁶⁸

Pretendemos analisar aqui, através do estudo do regime jurídico aplicável em alguns Estados-Membros da UE, o instituto de responsabilidade civil do Estado, nomeadamente das medidas processuais de detenção provisória, bem como a aplicabilidade dos mecanismos indenizatórios nos casos em que o indivíduo, preso provisoriamente, tenha sido absolvido ao final do processo.

CAPÍTULO XIV – RECOMENDAÇÃO 2006/13 DO CONSELHO DA EUROPA

O Comitê de Ministros do Conselho da Europa, considerando a fundamental importância da presunção de inocência e o direito à liberdade, editou, em 27 de setembro de 2006, a Recomendação 2006/13 para os Governos dos Estados-Membros.¹⁶⁹ Visando a que tais Estados assegurem a prática baseada nos princípios estabelecidos no anexo dessa recomendação, o referido Comitê ponderou sobre os motivos fundantes desta edição, conforme se segue:

- “i) Pela consciência dos danos irreversíveis que pode causar a prisão preventiva do indivíduo posteriormente declarado inocente, e pelo impacto negativo que tal detenção pode ter nas suas relações familiares;
- ii) Por conta das consequências financeiras da detenção do indivíduo para o Estado, e por razões de economia em geral;
- iii) Pelo número considerável de pessoas em prisão preventiva e os problemas levantados pela superpopulação carcerária;
- iv) Levando-se em conta a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, os relatórios do Comitê para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes e os pareceres do órgãos de controle dos instrumentos das Nações Unidas relativas ao ser humano;
- v) Por considerar a necessidade de garantir a utilização da prisão preventiva de forma sempre excepcional e justificada;
- vi) Tendo em conta os direitos e liberdades fundamentais de

¹⁶⁸ Cf. Relatório sobre o projeto de Decisão-Quadro do Conselho respeitante à aplicação, entre os Estados-Membros da União Europeia, do princípio do reconhecimento mútuo às decisões sobre medidas de controle como alternativa à prisão preventiva (17002/2008 – C6-0009/2009 – 2006/0158(CNS)) - (Nova consulta) Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos. Relator: Ioannis Varvitsiotis. 19.3.2009.

¹⁶⁹ **Recommandation Rec(2006)13 du Comité des Ministres** aux Etats membres concernant la détention provisoire, les conditions dans lesquelles elle est exécutée et la mise en place de garanties contre les abus (adoptée par le Comité des Ministres le 27 septembre 2006, lors de la 974^e réunion des Délégués des Ministres).

todos os indivíduos privados de liberdade, a necessidade especial de lhes assegurar a sua ampla defesa, de manter seus vínculos familiares e de não serem mantidos em condições incompatíveis com o seu *status* jurídico presumindo-se inocente;

vii) Por considerar a importância do desenvolvimento de normas internacionais que regem as circunstâncias justificadoras da prisão preventiva, os procedimentos através dos quais é estabelecido ou mantido e as condições de detenção de pessoas, e os mecanismos de prática efetiva dessas normas.”

O anexo à Recomendação 2006/13 trata de regras relativas à utilização da prisão preventiva, das condições em que é executada e do estabelecimento de garantias e salvaguardas contra as arbitrariedades do Estado.

Em síntese, as regras contidas na recomendação visam a: estabelecer limites rigorosos sobre a utilização da prisão preventiva; incentivar a aplicação de medidas alternativas, sempre que possível; exigir que a detenção provisória, as medidas alternativas e sua manutenção sejam decidida por uma autoridade judicial; assegurar que as condições de detenção dos presos preventivos são adequadas a seu estatuto jurídico; exigir a disponibilização de instalações e implementação de uma gestão adequada à detenção de pessoas detidas; garantir a aplicação de salvaguardas eficazes contra possíveis violações de regras.

Essas regras têm em conta os direitos e liberdades fundamentais de todas as pessoas, mas também e especialmente: a proibição da tortura e de tratamentos desumanos ou degradantes; o direito a um julgamento justo e os direitos à liberdade, à segurança e ao respeito pela vida privada e familiar, aplicados a todas as pessoas suspeitas de terem cometido um delito.

O Comitê de Ministros, ao editar tal recomendação, definiu “prisão preventiva” como qualquer período de detenção de um suspeito, ordenado por uma autoridade judicial antes da condenação. Significa, também, qualquer período de detenção seguindo as regras em matéria de cooperação judiciária internacional e de extradição. O termo, de igual forma, se aplica a qualquer período de detenção depois da condenação, quando o indivíduo, ainda em fase de recurso, aguarda a confirmação da sua condenação ou sentença, devendo, portanto, ser tratado como indivíduo não condenado.

Na seção que trata dos princípios gerais da recomendação, além da

presunção de inocência, o Comitê estabelece que a prisão preventiva de suspeitos de crimes deve ser tratada como exceção e não como regra e que a prisão preventiva de um suspeito de um crime não deve ser obrigatória.

Deve-se recorrer à prisão preventiva, ainda tratando-se dos princípios da recomendação, somente quando estritamente necessário, não devendo ela ser utilizada para propósitos punitivos. E para evitar o uso inadequado de prisão preventiva, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa recomenda que os Estados-Membros disponham do maior leque possível de alternativas de medidas menos restritivas, aplicáveis à conduta de um suspeito.

Pessoas sob custódia devem ficar sujeitas a condições adequadas ao seu *status* jurídico (inocente), ou seja, que não haja outras restrições além daquelas necessárias à administração da justiça, da segurança da instituição, da segurança dos presos e funcionários, da proteção dos direitos de terceiros, etc.

No que pertine à indenização, aspecto que interessa ao instituto da responsabilidade civil do Estado por atos da função jurisdicional neste trabalho, a Recomendação 2006/13, no item 34, 1 do anexo,¹⁷⁰ estabelece que a indenização deve ser considerada nos casos em que os indivíduos submetidos à prisão preventiva não sejam culpados pelo crime a eles imputado. Tal reparação poderia compensar a perda de uma renda, de uma oportunidade ou de um prejuízo moral. No entanto, não é devida indenização se se comprovar que a conduta do indivíduo contribuiu decisivamente para a legitimidade da medida privativa de sua liberdade.¹⁷¹

CAPÍTULO XV – LEI ALEMÃ SOBRE COMPENSAÇÃO PROCESSUAL – GESETZ ÜBER DIE ENTSCHÄDIGUNG FÜR STRAFVERFOLGUNGSMABNAHMEN (STRÉG)

Na Alemanha, após uma inicial fase de irresponsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da atividade jurisdicional, a responsabilidade civil clássica só veio a ser consagrada pela lei de 20 de maio de 1848. Tal lei foi ampliada em 14 de julho de 1904, passando a abranger os prejuízos sofridos preventivamente por

¹⁷⁰ Indemnisation - 34. [1] Une réparation doit être envisagée dans le cas où des prévenus ne sont pas reconnus coupables de l'infraction pour laquelle ils ont été placés en détention provisoire. Cette réparation pourrait compenser une perte de revenus, la perte d'une chance et un préjudice moral.

¹⁷¹ 34.[2] Aucune indemnité n'est due au prévenu lorsqu'il est établi soit que son comportement a contribué activement à la légitimité des soupçons à son encontre, soit qu'il a délibérément entravé l'enquête relative l'infraction alléguée.

presos, cujos processos terminassem com a declaração de sua inocência ou com o arquivamento.

Ocorre que, mesmo com a ampliação da referida responsabilidade, a indenização poderia ser afastada, se o lesado tivesse concorrido para a lesão de forma culposa, com má-fé, com imoralidade, com embriaguez total ou, ainda, se tivesse estado preso nos três anos imediatamente anteriores à prisão ou não estivesse no pleno uso dos seus direitos civis. Além disso, somente os danos patrimoniais eram objeto de responsabilização, afastando-se a reparação pelos danos morais, situação que se manteria com a lei de 8 de março de 1971 BGBL IS.¹⁷²

Só no início do séc. XX, no Direito alemão, foi que houve previsão de ressarcimento de detenções preventivas ou das aplicações de outras medidas de coação que causassem danos injustos. Essa previsão incluía: embargo de bens, inibição profissional temporária, detenção em instituição psiquiátrica, apreensão de bens.¹⁷³

A responsabilidade do Estado-Juiz só poderia decorrer da prestação jurisdicional penal; porém, não era necessária a anulação da sentença condenatória. De outro lado, permaneciam requisitos negativos que impediam o ressarcimento, como por exemplo o fato de a absolvição ter ocorrido, meramente, por motivos processuais (ex.: prescrição) ou pela inimputabilidade do autor do crime, etc.

Com a Segunda Grande Guerra, levantou-se o problema da responsabilidade do Estado pela atuação ilícita e culposa do juiz, a qual se concretizou mediante uma interpretação doutrinária do artigo 34 da Lei Fundamental de Bonn.¹⁷⁴ Esse artigo estabeleceu que:

“Se alguém viola, no exercício de uma função pública a ele confiada o seu dever oficial para com o terceiro, responde em princípio o Estado ou a corporação cujo serviço se encontra. No caso de dolo ou culpa lata reserva-se o regresso. Para a pretensão de indenização e para o regresso, não pode a via

¹⁷² CATARINO, Luis Guilherme. A responsabilidade do Estado pela administração da justiça: O Erro Judiciário e o Anormal Funcionamento. Coimbra: Almedina, 1999. p. 91.

¹⁷³ O conceito de detenção adotado se amplia, compreendendo providências diversas das medidas de custódia. Coppetta, *La riparazione per ingiusta detenzione*, p. 347. *Apud* Luís Guilherme Catarino, *ob. cit.*, p. 92.

¹⁷⁴ **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland** – Der Bund und die Länder – art. 34. *Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden.*

jurídica ordinária ser excluída”¹⁷⁵.

Em suma, esse artigo determina que a violação dos deveres a serem praticados de ofício atribui a responsabilidade ao Estado e não ao funcionário. Disso, infere-se que o lesado deva demandar diretamente o Estado, o qual tem assegurado o direito de regresso em face do agente lesante, nos casos de dolo ou culpa grave.¹⁷⁶

A evolução verificada com a Constituição de Bonn e pela lei de 26 de junho de 1981, na Alemanha, demonstra que foi aperfeiçoada a responsabilidade exclusiva do Estado por prejuízo injusto ocasionado ao lesado. Nesse sistema, a vítima não propõe ação direta contra o magistrado com a finalidade de resguardar a independência judicial. No entanto, caberia a ação de regresso perante o julgador somente nos casos de ilícito intencional.

Em 26 de junho de 1981, a Alemanha já tinha uma lei sobre a responsabilidade do Estado, em face dos danos injustos decorrentes de atos dos funcionários públicos, inclusive dos juízes no exercício de suas atribuições. Tal lei já abrangia os danos morais e os lucros cessantes.

Atualmente, a solução adotada na Alemanha é a prevista no parágrafo 2º da lei de indenização decorrente de processos, *Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen*:¹⁷⁷ indenizar todos os arguidos que tenham estado presos preventivamente e sejam absolvidos ou cujo processo seja arquivado ou não seja recebido pelo tribunal de julgamento. Em 2006, seriam pagos onze euros pelo dano imaterial causado por cada dia de detenção.¹⁷⁸

CAPÍTULO XVI – O ARTIGO 314 DO CODICI DI PROCEDURA PENALE ITALIANO

No sistema italiano, o que existia era a irresponsabilidade do Estado-Juiz acrescida da responsabilidade pessoal do magistrado, em face de atos funcionais

¹⁷⁵ Tradução de Vaz Berra, *Responsabilidade civil do Estado e dos seus órgãos os agentes*, p. 467. Apud Luis Guilherme Catarino. op. cit. p. 93.

