

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO

MATHEUS PEREIRA ROCHA

**ESTUDO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ABSOLVIÇÃO
EM EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA**

Porto Alegre

2018

MATHEUS PEREIRA ROCHA

**ESTUDO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR
ABSOLVIÇÃO EM EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA**

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Privado da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial para a obtenção do grau
de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Nubens Barbosa
Miragem

Porto Alegre

2018

MATHEUS PEREIRA ROCHA

**ESTUDO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR
ABSOLVIÇÃO EM EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem.

Aprovada em: Porto Alegre, 12 de janeiro de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Orientador)

Prof. Dr. Fabiano Menke
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

AGRADECIMENTOS

Escrevendo estes agradecimentos alguns dias após o Natal, estas talvez sejam as linhas mais difíceis de todo o estudo. Sabendo que *o homem é o ser e suas circunstâncias*¹, muitas pessoas contribuíram para que eu chegasse a esse ponto, as quais formam uma lista infindável, mas algumas merecem destaque. Não sem antes dizer, com profunda confiança na fé da qual me alimento, que a jornada que hoje completo só foi possível pela incomparável Graça de nosso Senhor. É Ele quem provoca (e apoia): *ide, buscai águas mais profundas*, ou, em palavras mais cotidianas, instiga-nos a ir além, a realizar todo nosso potencial humano, a acreditar que algo grande, verdadeiro e bom pode ser feito, ainda que não seja fácil. Afinal, ainda falando de navegação, já nos alertava Fernando Pessoa que quem quer passar além do Bojador², tem que passar além da dor, pois Deus, ao Mar, perigo e abismo deu, mas foi nele que espelhou o céu.

Nessa jornada iniciada em 2012, as alegrias foram muitas, diversas pesquisas foram realizadas, grandes amizades criadas, dois excelentes intercâmbios conquistados, algumas solas de sapatos gastas nas correrias de estágios, e tantas outras oportunidades aproveitadas, ao custo de muito esforço e alguma abdicação. Esse novo mundo descoberto, no qual entrei adolescente e saí adulto, custou-me também o tempo e a distância de estar com quem mais amo. É por isso que agradeço a minha mãe, Lélis, por sua incansável coragem, sua dedicação e seus conselhos, fazendo-me sempre ver mais longe; ao meu pai, Everaldo, pelo imprescindível apoio e segurança em todos os momentos; e a minha irmã, Vitória, pelo companheirismo de sempre, tanto nos dias bons quanto nos dias difíceis.

Ao meu orientador, Prof. Bruno Miragem, sou grato, primeiramente, pela oportunidade de, em quase quatro anos, vivenciar sua parceria não apenas em sala de aula, mas também em grupos de pesquisa, salões de iniciação científica, jornadas do BRASILCON, e tantas outras experiências. Em diversas ocasiões, pude observar de perto seu brilhantismo, atualidade e capacidade de transmitir o conhecimento, mas, ainda mais, pude observar sua humildade e profissionalismo, razão pela qual reforço a alegria em contar com sua orientação. Em seu nome, agradeço a todos os grandes professores que tive.

Além de compartilharmos bons momentos juntos, alguns amigos também auxiliaram fortemente na realização deste trabalho, seja debatendo as ideias aqui desenhadas, seja revisando partes do texto, indicando bibliografia ou traduzindo alguns trechos. É por isso que registro meu agradecimento ao Augusto Machado, Clóvis Strasburg, Leonardo Contin, Luiza Moreira, Martín Gawski, Matheus Machado, Priscila Borges e Rafael Pinter.

Colaboraram também na obtenção de dados para as pesquisas realizadas o Des. Umberto Sudbrack e sua equipe, os professores da Fundação Getúlio Vargas, Dr. Thiago Bottino e Dr. Ivar Hartmann, o Defensor Público da União, Dr. Gustavo Zortea, e a Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, Dra. Thais Lima. Desculpando-nos por eventual erro no tratamento das informações, agradecemos imensamente sua disponibilidade e atenção.

¹ “Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo.” (ORTEGA Y GASSET, *Meditaciones del Quijote*. 1914.)

² A passagem do Cabo Bojador foi um dos marcos mais importantes da navegação portuguesa. Derrubou os velhos mitos medievais e abriu caminho para os grandes descobrimentos. Ao passar o Cabo Bojador, os navegadores portugueses entraram em mares até então desconhecidos, enfrentando inúmeros perigos.

Aos colegas da Direção de Logística do Tribunal de Justiça do Estado, agradeço a compreensão e apoio durante essa fase de minha formação, e o contínuo aprendizado sobre o profissionalismo no serviço público.

Aos amigos “mundo a fora” da Universidade de Coimbra, e aos “vocacionados ao serviço público” da Fundação Botín, aos amigos do Colégio Dom Feliciano, aos irmãos de fé do CLJ-NSA e do “DC”, da Faculdade de Direito da UFRGS, da “turma do REUNI 2012/2”, da *Revista Res Severa Verum Gaudium*, da *Gestão Inteira* do Centro Acadêmico André da Rocha e do Grupo de Pesquisa Direito Privado e Acesso ao Mercado, muito obrigado! Cada um de vocês compõe um pouco da minha caminhada e da minha personalidade, e, por consequência, também fazem parte desse momento.