¹⁷⁶ Alessandro Giuliani e Nicola Picardi. *La responsabilità civile dello stato giudice*. p. 16. Apud Luis Guilherme Catarino. Op. cit. p. 95.

¹⁷⁷ **§ 2 Entschädigung für andere Strafverfolgungsmaßnahmen** – (1) Wer durch den Vollzug der Untersuchungshaft oder einer anderen Strafverfolgungsmaßnahme einen Schaden erlitten hat, wird aus der Staatskasse entschädigt, soweit er freigesprochen oder das Verfahren gegen ihn eingestellt wird oder soweit das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen ihn ablehnt.

¹⁷⁸ Claus Roxin / Hans Achenbach, 2006. p. 77. Apud ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2ª ed. atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. p. 617.

dolosos, fraude e concussão, praticados no exercício de suas funções. Até 1947, só estava prevista a responsabilidade estatal para a hipótese de absolvição em processo de revisão de decisão condenatória.¹⁷⁹

O *CODICI DI PROCEDURA PENALE* (CPP), de 1913 exigia, para o ressarcimento pelo Estado, que o recorrente não tivesse sido condenado duas ou mais vezes e, ainda, que sua conduta não tivesse induzido o tribunal a erro.

Foi com o artigo 28 da Constituição de 1947 que se estabeleceu a responsabilidade civil dos funcionários e agentes da Administração Pública pela prática de atos ilícitos. O artigo 28 da Constituição italiana prevê que “os funcionários e os empregados do Estado e dos entes públicos são diretamente responsáveis, segundo as leis penais, civis e administrativas, pelos atos que violem direitos. Em tais casos, a responsabilidade civil se estende ao Estado e aos entes públicos.”¹⁸⁰

O referido artigo trouxe, também, a responsabilidade do Estado substitutiva, que, segundo CAPPELLETTI, deve ser vista como uma “extensão” e não como uma “exclusão” da responsabilização direta pessoal dos agentes estatais.¹⁸¹

Algumas decisões da Corte de Cassação interpretaram o artigo 28 da Constituição italiana de forma restritiva, condicionando a existência da responsabilidade do Estado à verificação dos mesmos requisitos da responsabilidade pessoal do juiz, aplicando regras processuais civis.¹⁸²

No seu artigo 24, a Constituição italiana de 1947 avança e prevê a

¹⁷⁹ Martin-Rebollo. *La responsabilidad dei Estado por el funcionamiento de la Administracion de Justicia en Francia y en Italia*. p. 1854. *Apud* Luis Guilherme Catarino. op. cit. p. 77.

¹⁸⁰ Paolo Nacci, *Il principio costituzionale della riparazione degli errore giudiziari*, in *Diritti e societa*. p. 524. *Apud* Luis Guilherme Catarino. op. cit. p. 80. Art. 28 – *I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilita' civile si estende allo Stato e agli enti pubblici*.

¹⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1989. p. 56.

¹⁸² De acordo com Cappelletti, este artigo teve uma interpretação restritiva de parte da Seção Unida da Corte de Cassação (acórdão de 6 de nov. de 1975, n. 3719) segundo a qual só era possível a responsabilidade civil do Estado quando houvesse responsabilidade pessoal do juiz. A Corte Constitucional em acórdão de 14 julho de 1966, determina que o art. 28 da Constituição de 1947 aplica-se aos juízes. Também para a doutrina “...o art. 28 da Constituição de 1948 tinha por objeto não apenas a actividade da Administração, mas igualmente da Administração da Justiça; o juiz tal como um funcionário, exerce um serviço público, como tal reconduzível ao princípio geral de responsabilidade do Estado estatuída no art. 28”- Cirillo – Sorrentino. Todavia, após este acórdão a interpretação de parte da doutrina e da Corte de Cassação foi no sentido de excluir os juízes do âmbito de abrangência do art. 28. Paolo Nacci, *Il principio costituzionale della riparazione degli errore giudiziarih in Diritto e societa*, p. 524. *Apud* Luis Guilherme Catarino. op. cit. p. 60-65.

responsabilidade por erro judiciário, criando um direito subjetivo à reparação. Estabelece, o referido artigo, que “todos podem atuar em juízo pela tutela dos próprios direitos e interesses legítimos. A lei determinará as condições e o modo para a reparação do erro judiciário.”¹⁸³

Os artigos 571 a 574 do CPP italiano, alterados pela Lei 504, de 23 de maio de 1960, adotaram uma posição mais restritiva que a norma constitucional de 1947, pois previram apenas a reparação aos danos causados por erro clássico (absolvição decorrente de recurso de revisão penal), sem abranger todas as hipóteses de erros, inclusive a prisão preventiva injusta.

Os tribunais, diante dessa situação, constroem interpretações de inconstitucionalidade dos artigos já mencionados e a possibilidade de reparação por sentença absolutória com melhores fundamentos.¹⁸⁴ Trata-se de uma interpretação em consonância com a Constituição.

Fruto de um referendo, foi promulgada a Lei 117, de 13 de abril de 1988.¹⁸⁵ Tal Lei consagra a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional. RONALDO BRÊTAS C. DIAS ressalta seus pontos principais: a) o Estado responde pelo dano causado por dolo, culpa grave do juiz ou denegação de justiça; b) o juiz e o Estado respondem pelo dano consequente de crime cometido pelo magistrado no exercício de sua função; c) em ambos os casos, o Estado tem ação regressiva em face do juiz; d) o juiz cujo comportamento é verberado no processo indenizatório não pode ser chamado a integrá-lo, mas pode intervir em qualquer fase processual; e) a ação indenizatória, em face do Estado, deve ser proposta depois de esgotados os meios ordinários de impugnação, no prazo decadencial de dois anos.

A responsabilidade por prisão preventiva ocorreu em 1988, com a alteração dos artigos 314 e 315 do *Codice di Procedura Penale*. Isso se deu devido à disseminação do pensamento de ARTURO ROCCO, que asseverava o seguinte, sobre as limitações à liberdade individual: “durante a instrução são sempre justas e legítimas,

¹⁸³ Art. 24. *Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa e' diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni iurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.*

¹⁸⁴ Sentença da Corte Costituzionale de 2 de fevereiro de 1978 citada por Martín-Rebollo, *Jueces y responsabilidad del Estado*. p. 61. *Apud* Luis Guilherme Catarino. op. cit. p. 82.

¹⁸⁵ Alessandro Giuliani e Nicola Picardi salientam que o objeto do referendo era a responsabilização pessoal do magistrado, não do Estado (objeto principal da lei). *Apud* Luís Guilherme Catarino. op. cit. p. 88.

mesmo que, desafortunadamente, se culpe um inocente”.¹⁸⁶

De acordo com a redação do artigo 314 do CPP italiano, admite-se a reparação por detenções cautelares, de forma que quem for absolvido por sentença irrevogável, porque o fato não existiu, por não tê-lo cometido ou porque o fato não constitui crime ou não é previsto na lei como tal, tem direito a uma reparação pela custódia cautelar, salvo se tiver concorrido ou dado causa por dolo ou culpa grave.¹⁸⁷

A atual redação do artigo 314 do CPP italiano evoluiu da sentença da *Corte Costituzionale* n.º 109, de 2 de abril de 1999, que declarou sua ilegitimidade constitucional na parte em que não previa a indenização da detenção sofrida por quem vem a ser absolvido.¹⁸⁸

A responsabilização do Estado pela atividade jurisdicional na Itália abrange, além dos atos tipicamente jurisdicionais, em sentido estrito, os atos praticados fora da função jurisdicional, por auxiliares da função jurisdicional.

CAPÍTULO XVII – TRATAMENTO DA MATÉRIA NO *CODE DE PROCÉDURE PÉNALE* FRANCÊS

Na França, o regime de indenização em razão de detenção provisória, baseado na Lei n.º 70-643, de 17 de julho de 1970, foi substancialmente alterado pelas Leis n.º 2000-516, de 15 de Junho, e n.º 2000-1354, de 30 de Dezembro de 2000.

O antigo regime, consubstanciado no artigo 149 do *Code de Procédure Pénale* em 1970, estabelecia o cabimento de indenização à pessoa que tivesse sofrido uma detenção preventiva durante o curso de um processo findado por uma decisão de arquivamento, de relaxamento ou de absolvição transitada em julgado, quando tal medida tiver causado um prejuízo manifestamente anormal, de uma particular

¹⁸⁶ Arturo Rocco, in Roberto Vanni, *Nuovi profici della riparazione dell'errore giudiziario*. p. 27. Apud Luis Guilherme Catarino. op. cit. 84.

¹⁸⁷ Art. 314. *Presupposti e modalità della decisione*. 1. *Chi è stato prosciolto con sentenza irrevocabile perché il fatto non sussiste, per non aver commesso il fatto, perché il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, ha diritto a un'equa riparazione per la custodia cautelare subita, qualora non vi abbia dato o concorso a darvi causa per dolo o colpa grave.*

¹⁸⁸ *La Corte costituzionale con sentenza 2 aprile 1999 n. 109 ha dichiarato l'illegittimità del presente comma nella parte in cui non prevede che chi è stato prosciolto con sentenza irrevocabile perché il fatto non sussiste, per non avere commesso il fatto, perché il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, ha diritto a un'equa riparazione per la detenzione subita a causa di arresto in flagranza o di fermo di indiziato di delitto, entro gli stessi limiti stabiliti per la custodia cautelare.*

gravidade.¹⁸⁹ A exigência de demonstração de tais prejuízos foi eliminada pela Lei nº 96-1235, de 30 de dezembro de 1996.

Antes da reforma, uma comissão de indenização, composta por juízes do Tribunal de Cassação, tinha a faculdade para conceder a compensação, de acordo com o caso em concreto.

Segundo as novas disposições do regime, à pessoa que tiver sido objeto de prisão preventiva durante um processo contra ela, o qual tenha sido arquivado, relaxado ou tenha havido absolvição com o trânsito em julgado, é devida a compensação, a seu pedido, pela integralidade dos danos materiais e morais causados a ela por tal detenção. A decisão deve ter sido tomada após 16 de junho de 2000, data em que a Lei entrou em vigor.¹⁹⁰

No entanto, nenhuma compensação é devida sempre que o arquivamento, relaxamento ou absolvição for baseado unicamente pelo reconhecimento:

- i. da inimputabilidade do recorrente, na acepção do artigo 122-1 do Código Penal;¹⁹¹
- ii. ou da anistia após a aplicação da prisão preventiva;
- iii. ou na prescrição da ação pública, se esta ocorrer após a libertação da pessoa;
- iv. quando a pessoa tenha sido detida, ao mesmo tempo da detenção provisória, por outras razões;

¹⁸⁹ “*Sans préjudice de l'application des dispositions des articles 505 et suivants du Code de procédure civile, une indemnité peut être accordée à la personne ayant fait l'objet d'une détention provisoire au cours d'une procédure terminée à son égard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement devenue définitive, lorsque cette détention lui a causé un préjudice manifestement anormal et d'une particulière gravité.*”

¹⁹⁰ Article 149 CPP - *Sans préjudice de l'application des dispositions des articles L. 141-2 et L. 141-3 du code de l'organisation judiciaire, la personne qui a fait l'objet d'une détention provisoire au cours d'une procédure terminée à son égard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement devenue définitive a droit, à sa demande, à réparation intégrale du préjudice moral et matériel que lui a causé cette détention. Toutefois, aucune réparation n'est due lorsque cette décision a pour seul fondement la reconnaissance de son irresponsabilité au sens de l'article 122-1 du code pénal, une amnistie postérieure à la mise en détention provisoire, ou la prescription de l'action publique intervenue après la libération de la personne, lorsque la personne était dans le même temps détenue pour une autre cause, ou lorsque la personne a fait l'objet d'une détention provisoire pour s'être librement et volontairement accusée ou laissé accuser à tort en vue de faire échapper l'auteur des faits aux poursuites. A la demande de l'intéressé, le préjudice est évalué par expertise contradictoire réalisée dans les conditions des articles 156 et suivants. Lorsque la décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement lui est notifiée, la personne est avisée de son droit de demander réparation, ainsi que des dispositions des articles 149-1 à 149-3 (premier alinéa).*

¹⁹¹ Article 122-1 – *N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable ; toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime.*

- v. quando uma pessoa tenha sido detida provisoriamente, estando livre e voluntariamente se culpa, ou se deixa acusar, visando ocultar da acusação o verdadeiro autor do fato delituoso;

A indenização concedida, ao abrigo do regime supra, será custeada pelo Estado, exceto se a privação de liberdade ou sua prorrogação tenha se baseado em denúncia de má-fé ou por falsa testemunha.¹⁹²

A Comissão de Indenização considera, para efeitos de indenização, que somente o dano causado pela privação de liberdade pode ser reparado nos termos do artigo 149 do Código de Processo Penal; aqueles que são resultado de processos penais específicos ou de outras medidas de segurança além da prisão não se enquadram aí.¹⁹³

A questão que se coloca é a da natureza restritiva dos casos de exclusão da indenização. Na medida em que o legislador previu, limitando taxativamente os casos de exclusão, cremos que o indivíduo, logicamente, tem direito à indenização em todos os outros casos.

¹⁹² Article 150 - *La réparation allouée en application de la présente sous-section est à la charge de l'Etat, sauf Le recours de celui-ci contre le dénonciateur de mauvaise foi ou le faux témoin dont la faute aurait provoqué la détention ou sa prolongation. Elle est payée comme frais de justice criminelle.*

¹⁹³ Decisão de 21 de novembro de 2002, No. 02 PDR 052.

TÍTULO V – RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS DA FUNÇÃO JUDICIÁRIA NUMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA

CAPÍTULO XVIII – A INDENIZAÇÃO POR PRIVAÇÃO DA LIBERDADE NO DIREITO PORTUGUÊS

17.1. Normas constitucionais aplicáveis

Apesar de não fazer uma referência expressa a ele, entende-se que o artigo 22º da Constituição da República Portuguesa (CRP)¹⁹⁴, ao estabelecer um princípio geral de responsabilidade patrimonial do Estado por fatos ilícitos e culposos, abrange também a responsabilidade civil por fato da função jurisdicional. Um corolário desse princípio é, desde logo, a expressa previsão de um dever de indenizar relativamente à privação da liberdade, contra o disposto na Constituição e na lei e à condenação penal injusta. Esses preceitos constitucionais referem-se a situações de erro judiciário, que resultem de prisão preventiva ilegal ou injustificada, bem como de condenação penal que, através do competente processo de revisão, se conclua de ter sido proferida indevidamente.

Por sua vez, o artigo 22º da CRP, ao consagrar um princípio geral de responsabilidade por ações ou omissões ilícitas de titulares de órgãos do Estado, funcionários ou agentes de que resultem violações de direitos, liberdades e garantias, dá cobertura não só a outras formas de responsabilidade por ato praticado no funcionamento da administração da justiça, quando os danos puderem ser imputáveis a juízes, a outros órgãos de justiça, como os do Ministério Público, a funcionários de justiça ou ao serviço judicial de forma mais ampla. Aqui se incluem danos que resultem de prescrição de procedimento criminal ou de não prolação de decisão jurisdicional em prazo razoável.

A afirmação da responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas no artigo 22º da CRP tem uma dimensão subjetiva¹⁹⁵, não se esgotando como mera garantia institucional. Pode-se afirmar que, em certo sentido, o direito fundamental

¹⁹⁴ Artigo 22º - (Responsabilidade das entidades públicas) – O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

¹⁹⁵ Jorge Miranda. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

à reparação de danos tem uma dimensão principiológica. O reconhecimento do papel reservado ao legislador democrático, na densificação do artigo 22º da CRP, não é, porém, incompatível com a subjetivação do princípio da responsabilidade.

A evidente e importante função reparadora que o instituto da responsabilidade é chamado a desempenhar e a inserção do artigo 22º da CRP na parte dos direitos fundamentais revelam que o legislador constitucional configura a resposta ao problema da indenização, não apenas como um princípio objetivo, mas também como um instrumento fundamental de proteção aos particulares.

O artigo 27º da CRP consagra a garantia do direito do indivíduo à liberdade e à segurança¹⁹⁶. Estabelece, ainda, no nº 2 do referido artigo, o princípio geral de que a privação da liberdade só é legítima quando resultar de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.¹⁹⁷

Enumeram-se, em seguida, no nº 3, as situações excepcionais em que se admite a privação da liberdade fora dos casos elencados no nº 2, situações taxativamente indicadas, nas quais se incluem: na alínea a), a detenção em flagrante delito e na alínea b), a detenção ou prisão preventiva por fortes indícios da prática de um crime doloso, ao qual corresponde pena de prisão, cujo limite máximo seja superior a três anos.

As situações excepcionais previstas no artigo 27º nº 3 constituem restrições absolutamente tipificadas. O estabelecimento de qualquer outra eventual restrição que não se enquadre em tais exceções é totalmente ilegal, gerando, ao Estado, o ônus de indenizar o lesado nos termos que a lei estabelecer, conforme disposto no artigo 27º nº 5.¹⁹⁸

Por tal motivação, o artigo 28º, nº 2 da CRP, estabelece que a prisão preventiva não deverá ser mantida sempre que possa ser substituída por caução ou por qualquer outra medida mais favorável prevista na lei.

Só a partir de 1988, com a entrada em vigor do novo Código de Processo

¹⁹⁶ Art. 27º - (Direito à liberdade e à segurança) – 1. Todos têm direito à liberdade e à segurança.

¹⁹⁷ Art. 27º - 2. Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.

¹⁹⁸ Art. 27º - 5. A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer.

Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n° 78/87 de 17 de fevereiro, deu-se cumprimento à diretiva constitucional prevista no artigo 27° n° 5, passando o novo Código de Processo Penal a prever expressamente, em seu artigo 225°, a regulamentação do direito à indenização, em virtude de detenção ou prisão preventiva contrária à lei.

Embora não seja o foco da nossa abordagem, importa sublinhar que a CRP prevê também, para além da indenização por prisão preventiva, a possibilidade de indenização por uma condenação injusta, em que se tenha verificado erro judiciário. Trata-se de medida do artigo 29° n° 6 da CRP,¹⁹⁹ já Prevista no anterior CPP e regulada, atualmente, nos artigos 449° a 466° do CPP de 1987.

17.2. O artigo 225° do Código de Processo Penal português

O legislador do Código de Processo Penal Português de 1987 estabeleceu, no artigo 225°, as condições de que depende a atribuição de indenização por prisão preventiva contrária à Constituição e à lei. Trata-se de uma norma de natureza substantiva, embora integrada num código de processo.²⁰⁰

Em sua redação original, o artigo 225° n. 1 exigia que a privação da liberdade tivesse causado “prejuízo anómalo e de particular gravidade”, requisito que veio a ser suprimido no âmbito das alterações introduzidas no CPP pela Lei n°. 59/98, de 25 de agosto. Essa redação estabelece, em seu n° 1, que “quem tiver sofrido detenção ou prisão preventiva manifestamente ilegal; no n° 2, estabelece a aplicação do mesmo regime “a quem tiver sofrido prisão preventiva que, não sendo ilegal, venha a revelar-se injustificada por erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que dependia”, ressaltando casos de o preso ter concorrido por dolo ou negligência para aquele erro. Após alterações introduzidas pela Lei 48/2007, de 29 de agosto, o artigo 225° do CPP foi novamente alvo de mudanças passando a vigorar nova redação.

Esse artigo consagra a norma do artigo 27°, n° 5, da CRP, e a norma do

¹⁹⁹ Art. 29° - 6. Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos.

²⁰⁰ Da indemnização por privação da liberdade ilegal ou injustificada – Artigo 225° CPP: 1 – Quem tiver sofrido detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação pode requerer, perante o tribunal competente, indemnização dos danos sofridos quando: a) A privação da liberdade for ilegal, nos termos do n° 1 do artigo 220°, ou do n° 2 do artigo 222°; b) A privação da liberdade se tiver devido a erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que dependia; ou c) Se comprovar que o arguido não foi agente do crime ou actuou justificadamente. 2 – Nos casos das alíneas b) e c) do número anterior o dever de indemnizar cessa se o arguido tiver concorrido, por dolo ou negligência, para a privação da sua liberdade.

artigo 5º, §5º, da CEDH.²⁰¹ A responsabilidade civil do Estado, no que respeita à indenização de sentença penal condenatória injusta, está prevista no artigo 462º do CPP²⁰², que concretiza o artigo 29º, nº 6, da CRP. A responsabilidade civil do Estado a atos da função jurisdicional tem ainda assento legislativo no artigo 13º da nova Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, que concretiza o artigo 21º da CRP.

A privação da liberdade, relevante para efeitos de indenização, diz respeito à prisão preventiva, à obrigação de permanência na habitação ou qualquer outra forma de detenção ordenada com fim processual, como, por exemplo: o internamento preventivo previsto no artigo 202º do CPP²⁰³, a detenção para comparecer em audiência ou a detenção com base em lista desatualizada de pessoas procuradas, independentemente da natureza criminal ou não criminal do processo. Inclui, portanto, a detenção, a prisão preventiva, a obrigação de permanência na habitação e a privação da liberdade sofridas ao abrigo da Lei 36/98, da Lei 144/99, da Lei 65/2003 e da Lei 23/2007.

A ilegalidade da privação da liberdade pressupõe a existência de uma decisão judicial de acordo com os fundamentos do artigo 220º, nº 1 (*habeas corpus* em virtude de detenção ilegal)²⁰⁴ ou no artigo 222º, nº 2 (*habeas corpus* em virtude de prisão ilegal)²⁰⁵, ambos do CPP que, em consequência, tenha revogado a privação da

²⁰¹ *Qualquer pessoa vítima de prisão ou detenção em condições contrárias as disposições deste artigo tem direito a indemnização.*

²⁰² Artigo 462º (Indemnização) 1 – No caso referido no artigo anterior, a sentença atribui ao arguido indemnização pelos danos sofridos e manda restituir-lhe as quantias relativas a custas e multas que tiver suportado. 2 – A indemnização é paga pelo Estado, ficando este sub-rogado no direito do arguido contra os responsáveis por factos que tiverem determinado a decisão revista. 3 – A pedido do requerente, ou quando não dispuser de elementos bastantes para fixar a indemnização, o tribunal relega a liquidação para execução de sentença.