Aos meus familiares, agradeço a compreensão por minhas ausências. Os anos passados entre a preparação para o vestibular da UFRGS e a conclusão deste curso levaram-me pessoas muito queridas: meu amado dindo Adroaldo, minhas queridas avós Ireni e Laura, meu avô José e meu tio José Moacir. Sendo imensurável a falta que fazem seus abraços, a saudade eu tento transformar na confiança de que, lá do Alto, acompanham-me e alegram-se com minha caminhada.

Enfim, cada colaboração constitui parte de um tesouro que carregarei para sempre. A todos vocês, muito obrigado por tudo!

Numa época de nossa história em que as ruas das cidades inspiram medo e desespero, em vez de orgulho e esperança, é difícil manter a objetividade e a preocupação com os nossos concidadãos. Porém, a medida da grandeza de um país é dada pela sua capacidade de manter a compaixão em tempos de crise.

-Thurgood Marshall

(Furman v. Georgia, 408 U.S. 238, 17/01/1972)

Em nome dos constituintes, seus pais, dizemos com amor, ternura e fé, à recém-nascida:

Seja o amparo dos fracos e injustiçados, e o castigo dos fortes e prepotentes. Expulse a ditadura do Brasil, pela prática do ofício público, com honestidade, competência, compromissos sociais cumpridos pela autoridade do exemplo, mais do que pelo ruído das palavras.

O homem é o fim e o Estado é o meio; na disputa entre o Estado e o homem, fique o homem amparado pela razão.

Seja alegre, a alegria é o testemunho dos fortes; seja corajosa, sem a coragem todas as virtudes perecem na hora do perigo; não seja escapatória, pois a indecisão é o refúgio dos fracos; seja a núncia da esperança, a esperança é o sinal de que o homem pode vencer.

Não fique somente nas estantes, saia, ande, escute, olhe mais do que escute, mais vale ver uma vez, do que ouvir cem vezes.

-Ulysses Guimarães

(Discurso ao final da votação da Constituição da República Federativa do Brasil, 01/09/1988)

RESUMO

Partindo da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292/SP, o presente trabalho de conclusão de curso coloca o seguinte problema: *caso o réu preso por execução provisória de pena seja, ao final do processo, absolvido por uma instância superior, este teria pretensão à indenização em sede de responsabilidade civil do Estado?* Trata-se, pois, de tema complexo, conjugando conhecimentos de direito civil, direito administrativo, e direito processual penal. Assim, utilizando-se da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, esta investigação, em um primeiro momento, parte de uma síntese histórica da responsabilidade civil por ato jurisdicional, para melhor compreender o estágio atual da matéria, buscando-se, posteriormente, delimitar os tipos de atos oriundos do Poder Judiciário que podem ensejar a responsabilidade civil do Estado. A partir da definição da tipologia desses atos, serão sistematizadas as hipóteses de imputação da responsabilidade, a partir da legislação atual. No segundo momento, ingressa-se na questão da execução provisória de pena, realizando-se a análise em quatro perspectivas: primeiro, uma análise quantitativa do caso, seguida por uma abordagem acerca de argumentos consequencialistas eventualmente utilizados pelos operadores do direito. Após, visando a uma melhor compreensão do assunto, realiza-se uma análise de direito comparado nos ordenamentos jurídicos de Espanha, França e Portugal. Por fim, a doutrina e jurisprudência nacional serão abordadas, buscando-se uma sistematização dos argumentos contrários e favoráveis à hipótese de indenização, para, então, propor um modelo possível de resolução da questão, baseado em uma interpretação extensiva do art. 5º, inciso LXXV da Constituição de 1988, fundado no princípio da igualdade de distribuição dos encargos públicos.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado; Poder Judiciário; Execução Provisória de Pena; Absolvição; Ato lícito; Direito Comparado;

ABSTRACT

Based on the decision of the Supreme Federal Court at Habeas Corpus 126.292/SP, the present work presents the following problem: *if the defendant arrested for provisional execution of sentence is, at the end of the proceedings, acquitted by a higher instance, could he claim compensation based on State's liability?* It is a complex subject, combining knowledge of civil law, administrative law, and criminal procedural law. Thus, using the bibliographical and jurisprudential research, this investigation, at first, starts with a historical synthesis about the civil responsibility by a jurisdictional act, to better understand the current stage of the subject, seeking later to delimit the types of acts from the Judiciary that may give rise to civil liability of the State. From the definition of the typology of these acts, the hypothesis of imputation of responsibility will be systematized, based on the current legislation. In the second moment, it deals with the question of the provisional execution of sentence, being carried out the analysis in four perspectives: first, a quantitative analysis of the case, followed by an approach on consequentialist arguments eventually used by the law operators. Afterwards, aiming at a better understanding of the subject, an analysis of comparative law is carried out in the legal systems of Spain, France and Portugal. Finally, the national doctrine and jurisprudence will be approached, seeking a systematization of the opposing and favorable arguments to the hypothesis of compensation, to then propose a possible model for solving the issue, based on an extensive interpretation of art. 5, subsection LXXV of the 1988 Constitution, founded on the principle of equal distribution of public charges.