²⁰³ Artigo 202º (Prisão preventiva) 1 – Se considerar inadequadas ou insuficientes, no caso, as medidas referidas nos artigos anteriores, o juiz pode impor ao arguido a prisão preventiva quando: a) Houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 5 anos; b) Houver fortes indícios de prática de crime doloso de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos; ou c) Se tratar de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de extradição ou de expulsão. 2 – Mostrando-se que o arguido a sujeitar a prisão preventiva sofre de anomalia psíquica, o juiz pode impor, ouvido o defensor e, sempre que possível, um familiar, que, enquanto a anomalia persistir, em vez da prisão tenha lugar internamento preventivo em hospital psiquiátrico ou outro estabelecimento análogo adequado, adoptando as cautelas necessárias para prevenir os perigos de fuga e de cometimento de novos crimes.

²⁰⁴ Artigo 220º. 1 – Os detidos à ordem de qualquer autoridade podem requerer ao juiz de instrução da área onde se encontrarem que ordene a sua imediata apresentação judicial, com algum dos seguintes fundamentos: a) Estar excedido o prazo para entrega ao poder judicial; b) Manter-se a detenção fora dos locais legalmente permitidos; c) Ter sido a detenção efectuada ou ordenada por entidade incompetente; d) Ser a detenção motivada por facto pelo qual a lei a não permite.

²⁰⁵ Artigo 222º. 2 – A petição é formulada pelo preso ou por qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos, é dirigida, em duplicado, ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, apresentada à

liberdade.

Vale lembrar que a atual redação da Lei visa ampliar a expressão usada na Lei anterior, que se referia, apenas, à “manifesta ilegalidade” da privação da liberdade e cuja constitucionalidade foi apreciada pelo acórdão do Tribunal Constitucional (TC) nº 160/95, por se mostrar restritiva ao texto da Constituição.

O erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de fato da privação da liberdade, conforme redação da alínea “b”, do artigo em tela, e em conformidade ao entendimento do Supremo Tribunal de Justiça português (STJ), é um erro indesculpável, crasso ou palmar. Esse erro é cometido contra todas as evidências e nele incorre quem atua sem os conhecimentos ou as diligências exigíveis, bem como o agente de ato temerário, no qual, devido à ambiguidade da situação, se corre o risco evidente de provocar um resultado injusto. A exigência de um erro “grosseiro”, conforme entendimento extraído no acórdão do TC nº 12/2005, não se configura inconstitucional.

Como já vimos, a Lei nº 59/98, de 25 de agosto, suprimiu a exigência de que a privação da liberdade, resultante do erro grosseiro, devia ter causado “prejuízos anómalos e de particular gravidade”, exigência essa que, a nosso ver, restringia o núcleo do preceito constitucional, nomeadamente o do artigo 27º nº 5 da CRP.

Os pressupostos de fato da privação da liberdade devem ser avaliados à luz das circunstâncias do momento em que foi aplicada a medida de coação ou detida a pessoa, isto é, o tribunal deve proceder a um juízo de *prognose póstuma*, reportado à data em que foi proferida a decisão.

A atual redação do artigo 225º do CPP introduziu um novo fundamento de indenização: a comprovação, no processo criminal, de que o arguido não foi agente do crime ou atuou justificadamente.

Uma das problemáticas trazidas por alguns doutrinadores a esse novo fundamento é a violação da “presunção de inocência”, prejudicando, manifestamente, o arguido absolvido por força do funcionamento do princípio *in dubio pro reo*. O tribunal cível pode recusar indenização sempre que a condenação tenha absolvido com base em tal princípio ou tenha absolvido com base em causa

autoridade à ordem da qual aquele se mantenha preso e deve fundar-se em ilegalidade da prisão proveniente de: a) Ter sido efectuada ou ordenada por entidade incompetente; b) Ser motivada por facto

de extinção da responsabilidade criminal diferente da justificação do ato.

Ainda nessa linha de raciocínio, a comprovação, no processo criminal, de que o arguido não foi agente do crime gera graves problemas em termos de legitimidade para a interposição de recurso. Isso, porque o arguido, absolvido pelo benefício do *in dubio pro reo* (ou qualquer outra causa de extinção da responsabilidade criminal que não a justificação do ato), tem claramente interesse em impugnar a sentença absolutória, pois ela o prejudica, uma vez que não lhe permite obter indenização pela prisão preventiva sofrida no processo.

Para o Professor Doutor PAULO ALBUQUERQUE,²⁰⁶ como se não bastasse o efeito nocivo para a presunção da inocência, há ainda um agravante trazido pela norma do artigo 372º nº 2,²⁰⁷ que tem seu complemento no artigo 425º, nº 2,²⁰⁸ ambos do CPP. À primeira vista, pode-se até pensar que tal norma é muito favorável ao arguido, pois lhe permite perceber a dissensão entre os juízes, no caso de sentença condenatória.

Contudo, para esse Professor, essa é só meia verdade, ao passo que a norma também permite perceber a dissensão entre os juízes, no caso de sentença absolutória. Pode haver absolvição num coletivo em que um dos juízes vota vencido, quanto à matéria de fato. Logo, sobre o arguido penderá, sempre, a suspeita da prática do crime, pois ele teve contra si uma das vozes do tribunal. Consequentemente, o tribunal cível pode bem concluir que não ficou “comprovado” que o arguido não é o autor, como resulta do voto vencido, quanto à matéria de fato.

A solução apontada pelo Professor seria uma de duas: ou o legislador indeniza todos os arguidos que tenham estado presos preventivamente e sejam absolvidos, como já é na Alemanha e na Itália,²⁰⁹⁻²¹⁰ ou não indeniza nenhum arguido

pelo qual a lei a não permite; ou c) Manter-se para além dos prazos fixados pela lei ou por decisão judicial.

²⁰⁶ Paulo Pinto de Albuquerque. op. cit. p. 617.

²⁰⁷ Artigo 372º. 1 – Concluída a deliberação e votação, o presidente, ou, se este ficar vencido, o juiz mais antigo dos que fizerem vencimento, elaboram a sentença de acordo com as posições que tiverem feito vencimento. 2 – Em seguida, a sentença é assinada por todos os juízes e pelos jurados e, se algum dos juízes assinar vencido, declara com precisão os motivos do seu voto.

²⁰⁸ Artigo 425º. 1 – Concluída a deliberação e votação, é elaborado acórdão pelo relator ou, se este tiver ficado vencido, pelo juiz-adjunto. 2 – São admissíveis declarações de voto.

²⁰⁹ Como já vimos no §2º da *Gesetz über Entschädigung für Strafverfolgungsmassnahmen*, da RFA, sendo em 2006 pagos 11 euros pelo dano imaterial causado por cada dia de detenção.

²¹⁰ Sentença da *Corte Costituzionale* nº 109, de 2.4.1999, que declarou a ilegitimidade constitucional do artigo 314 do CPP italiano, na parte em que não previa a indenização da detenção sofrida por quem vem a

absolvido. Tal argumentação se baseia na lógica de que todas as absolvições são iguais, e a absolvição, por força do *in dubio pro reo*, não vale menos que qualquer outra.

É essa, ainda, a solução que corresponde ao escalão internacional fixado, como já vimos, no ponto 34º da Recomendação 2006/13 do Conselho da Europa, que aponta exatamente para a reparação de todas as pessoas que não sejam condenadas por crimes pelos quais sofreram prisão preventiva.

17.3. Artigo 13º do novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (lei 67/2007)

Em 2001, foi apresentada, à Assembleia da República, uma proposta de lei que visava substituir a Lei de Responsabilidade Civil da Administração Pública, na qual se buscava o aperfeiçoamento do regime vigente, desde 1967, e se regulava a responsabilidade civil por atos das funções legislativa e jurisdicional. A proposta não chegou a ser votada, em virtude da demissão do XIV Governo constitucional, e não foi retomada nas legislaturas seguintes. Em 2006, voltou a ser apresentada uma proposta de lei de teor muito próximo, da qual veio resultar, após um complexo processo legislativo que incluiu um veto político presidencial, o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, que entrou em vigor em 30 de janeiro de 2008.

Embora no plano da responsabilidade civil administrativa o novo regime não tenha introduzido alterações tão revolucionárias,²¹¹ o que realmente veio de novo foi a regulamentação do regime de responsabilidade civil do Estado, por atos das funções jurisdicional e político-legislativa.

O novo regime, com a redação trazida pela Lei 67/2007, estabelece, no artigo 13º, que o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas, por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de fato.²¹²

ser absolvido.

²¹¹ Marcelo Rebelo de Sousa. op. cit. p. 15.

²¹² Artigo 13.º (Responsabilidade por erro judiciário) 1 — Sem prejuízo do regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da liberdade, o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto. 2 — O pedido de indemnização deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente.

Infere-se, no texto do novel diploma, que as “decisões manifestamente inconstitucionais” são aquelas que aplicam norma já declarada inconstitucional, com força obrigatória geral. Contudo, não se enquadram como “decisões manifestamente inconstitucionais” as proferidas contra acórdão tirado pelo Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade noutro processo, se a discordância do tribunal for fundamentada. Todos os tribunais estão sujeitos à Constituição, e a divergência de opiniões é inteiramente admissível, até decisão com força obrigatória geral sobre a questão constitucional debatida.

Sob um olhar constitucional, são manifestamente inconstitucionais as decisões que façam uma aplicação discriminatória do direito, seja em função da raça, do sexo, da religião ou de qualquer outra motivação discriminatória que transpareça na motivação da decisão, por violação do artigo 13.º da CRP.²¹³

Agora, numa perspectiva do Direito Internacional, por força do artigo 8º, nº 2, da CRP,²¹⁴ são ainda manifestamente inconstitucionais as decisões de privação da liberdade que violem o artigo 5º, §§1º ao 4º, da CEDH, não incluídas no âmbito do artigo 225º, nº 1, do CPP. Ao remeter para os fundamentos da ilegalidade da detenção ou da prisão, tal como eles se encontram configurados no instituto do *habeas corpus*, não se prevê casos em que é devida indenização à luz do artigo 5º, §5º, da CEDH. Por essa razão, essas decisões de privação da liberdade, violadoras de preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, devem ser indenizadas por via do recurso ao regime geral da responsabilidade civil do Estado, pelos atos da função jurisdicional.

Nos termos do artigo 13º da Lei 67/2007, tal como no artigo 225º n. 1, “b”, do CPP, o erro na apreciação dos pressupostos de fato da decisão do juiz ou do magistrado do MP deve ser grosseiro, para gerar responsabilidade civil do Estado. Tal exigência não é inconstitucional, de acordo com a jurisprudência do acórdão do TC nº 12/2005, que incidiu sobre a prisão preventiva. Essa jurisprudência também é aplicável ao âmbito mais geral do “erro judiciário”, por identidade de matéria.

²¹³ Artigo 13º. 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

²¹⁴ Artigo 8º. – 2. As normas constantes dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos.

Para os efeitos do artigo 13.º da Lei n.º 67/2007, são indenizáveis os danos patrimoniais, incluindo os lucros cessantes, e os danos não patrimoniais, não se exigindo que esses danos sejam “especiais” ou “anormais”. Deve, contudo, ter-se em conta, na fixação da indemnização, a culpa do lesado, nos termos gerais.

No novo regime, há uma diferenciação no plano da competência contenciosa: o conhecimento das questões relativas à responsabilidade civil extracontratual, resultante de atos e omissões praticados no exercício da função jurisdicional, pertence à jurisdição administrativa,²¹⁵ e a apreciação das ações de responsabilidade por erro judiciário é da competência dos tribunais comuns, salvo se se tratar de erro judiciário cometido por tribunais administrativos ou fiscais, caso em que se mantém a regra da atribuição de competência à jurisdição administrativa – artigo 4º, n. 3, alínea *a*), do ETAF.²¹⁶

CAPÍTULO XIX – A RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRA QUANTO À PRIVAÇÃO INJUSTIFICADA DE LIBERDADE

18.1. Normas constitucionais e jurisprudências aplicáveis

A Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXV,²¹⁷ trouxe, para o ordenamento jurídico, uma norma de garantia com carácter de direito fundamental, visando proteger o cidadão contra a privação indevida de liberdade e atribuindo ao Estado, nessas situações, a obrigação de indenizar. Dispõe o referido artigo que “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. A primeira parte do dispositivo assegura a indemnização, limitando-a à efetiva condenação do acusado pelo Judiciário. A segunda parte restringe a responsabilidade do Estado e a consequente indemnização aos casos em que a prisão, imposta mediante sentença condenatória, exceda o prazo de sua execução.

²¹⁵ Estatuto dos Tribunais Administrativos e fiscais (ETAF) - Artigo 4º (Âmbito da jurisdição) 1 – Compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham nomeadamente por objecto: alínea g) Questões em que, nos termos da lei, haja lugar a responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público, incluindo a resultante do exercício da função jurisdicional e da função legislativa;

²¹⁶ Alínea *a*) Tutela de direitos fundamentais, bem como dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares directamente fundados em normas de direito administrativo ou fiscal ou decorrentes de actos jurídicos praticados ao abrigo de disposições de direito administrativo ou fiscal;

²¹⁷ Art. 5º 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, nos termos seguintes: LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro

O erro judiciário típico pode ser corrigido pela Revisão Criminal, prevista no artigo 621 do Código de Processo Penal Brasileiro.²¹⁸ Esse instituto tornou-se conhecido no Direito imperial, com o nome de “recurso de revista”. Contudo, segundo ensinamentos de RUI STOCO,²¹⁹ corrigir o erro através da revisão não é o mesmo que reparar o erro no sentido civilístico da palavra.

LUIZ ANTÔNIO SOARES HENTZ,²²⁰ interpretando o dispositivo constitucional que trata da mencionada indenização por prisão indevida, diferencia o erro judiciário do excesso de prisão. Segundo ele, enquanto a figura do erro abrange a atividade jurisdicional comissiva, consistente no decreto da prisão ditada pelo juiz no exercício da função jurisdicional, como consequência de erro de julgamento, a figura do excesso de prisão comporta, além da comissão, a omissão de qualquer agente público na liberação do preso depois de cumprida pena imposta. Logo, ao submeter o indivíduo à prisão injusta, é devida a indenização às custas do Estado, não importando eventual licitude do motivo.

Não poderíamos deixar de registrar a hipótese de prisão indevida decorrente de erro provocado por atitude dolosa do preso, como por exemplo, quando esse induz o juiz a erro, com a utilização de documentos falsos. Tal erro, prejudicial ao pseudo-acusado indevidamente, não é passível de indenização por parte do Estado, pela aplicação do conhecido brocardo no qual “a ninguém é dado alegar a própria torpeza para dela aproveitar-se”. Incide, assim, a regra jurídica de pré-exclusão da responsabilidade civil estatal por prisão indevida.

É opinião quase unânime, entre os doutrinadores,²²¹ o fato de que a prisão indevida constitui gênero do qual são espécies: as prisões advindas do erro judiciário e as que excedem o tempo de cumprimento de pena estabelecida em sentença condenatória. Contudo, resta-nos questionar acerca do cabimento de indenização nos casos de prisão ilegal, a qual se encontra intimamente ligada à decretação de prisões

judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

²¹⁸ Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

²¹⁹ STOCO, Rui. *Responsabilidade do Estado por erro judiciário*. Revista Brasileira de Ciências Criminas, n. 21, São Paulo: RT, 1998. p. 94.

²²⁰ HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização do erro judiciário*. São Paulo: Universitária de Direito-LEUD, 1995. p. 43.

²²¹ FILHO, Lair da Silva Loureiro. *Responsabilidade Pública por Atividade Judiciária*. São Paulo: RT, 2005. p. 260.

provisórias.

Não são raros os casos de prisão ilegal praticados no Brasil, nomeadamente quando se trata de medidas cautelares determinadas, especialmente, sem a observância dos requisitos mínimos exigidos para sua efetivação. Nesse caso, caracterizam-se como instrumentos processuais graves e perigosos, se mal manejados, sujeitando o acusado a toda sorte. Em face disso é que se tem questionado muito sobre a responsabilidade civil do Estado, nos vários tipos de prisões cautelares.

As medidas cautelares no Direito Processual Penal brasileiro, quando destinadas a atuar estritamente no campo da persecução criminal, assim como em outros ordenamentos, constituem-se em providências coercitivas contra o *status libertatis* do cidadão; o Estado exercita seu poder coercitivo-cautelar. Nessa perspectiva, se o Estado coercitivo for ilegal, deve ele cessar sua ação, em obediência ao princípio da legalidade, através do manejo dos instrumentos legais asseguradores do direito de liberdade, bem como da propositura da ação de reparação cível.

A prisão ilegal, como já visto, se apresenta como toda providência decretada em processo penal, sem observância dos requisitos mínimos exigidos em lei, privando alguém de sua liberdade de locomoção. Embora não se encontre de maneira translúcida no texto constitucional, entendemos que a pessoa injustamente presa, sem motivação aparente, detida pela autoridade policial com demonstrado abuso de poder, pode, a qualquer tempo, exigir reparação do Estado por sua má-atuação. Acreditamos, então, que não apenas a prisão indevida pode gerar a obrigação de indenizar, mas também qualquer ação constritiva ou agressiva do patrimônio jurídico do cidadão que se revele despropositada e ilegal.

Ainda nessa perspectiva, apesar de a Constituição ter previsto, explicitamente, a indenização em casos de prisão indevida, o que ocorre com maior frequência é a ilegalidade da prisão, surgida com os incontáveis decretos de prisões cautelares. Ao interpretar tal dispositivo, alguns autores entendem que a intenção do legislador constituinte foi clara o suficiente, quando delimitou, taxativamente, os casos que comportam indenização por conta do Estado. Porém, o referido permissivo legal não obsta a possibilidade de o Estado vir a indenizar o particular por prisões ilegais.

Corroborando tal entendimento, YUSSEF SAID CAHALI²²² registra que

²²² CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 609.

quem é condenado e passa mais tempo do que o devido na prisão é acobertado pela norma constitucional, no sentido de receber indenização. Nessa mesma linha de raciocínio, quem não foi sequer condenado ou alguma vez sequer processado ou indiciado e fica preso ilegalmente, merece igual proteção do Estado, responsabilizando-se esse pelos danos causados.

Diante do texto constitucional ora em discussão (inciso LXXV, art 5º da Constituição), conforme já abordado, concluímos que o legislador deveria ter sido mais claro e preciso na formulação normativa que prevê a indenização por parte do Estado-Juiz. Isso, para não gerar a falsa ideia de que a Constituição só garante o direito à indenização quando a restrição da liberdade pessoal se fundar no tradicional erro judiciário ou no caso de prisão que exceda o prazo máximo de sua duração.

Em uma aplicação mais geral da responsabilidade civil do Estado e numa interpretação mais ampla, a Constituição também ampara a indenização da prisão ilegal, com fundamento na regra contida em seu artigo 37, § 6º, estabelecendo 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, assegurando o direito de regresso contra o responsável no caso de dolo ou culpa”.

A respeito do assunto, ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO SOARES SCARANCE FERNANDES e ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO²²³ se pronunciam no sentido da existência de uma dupla previsão de indenização, presente na Constituição Federal: uma geral (artigo 37, § 6º), que na melhor e mais moderna interpretação abrange o dano decorrente de ato jurisdicional; outra específica (inciso LXXV do art 5º), para reparação dos danos causados por erro judiciário.

Em uma análise no plano infraconstitucional, dispõe o artigo 630 do Código de Processo Penal Brasileiro,²²⁴ no capítulo que trata da revisão criminal, que o interessado, uma vez absolvido, terá direito a uma justa indenização pelos prejuízos

²²³ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 145.

²²⁴ Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. § 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça. § 2º A indenização não será devida: a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder; b) se a acusação houver sido meramente privada.

sofridos.

O referido artigo do estatuto processual mostra-se extremamente limitativo, no que se refere à responsabilidade indenizatória do Estado pelos danos causados com relação ao exercício da jurisdição criminal. RUI STOCO²²⁵ defende não se justificar, hodiernamente, o estabelecimento de uma regra específica para o erro judiciário, tal como posto no artigo 630 do CPP e no artigo 5º da Constituição Federal; já existe uma regra geral, em nível constitucional, estabelecendo a responsabilidade do Estado por danos que seus agentes causarem a terceiros (CF/88, artigo 37, § 6º).

A Constituição Federal de 1988 elevou a indenização por erro judiciário à condição de garantia fundamental do cidadão. Por tal motivo, não mais se justifica a previsão restritiva e limitada estabelecida no Código de Processo Penal. Atualmente, a nosso ver, a regra contida na Constituição se aplica tanto às prisões indevidas quanto às prisões ilegais.

Contudo, embora não seja pensamento unânime na doutrina e na jurisprudência, alguns posicionamentos surgem no sentido de que o Estado deve indenizar pela prisão ilegal. É o que nos aponta um precedente do Supremo Tribunal Federal brasileiro.²²⁶

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão julgado em 13/11/2007,²²⁷ traz um precedente alinhando-se aos modelos e princípios de responsabilização estatal da União Europeia. O Ministro LUIZ FUX, após pedir vistas do processo, emitiu um voto que demonstra, ao mesmo tempo, a *praxis* das prisões

²²⁵ Op. cit. p. 91.

²²⁶ Erro judiciário. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Direito à indenização por danos morais decorrentes de condenação desconstituída em revisão criminal e de prisão preventiva. CF, art. 5º, LXXV. C.Pr.Penal, art. 630. 1. O direito à indenização da vítima de erro judiciário e daquela presa além do tempo devido, previsto no art. 5º, LXXV, da Constituição, já era previsto no art. 630 do C. Pr. Penal, com a exceção do caso de ação penal privada e só uma hipótese de exoneração, quando para a condenação tivesse contribuído o próprio réu. 2. A regra constitucional não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37, § 6º, da Lei Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos, a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado. 3. O art. 5º, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário *stricto sensu*, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça. (RE 505393, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 26/06/2007, DJe-117 DIVULG 04-10-2007 PUBLIC 05-10-2007 DJ 05-10-2007 PP-00025 EMENT VOL-02292-04 PP-00717 LEXSTF v. 29, n. 346, 2007, p. 296-310 RT v. 97, n. 868, 2008, p. 161-168 RDDP n. 57, 2007, p. 112-119).

²²⁷ Recurso Especial (REsp) 872.630/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão

provisórias no Brasil e uma corrente jurisprudencial forte do Tribunal, para ampliar cada vez mais a responsabilização do Estado por atos da função jurisdicional. No caso em concreto do citado acórdão, o recorrente ficou preso provisoriamente por 741 (setecentos e quarenta e um) dias.

Para o Ministro, a prisão preventiva, desde que preenchidos os requisitos legais, revela aspectos da tutela antecipatória no campo penal. Por isso, em sua gênese, deve-se conjurar a ideia de arbitrariedade. O cerceamento oficial da liberdade fora dos parâmetros legais, posto o recorrente ter ficado custodiado 741 (setecentos e quarenta e um) dias, lapso temporal amazonicamente superior àquele estabelecido em Lei - 81 (oitenta e um) dias - revela a il

LUIZ FUX, em seu voto, diz que empreendida a prisão cautelar com excesso expressivo de prazo, ultrapassando o lapso legal em quase um décuplo, restando, após, impronunciado o réu, em manifestação de inexistência de autoria, revela-se inequívoco o direito à percepção do dano moral.

A prisão ilegal por lapso temporal tão excessivo, além da violação do cânone constitucional específico, afronta o princípio fundamental da República Federativa do Brasil, consistente na tutela da dignidade humana, norma qualificada que, no dizer insuperável de FÁBIO KONDER COMPARATO,²²⁸ é o centro de gravidade do Direito, em sua fase atual da ciência jurídica.

Ressalta o Ministro que a Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico, expressa como vontade popular que a mesma, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito. Ostenta, dessa forma, como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

Em consonância com o sistema garantista e na esteira da tendência dos ordenamentos mais modernos, o Ministro LUIZ FUX destaca que a vida humana passou a ser o centro do universo jurídico. Por isso, a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência no qual se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido

Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/11/2007, DJe 26/03/2008

²²⁸ Autor citado no voto do Ministro Luiz Fux.

normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial. Direitos fundamentais emergentes desse comando maior erigido à categoria de princípio e de norma superior encontram-se enunciados no artigo 5º da Carta Magna e, entre outros, o que interessa ao caso sub *judice* é: “(...) LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.”

A garantia *in foco*, continua o Ministro, revela inequívoca transgressão aos mais mezinhas deveres estatais, consistente em manter-se preso um ser humano por quase 800 (oitocentos) dias consecutivos, preventivamente, e sem o devido processo legal após exculpado, com afronta ao devido processo legal.

A ampliação da responsabilidade estatal é um fenômeno constatável em nações civilizadas, decorrente do efetivo respeito aos valores humanos. Essa ampliação visa a tutelar a dignidade das pessoas, sua liberdade, sua integridade física, sua imagem e honra, não só nos casos de erro judiciário, mas também de cárcere ilegal e, igualmente, nas hipóteses de prisão provisória injusta, embora formalmente legal.²²⁹

A correta aplicação e interpretação dos dispositivos de caráter constitucional nos permite chegar à conclusão de que ao Estado compete a obrigação de reparar os danos causados pela prisão ilegal, não obstante o posicionamento majoritário da atual jurisprudência brasileira. Essa ainda insiste em se manter conservadora, continuando a defender a irresponsabilidade do Estado, quando se trata da atuação dos membros do Poder Judiciário e, em especial, quando diz respeito à prisão ilegal.

No que se refere à responsabilização pública por ato *lícito* proveniente da atividade judiciária, LOUREIRO FILHO²³⁰ entende que a decretação de prisão temporária, mesmo baseando-se em suspeitas fundadas, seguida de absolvição superveniente, é passível de pleito ressarcitório.

Para o autor em questão, sendo especial e anormal, o dano sofrido deve ser ressarcido, ainda que absolutamente hígida e legal a restrição à liberdade sofrida pelo lesado. O sacrifício sofrido encontra justificativa na tutela do bem maior de que é titular a sociedade, o sacrifício individual em benefício de todos. Destarte, sua justificativa não implica isenção da responsabilidade. A igualdade de todos diante dos

²²⁹ (Roberto Delmanto Junior - In "As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração - 2ª edição - Renovar - páginas 377/386) citado no REsp 872.630/RJ julgado em 13/11/2007 pelo voto do Ministro Luiz Fux.

²³⁰ Op. cit. p. 261.

encargos sociais, continua o doutrinador, é o fundamento que permite a repartição, por toda a sociedade, da reparação devida àquele sobre o qual injustamente (ainda que lícita e justificadamente) sofreu o dano. Se inexistir dolo ou culpa grave do juiz, responsável será, apenas e tão-somente, o Estado.

Nessa ótica, conforme ensinamento de GIOVANNI ETTORE NANNI, “na persecução criminal o interesse coletivo justifica a prisão cautelar dos suspeitos para melhor averiguação dos fatos imputados. No entanto, esse interesse coletivo não pode ultrapassar a barreira da igualdade, gerando um encargo desmedido para o cidadão.”²³¹

Essa é a posição predominante na jurisprudência brasileira contemporânea. Embora ainda esteia muito aquém da evolução apresentada no instituto da responsabilização estatal, por atos da função jurisdicional, principalmente no que pertine às prisões preventivas ilegais ou injustificadas, percebemos uma maior consciência jurisprudencial e doutrinária no sentido de concretizar os fundamentos da dignidade da pessoa humana como instrumento realizador do ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

18.2. Análise crítica do tema no anteprojeto do novo Código de Processo Penal brasileiro

O Código de Processo Penal brasileiro, Decreto-Lei n. 3.689, de 1941, entrou em vigor no dia primeiro de janeiro de 1942. De lá para cá, o mundo mudou, o Brasil cresceu, modificou-se, transformou-se, agigantou-se e, com isso, desnecessário é demonstrar a desatualização do diploma processual. Com a promulgação da Constituição de 1988, impunha-se ajustar toda a legislação ao Estado Democrático de Direito.

Um grupo de nove especialistas foi formado, por iniciativa do Senado Federal, e nomeado em julho de 2008 pelo então presidente da Casa, Garibaldi Alves. O projeto de lei do CPP deve ser discutido em audiências públicas e, depois, analisado por uma comissão especial de senadores.

Uma das principais alterações prevê que o preso deve ser acompanhado por advogado já durante o interrogatório policial. E dentro da nova filosofia de humanização e modernização do Código, encontram-se “opções” à prisão, como fiança,

²³¹ NANNI, Giovanni Ettore. A responsabilidade civil do juiz. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 133.

recolhimento familiar, monitoramento eletrônico, suspensão do exercício de função pública, suspensão das atividades de pessoa jurídica, proibição de frequentar determinados lugares e até suspensão da habilitação para se dirigir carros. Há, ainda, a previsão de alienação de bens apreendidos como resultado de atividade criminosa, medida que já existe nos casos do narcotráfico.

Outra modificação considerada muito importante é a limitação de recursos, que retardam por muitos anos uma decisão judicial. Para a vítima, haverá um capítulo dedicado a seus direitos de forma pormenorizada. Há intenção, também, de se alterar a composição do tribunal do júri, de sete para oito jurados, com absolvição do réu em caso de empate.

Entre as mudanças propostas pelo grupo de juristas está a criação da figura do juiz de garantias. Inspirado no modelo francês, o juiz participaria, apenas, da fase de investigação da denúncia. Outro juiz seria responsável pelo acolhimento da denúncia e por proferir a sentença com o maior grau possível de isenção. Na parte de investigação, fica consolidado o poder de investigação do Ministério Público.

A proposta de reformulação do CPP, com mais de 67 anos, traz alterações significativas. Contudo, no que diz respeito ao instituto de responsabilidade do Estado por prisões preventivas ilegais ou injustificadas, não houve evolução alguma.

Embora a ideia seja atualizar o diploma processual penal, uma vez que foi editado por decreto-lei em 1941, durante o Estado Novo,²³² e reforçar suas garantias constitucionais, já existem muitas críticas ao projeto. Ele já surge incompleto, principalmente no que se refere aos institutos indenizatórios, em casos de privação ilegal ou injustificada da liberdade.

18.3. Estatística do Conselho Nacional de Justiça sobre o sistema carcerário brasileiro

Por tudo o que foi exposto neste trabalho, a pertinência de se falar sobre sistema carcerário, principalmente no Brasil, se dá pelo fato de que o dano sofrido por um indivíduo, ao ser preso provisoriamente de forma ilegal ou injustificada, toma contornos violadores da dignidade humana; vai contra os princípios fundamentais da

²³² **Estado Novo** é o nome do regime político centralizado e autoritário brasileiro fundado por Getúlio Vargas em 1937, que durou até 1945.

presunção de inocência, preceitos esses constitucionalmente estabelecidos. Não se justifica, principalmente no Brasil, um sistema processual penal que não tenha regulamentado um instituto responsabilizador do Estado por prisões preventivas ilegais ou injustificadas. A desenfreada aplicação de medidas privativas de liberdade, principalmente de prisões preventivas, a cada dia tem sido mais usada arbitrariamente, deturpando seu caráter excepcional e tornando-as regra de aplicação. Num cenário de garantias individuais, de proteção à dignidade da pessoa humana, o Brasil se mostra na contramão, no que pertine à política pública de segurança e de carceragem.

O sistema penitenciário brasileiro não acompanha o crescente ritmo do número de detentos. As estatísticas obtidas mostram que, ao longo dos anos, o número de presos cresce assustadoramente, enquanto o número de vagas oferecidas permanece no mesmo quantitativo há décadas.

O déficit de vagas no sistema penitenciário brasileiro, estatísticas, irregularidades na execução da pena e sugestões sobre o assunto foram apresentadas pelo Conselho Nacional de Justiça brasileiro (CNJ) em setembro de 2009, em São Paulo, pelo juiz auxiliar da presidência do Conselho e coordenador nacional dos mutirões carcerários, ERIVALDO RIBEIRO DOS SANTOS.²³³ O juiz apresentou uma radiografia do sistema penitenciário, revelando as principais dificuldades relacionadas à manutenção das prisões no país. Os dados foram coletados com base em informações dos mutirões carcerários realizados pelo Conselho, bem como em estatísticas do Departamento Penitenciário (Depen).

ERIVALDO RIBEIRO DOS SANTOS revelou que o Brasil, em junho de 2009, possuía uma população carcerária de 469.546 detentos, sendo 209.773 (44,68%) presos provisórios, e 259.773 (55,32%) presos definitivos. Através desses dados, o juiz também revelou haver, atualmente, um déficit de 170 (cento e setenta) mil vagas nos presídios e que, para sanar essa falta de vagas, seria necessário um investimento na ordem de 3 bilhões de reais – cerca de 1,6 bilhões de dólares. Segundo o juiz, o déficit de vagas pode ser ainda maior, pois os mutirões têm encontrado, em alguns estados, quantidade de presos bem superiores às informadas pelas estatísticas do Depen. “Na Bahia, por exemplo, encontramos 5.800 presos a mais que estavam nas delegacias e não faziam parte das estatísticas oficiais”, relatou.

²³³ Dados e informações retirados no site do CNJ em <http://www.cnj.jus.br>

O juiz auxiliar do CNJ também fez uma comparação entre as taxas de encarceramentos mundiais e no Brasil. De acordo com ele, alguns estados brasileiros, se comparados a outros países, estariam entre as maiores taxas de encarceramento do mundo. A taxa de encarceramento no Brasil é de 245 presos para cada 100 mil habitantes. Nos Estados Unidos, esse referencial é de 756, e na Rússia, de 629. Os estados brasileiros onde essa taxa é maior são: Mato Grosso do Sul (567), Acre (431), São Paulo (383), Roraima (372) e Mato Grosso (369).

Além de apresentar números, ERIVALDO RIBEIRO relatou todos os problemas encontrados nos mutirões carcerários do CNJ. Citou os diversos casos de penas vencidas, quando os presos ficam encarcerados além do tempo determinado pela sentença. Na Paraíba, por exemplo, o CNJ encontrou mais de 90 pessoas com excesso de pena. “Já encontramos presos recolhidos com mais de quatro anos além da pena fixada na sentença”, informou. Contou também o caso concreto de uma detenta da Paraíba, que foi presa por falsificação de moeda. “A senhora, mãe de oito filhos, todos menores de idade e alguns vivendo atualmente em creche comunitária, permaneceu presa por mais de um ano sem justo motivo até que, no mutirão carcerário fosse reparada a injustiça”, disse.

Ele falou ainda sobre a grande quantidade de presos provisórios no país, que chega a uma média nacional de 45%, sendo que em alguns estados esse percentual é superior a 70%. “São presos sem decisão definitiva condenatória, mas que permanecem presos em regime fechado”, explica. De acordo com o magistrado, devido à falta de estrutura dos presídios, é comum os mutirões carcerários encontrarem presos provisórios nas mesmas celas dos definitivos.

As péssimas condições de higiene e a superlotação foram reveladas com fotos dos mutirões carcerários. Em estados como Espírito Santo, Amazonas, Mato Grosso do Sul, Goiás, Ceará e Paraíba, a equipe dos mutirões carcerários verificou superlotação, falta de higiene e condições de alimentação precárias. Nesses mutirões, já foi encontrado preso com pena vencida há mais de três anos; preso com sentença absolutória proferida há quase um ano; preso provisório há onze anos; presos doentes terminais que, por questão humanitária, não poderiam continuar encarcerados; presos sem inquérito concluído ou sem denúncia formalizada há mais de três anos.

Os mutirões carcerários são promovidos pelo CNJ em parceria com os

tribunais de Justiça, Ministério Público, Defensoria Pública e as Secretarias de Administração Penitenciária. Têm como objetivo promover a revisão dos processos de todos os presos e garantir o cumprimento da Constituição e da Lei de Execução Penal. Até o momento, os mutirões já passaram por 16 dos 27 estados brasileiros, analisaram mais de 45 mil processos e libertaram quase 9 mil pessoas.

O Ministro da suprema corte brasileira, CEZAR PELUSO, e presidente do Comitê Permanente da América Latina para revisão das Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, tece duras críticas ao sistema carcerário brasileiro. Indagado sobre a situação de deficiência do sistema carcerário brasileiro, o Ministro afirmou:

“É uma deficiência que beira, em certas situações, a falência total. Há casos específicos que têm sido ultimamente ventilados, até pela própria imprensa, que envergonham o país. Eu não quero citar particularmente, mas há casos de tratamento vergonhoso, em que na verdade o que se faz ao preso é um crime do Estado contra o cidadão.”²³⁴

Nesse cenário, resta mais do que evidente uma necessária e urgente reforma no sistema de carceragem brasileiro, bem como se faz notória uma regulamentação mais garantista e menos restritiva da previsão de indenização para aqueles indivíduos presos provisoriamente, sem o devido julgamento, de forma ilegal e/ou injustificada, que muitas vezes ao final do processo, são absolvidos.

Por fim, pertinentes se fazem as palavras, já mencionadas no decorrer deste trabalho, do Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, SERGIO PITOMBO, que diz:²³⁵

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

²³⁴ Em entrevista concedida ao site: <http://www.geledes.org.br>

²³⁵ Voto nº 6276 - Desembargador Sergio Pitombo, proferido no julgamento da Apelação Cível nº

CONCLUSÃO

As transformações sociais e políticas ocorridas ao longo do presente século e os extraordinários progressos científicos e tecnológicos, com particular destaque o domínio das comunicações, pela interligação global através da Internet, proporcionaram, além de um maior crescimento cultural, uma crescente complexidade social, de tal modo que afirmamos viver, atualmente, em uma sociedade de risco.²³⁶

Dispondo de mais informação e esclarecimento, os cidadãos passaram a recorrer, em maior número e com mais frequência, à justiça do Estado, pela grande conflituosidade estabelecida a fim de defenderem seus direitos e interesses. No entanto, o Estado-Juiz não foi capaz de acompanhar tal modernização, de criar um sistema mais célere e simples, que permitisse atingir padrões de eficiência compatíveis com as novas exigências desta sociedade.

Em virtude dessas mudanças, a função judiciária assumiu uma importância nunca antes atingida, cabendo ao Estado-Juiz não apenas dirimir os conflitos, mas também exercer funções que vão muito mais além do julgamento do caso concreto. Com a expansão da área de intervenção desse Estado, surgiram problemas relativos às garantias dos cidadãos, por conta do mau funcionamento da administração da justiça, erros e outros atos judiciários lesivos aos seus direitos e sua liberdade.

Com a fúria punitiva do Estado, muitas vezes influenciado pelo clamor social e dos veículos de comunicação de massa, tende a conduzir-se uma redução progressiva da esfera privada dos cidadãos, sendo cada vez mais tênues os limites efetivos ao direito de informação frente aos princípios constitucionais atinentes à intimidade e à dignidade do indivíduo, potencializando o dano de tal forma, e podendo esse tomar proporções irreparáveis para o ser humano.

Um dos meios de reação contra essas anomalias tem sido a responsabilização civil do Estado e até mesmo dos próprios magistrados, pelos danos causados na atividade judiciária.

Nesse cenário é que constatamos uma interação dos princípios

054.432.5/0-00, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

²³⁶ Marcelo Rebelo de Sousa. Op. cit. p. 11.

constitucionais que visam consagrar o valor da dignidade da pessoa humana como princípio máximo, fundamento de um Estado de Direito, com o instituto da responsabilidade civil do Estado. Conforme JOSÉ AFONSO DA SILVA, “... a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida...”²³⁷

Observamos, nesse itinerário, que tão necessário quanto a proteção à dignidade da pessoa humana, é sua efetiva promoção, pois a concretização das normas, dos valores e dos fundamentos constitucionais se verifica, substancialmente, em ações que inserem o ser humano no epicentro do sistema estatal.

O grande clamor popular, legitimado pela crescente violência dos nossos dias, por penas mais severas e maior repressão à violência, não deve justificar a violação dos fundamentos e ideais constitucionais e humanitários, cuja preservação é imperiosa. O sistema de garantias penais e processuais penais, em que busca acima de tudo a dignidade do ser humano, não se mostra incompatível com o combate ostensivo e efetivo ao crime, e tampouco se contrapõe à realização da prevenção geral positiva, em que se busca alternativa mais coerente e proporcional frente à desenfreada aplicação de medidas privativas de liberdade.²³⁸

Pelos fundamentos que militam a favor de uma solução mais garantista por parte do cidadão, a responsabilidade objetiva pelo risco, seja por ter sob seu controle a atividade jurisdicional, seja por ser uma fonte de danos exorbitantes aos riscos sociais, ou por criar um risco em benefício exclusivo do interesse público, mostra-se o instituto mais apropriado pela peculiar imputação do prejuízo, qual seja, o risco de cercear a liberdade, e pelo potencial perigo de violação de princípios fundamentais da Dignidade Humana.

No tocante aos juízes, visando as suas garantias de imparcialidade e de isonomia, sua responsabilização deve ser no domínio da tutela disciplinar e não no âmbito reparatório integral dos danos, pois acreditamos ser este o instrumento capaz de promover uma maior busca destes magistrados a uma melhor prestação jurisdicional, preocupando-se mais com a qualidade e respeito aos direitos fundamentais do cidadão, utente e destinatário do serviço público, não tendo afetada a sua capacidade de decisão por fatores econômicos.

²³⁷ José Afonso da Silva. Op. cit. p. 109.

Constatamos, em alguns Estados-Membros da União Europeia, através do estudo do regime jurídico aplicável de responsabilidade civil do Estado, por atos da função jurisdicional, nomeadamente das medidas processuais de detenção provisória, a aplicabilidade dos mecanismos indenizatórios nos casos em que o indivíduo preso provisoriamente tenha sido absolvido ao final do processo.

O Comitê de Ministros do Conselho da Europa, na Recomendação 2006/13 editada em 27 de setembro de 2006, na seção que trata dos princípios gerais, além do respeito à presunção de inocência, estabelece que a prisão preventiva de suspeitos de crimes deve ser tratada como exceção e não regra, e que a prisão preventiva para um suspeito de um crime não deve ser obrigatória.

Objetivando a responsabilização do Estado, no que pertine à indenização, por atos da função jurisdicional, a Recomendação 2006/13, no item 34, 1 do anexo,²³⁹ estabelece que a indenização deve ser considerada nos casos em que os indivíduos submetidos à prisão preventiva não sejam culpados pelo crime a eles imputado. Percebemos, aqui, a confirmação do risco da atividade jurisdicional, em se tratando da potencialidade danosa de uma privação injusta ou injustificada da liberdade.

A solução adotada na Alemanha, em consonância a recomendação do Conselho da Europa, é a de indenizar todos os arguidos que tenham estado presos preventivamente e sejam absolvidos ou cujo processo seja arquivado ou não seja recebido pelo tribunal de julgamento. É essa a previsão dada pelo parágrafo 2º da lei de indenização decorrente de processos, *Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen*.²⁴⁰

Na Itália, nesse mesmo raciocínio, de acordo com a redação do artigo 314 do CPP italiano, admite-se a reparação por detenções cautelares, de forma que quem for absolvido por sentença irrevogável, seja porque o fato não existiu, por não o ter cometido, porque o fato não constitui crime ou não é previsto na lei como tal, tem direito a uma reparação pela custódia cautelar, salvo se tiver concorrido ou dado causa

²³⁸ Helena Regina Lobo da Costa. Op. cit.

²³⁹ *Indemnisation - 34. [1] Une réparation doit être envisagée dans le cas où des prévenus ne sont pas reconnus coupables de l'infraction pour laquelle ils ont été placés en détention provisoire. Cette réparation pourrait compenser une perte de revenus, la perte d'une chance et un préjudice moral.*

²⁴⁰ § 2 *Entschädigung für andere Strafverfolgungsmaßnahmen - (1) Wer durch den Vollzug der Untersuchungshaft oder einer anderen Strafverfolgungsmaßnahme einen Schaden erlitten hat, wird aus der Staatskasse entschädigt, soweit er freigesprochen oder das Verfahren gegen ihn eingestellt wird oder soweit das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen ihn ablehnt.*

por dolo ou culpa grave.²⁴¹

No artigo 149 do Código de Processo Penal francês, a pessoa que tenha sido submetida a prisão preventiva durante um processo contra ela, o qual tenha sido arquivado, relaxado ou absolvido com o trânsito em julgado, é devida a compensação, a seu pedido, pela integralidade dos danos materiais e morais causados a ele por tal detenção.²⁴²

Ao estabelecermos uma perspectiva comparatística numa ótica luso-brasileira do instituto responsabilidade do Estado, por atos da função jurisdicional, verificamos, inicialmente, nas normas constitucionalmente aplicadas em Portugal, que o artigo 27º da CRP consagra a garantia do direito do indivíduo à liberdade e à segurança.²⁴³ Estabelece ainda, para o Estado, o ônus de indenizar o lesado nos termos que a lei estabelecer, conforme disposto no artigo 27º nº 5.²⁴⁴

O regime responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, com a redação trazida pela lei 67/2007, estabelece, no artigo 13º, que o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais, manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas, por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de fato. Remete ao artigo 225º do Código de Processo Penal o regime de responsabilidade civil do Estado, por atos de privação injustificada da liberdade.²⁴⁵

²⁴¹ Art. 314. *Presupposti e modalità della decisione. 1. Chi è stato prosciolto con sentenza irrevocabile perché il fatto non sussiste, per non aver commesso il fatto, perché il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, ha diritto a un'equa riparazione per la custodia cautelare subita, qualora non vi abbia dato o concorso a darvi causa per dolo o colpa grave.*

²⁴² Article 149 CPP - *Sans préjudice de l'application des dispositions des articles L. 141-2 et L. 141-3 du code de l'organisation judiciaire, la personne qui a fait l'objet d'une détention provisoire au cours d'une procédure terminée à son égard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement devenue définitive a droit, à sa demande, à réparation intégrale du préjudice moral et matériel que lui a causé cette détention. Toutefois, aucune réparation n'est due lorsque cette décision a pour seul fondement la reconnaissance de son irresponsabilité au sens de l'article 122-1 du code pénal, une amnistie postérieure à la mise en détention provisoire, ou la prescription de l'action publique intervenue après la libération de la personne, lorsque la personne était dans le même temps détenue pour une autre cause, ou lorsque la personne a fait l'objet d'une détention provisoire pour s'être librement et volontairement accusée ou laissé accuser à tort en vue de faire échapper l'auteur des faits aux poursuites. A la demande de l'intéressé, le préjudice est évalué par expertise contradictoire réalisée dans les conditions des articles 156 et suivants. Lorsque la décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement lui est notifiée, la personne est avisée de son droit de demander réparation, ainsi que des dispositions des articles 149-1 à 149-3 (premier alinéa).*

²⁴³ Art. 27º - (Direito à liberdade e à segurança) – 1. Todos têm direito à liberdade e à segurança.

²⁴⁴ Art. 27º - 5. A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer.

²⁴⁵ Artigo 13.º (Responsabilidade por erro judiciário) 1 — Sem prejuízo do regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da liberdade, o Estado é

Conforme redação do artigo 255º do CPP português, os pressupostos de fato da privação da liberdade devem ser avaliados à luz das circunstâncias do momento em que foi aplicada a medida de coação ou detida a pessoa, isto é, o tribunal deve proceder a um juízo de *prognose póstuma* reportado à data em que foi proferida a decisão.

O problema que se coloca em relação à atual redação do artigo 225º do CPP é no que se refere à introdução de um novo fundamento de indenização: a comprovação, no processo criminal, de que o arguido não foi agente do crime ou atuou justificadamente. Acreditamos residir, aqui, uma questão a ser definida pelos tribunais portugueses: saber se tal cláusula traz restrições consideráveis a mitigar a presunção de inocência, prejudicando manifestamente o arguido absolvido por força do funcionamento do princípio *in dubio pro reo*.

Conforme solução apontada por PAULO ALBUQUERQUE,²⁴⁶ concordamos que o melhor seria se o legislador tivesse previsto indenização a todos os arguidos que tenham estado presos preventivamente e absolvidos depois, como já é na Alemanha e na Itália, objetivando a responsabilização do Estado por tais atos e se conformando mais às recomendações do Conselho da Europa.

No Brasil, o constituinte originário adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, no artigo 37, § 6º, para os danos ocasionados com a prestação do serviço público.²⁴⁷ Eximiu, assim, o cidadão da comprovação da culpa do agente público. Nesse caso, é preciso apenas ficar demonstrado, no comportamento do Estado-Juiz, o dano e o nexo de causalidade, para a verificação da responsabilidade do Estado pela prestação jurisdicional.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras afirmam que a responsabilidade objetiva está organizada sob a modalidade da teoria do risco administrativo, no diploma constitucional brasileiro. Ou seja, admitem-se as causas excludentes de responsabilidade do Estado.

civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões judiciais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto. 2 — O pedido de indemnização deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente.

²⁴⁶ Paulo Pinto de Albuquerque. op. cit. p. 617.

²⁴⁷ Artigo 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, assegurando o direito de regresso contra o responsável no caso de dolo ou culpa.

Não importa se a lesão ocorrida com a prestação jurisdicional foi ocasionada por ato lícito, ilícito ou por um comportamento omissivo ou comissivo do magistrado. Em todos esses casos, deve o Estado reparar o dano ocorrido com a prestação desse serviço público, não devendo estar restrita às hipóteses previstas em lei. Essas se mostram limitativas em extremo, principalmente quanto ao regime de indenização estatal constante no Código de Processo Penal, a qual se mostra incompatível com as garantias do indivíduo.

A demora injustificada na prestação jurisdicional, o erro judiciário, os danos decorrentes de algumas hipóteses que ensejam ação rescisória, as detenções cautelares indevidas ou injustificadas, bem como outras situações que possam gerar danos aos particulares, devem ensejar a responsabilidade do Estado, quando o dano e o nexo causal ficarem demonstrados.

No que se refere ao sistema carcerário brasileiro, resta evidente uma necessária e urgente reforma, bem como se faz notória uma regulamentação mais garantista e menos restritiva da previsão de indenização para aqueles indivíduos presos provisoriamente, sem o devido julgamento, de forma ilegal e/ou injustificada, que muitas vezes ao final do processo, são absolvidos.

Quanto à aplicabilidade da indenização por privação da liberdade, tanto lícita quanto ilícita, no Brasil, apesar do vazio legislativo, percebemos uma maturação doutrinária e jurisprudencial coadunando-se com cenário internacional, em específico com o do Direito Europeu.

Mesmo que em minoria, encontramos precedentes jurisprudenciais na Suprema Corte e no Superior Tribunal de Justiça brasileiro, no sentido de ampliação ao texto restrito e omissivo da Constituição, refutando a ideia de irresponsabilidade estatal no exercício da sua função jurisdicional e partindo para uma maior garantia reparatória ao cidadão.

À guisa de conclusão, percebemos no decorrer desta pesquisa, uma tendência de uniformização, no que se refere ao instituto de responsabilização do Estado no exercício da sua função jurisdicional. Nomeadamente, no que se refere à indenização por privação da liberdade do indivíduo, encontramos uma legislação mais amadurecida e coerente em Portugal. Tanto no texto constitucional quando na norma infraconstitucional processual penal, mesmo com as reservas já apontadas, encontramos um sistema mais garantista em um regime mais denso e específico que o brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO. Trabalhos preparatórios da reforma. Coimbra: Coimbra, 2002.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2ª ed. atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008.

ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário*. Vol. I e II. Campinas: Bookseller, 2001.

AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Cláudio de Cicco e Maria C. J. Santos. Brasília: Unb, 1999.

BUZAID, Alfredo. Da responsabilidade do juiz. *Revista de Processo*, n.9, São Paulo, RT, p.15-36, jan.-mar. 1978.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*. Coimbra: Coimbra, 2008.

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970, 2v.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um Advogado*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAMARGO, Luís Antonio de. *A responsabilidade civil do Estado e o erro judiciário*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de Direito Civil: Institutos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

CATARINO, Luís Guilherme. *A responsabilidade do Estado pela administração da justiça: o erro judiciário e o anormal funcionamento*. Coimbra: Almedina, 1999.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Ed. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

CONSEIL DE L'EUROPE. Comité des Ministres. Disponível em: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?ef=Rec%282006%292&Language=lanFrench&Ver=orinal&Siteorigi=COE&ackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Agência CNJ de Notícias*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2010.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Coimbra: Almedina, 2008.

CONSTITUTION DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Paris: Dalloz, 2009.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. *Revista Forense*, n. 230, Rio de Janeiro, p. 37-46, abr.-jun. 1970.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. rev. aum. Santa Catarina: Renovar, 2006.

DIAS, Nélia Daniel. *A responsabilidade civil do juiz*. 2ª ed. Lisboa: DisLivro, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 11ª ed. rev. aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. P. Andrés Ibáñez; A. Ruiz Miguel; J. C. Bayón; J. Terradillos; R. Cantarero. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FILHO, Lair da Silva. *Responsabilidade pública por atividade judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 3ª ed. aum. amp. São Paulo: Saraiva, 1993.

GOMES, Luiz Flávio. *Código Penal, Código de Processo Penal e Constituição Federal*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini e Outros. *Recurso no processo penal*. 10ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html>>. Acesso em: 01 jul. 2010.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: BOCH, 1984;

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Mª del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999

HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito Administrativo e judiciário*. São Paulo: Leud, 1998.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. *Responsabilidade do Estado por prisão indevida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

JAKOBS, Günther. *Ciência do direito e ciência do direito penal*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. (Estudos de Direito Penal; v.1).

JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003 (Estudos de Direito Penal; v.6);

JAKOBS, Günther. *Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido: dois estudos de Günther Jakobs*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003 (Estudos de Direito Penal ; 3);

LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Paris: Dalloz, 2006.

LA INSOSTENIBLE SITUACIÓN DEL DERECHO PENAL, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.). *Estudios de Derecho penal*, dirigidos por Carlos Maria Romeo Casabona. Granada: Editorial Comares, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. São Paulo: Brookseller, 1998, 4. v.

MEDEIROS, Rui. *Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos: ensinar e investigar*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34^a ed. São Paulo, 2008.

MEIRELLES, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5961&p=1>>. Acesso em 01 mar. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora RT.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, João Aveiro. *A Responsabilidade Civil por Actos Jurisdicionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 1v.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais*. São Paulo: LTr, 2003.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público. Dimensão Constitucional e Repercussão no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General - Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*; tomo 1. Tradução e notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier De Vicente Remesal; Civitas; Madrid, 1997;

ROXIN, CLAUS. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Tradução de Carmen Gómes Rivero y María del Carmen GarcíaValencia; Tirant lo Blanch, 2000;

ROXIN, CLAUS. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da Psicanálise: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*. 2ª ed. actualiz. Coimbra: Almedina, 2009.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade Civil Administrativa*. Lisboa: Dom Quixote, 2008.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 5ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil pela prática de atos ilícitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

STOCO, Rui. Responsabilidade do Estado por erro judiciário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 21, São Paulo, RT, p. 91-101, jan.-mar. 1998.

STREG. Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen. Disponível em: <<http://www.juris.de>>. Acesso em: 01 mar. 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 3v.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 4v.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 4ª ed. trad. Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*. Crise. Acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.