Keywords: State Liability; Judicial Power; Provisional Execution of Sentence; Exonerating; Legal Act; Comparative Law;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO JUDICIAL	15
1.1 Síntese Histórica	16
1.2 Conceitos Iniciais	20
1.3 Hipóteses de Ocorrência	23
1.3.1 <i>A Falta do Serviço Público da Justiça</i>	24
1.3.2 <i>A Falta do Juiz</i>	27
1.3.3 <i>O Erro Judiciário</i>	32
1.3.4 <i>Prisão Além do Tempo Fixado na Sentença</i>	36
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABSOLVIÇÃO EM CASO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA	42
2.1 Enquadramento da Questão	42
2.1.1 <i>Síntese do julgamento do HC 126.292/SP</i>	43
2.1.2 <i>A Responsabilidade Civil do Estado e a atualidade do julgamento do RE 580.252/MS</i>	46
2.1.2.1 <i>A Responsabilidade Civil do Estado e a Reserva do Possível</i>	47
2.1.2.2 <i>A Reparação In Natura do Dano</i>	49
2.2 Análise Quantitativa de Casos	51
2.2.1 <i>Histórico do debate estatístico no caso</i>	52
2.2.1.1 <i>Taxa de reversão em favor do réu</i>	52
2.2.1.2 <i>População atingida pela execução provisória</i>	56
2.2.2 <i>Projeções</i>	58
2.3 Análise Consequencialista	60
2.3.1 <i>Consequências sobre a conduta do magistrado</i>	66
2.3.2 <i>Consequências sobre a conduta da vítima</i>	68
2.4 Análise de Direito Comparado	69
2.4.1 <i>Espanha</i>	71
2.4.2 <i>França</i>	73
2.4.3 <i>Portugal</i>	76
2.5 Análise dos principais argumentos contrários e favoráveis à responsabilidade do Estado	80
2.5.1 <i>Argumentos contrários à responsabilização</i>	81
2.5.2 <i>Argumentos favoráveis à responsabilização</i>	83
2.5.2.1 <i>Interpretação extensiva do conceito de erro judiciário</i>	84
2.5.2.2 <i>Consagração do princípio da dignidade da pessoa humana</i>	85
2.5.2.3 <i>Amplitude das hipóteses de responsabilização</i>	86
2.5.2.4 <i>Responsabilidade Civil do Estado por Ato Lícito</i>	88
2.5.2.5 <i>Responsabilidade Civil Processual do Estado</i>	89
2.5.2.5.1 <i>Uma distinção necessária: a execução provisória</i>	90
2.5.2.5.2 <i>Uma provocação: sobre o conceito de sentença</i>	91
2.5.3 <i>Posição que se adota</i>	92
CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS	100

ANEXO A – Quadro comparativo da taxa de reversão em favor do réu	107
ANEXO B – Quadro de análise das indenizações por prisão indevida nos Tribunais Superiores	109
ANEXO C – Jurisprudência Nacional Citada	110

INTRODUÇÃO

É melhor que dez culpados escapem do que um inocente sofra, já afirmava William BLACKSTONE³ em 1765, ao defender o princípio da presunção de inocência. Tal preocupação vem acompanhando juristas de todo o mundo ao tentarem definir os limites dessa presunção em face da necessidade de concretização da justiça.⁴ Em 17 de fevereiro de 2016, este dilema foi novamente apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o HC 126.292/SP, ocasião na qual os ministros da Corte firmaram a seguinte tese: *a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal*.⁵

Ao defender a nova posição adotada no sentido de permitir o que foi chamado de execução provisória de pena, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que *o sistema que tínhamos não era garantista, ele era um golaço da impunidade*⁶. O ministro formulara tal frase de efeito ao analisar o caso de Edmundo, um famoso jogador de futebol brasileiro, condenado a 4 anos e meio de prisão, em outubro de 1999, por ter provocado, ao sair de uma festa, um acidente automobilístico que resultou na morte de 3 pessoas. Apenas no Superior Tribunal de Justiça (STJ), seus advogados entraram com nada menos do que 21 recursos, e outros tantos no STF, até que, em 2011, foi declarada a prescrição da pena⁷.

Agora, note-se outro caso paradigmático. Em 2015, Rafael R. foi abordado por agentes da Brigada Militar, verificando-se que trazia consigo 0,7g de crack. O rapaz foi denunciado por tráfico de drogas⁸, porém o juízo de primeiro grau desqualificou a conduta, interpretando que o acusado era apenas usuário de entorpecentes. Em recurso para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁹, Rafael foi condenado, em agosto de 2016, à pena de 7 anos

³ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. 1765. apud DOMENECH-PASCUAL, Gabriel. *Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a um inocente sin compensación?* Revista para el analisis del derecho. Barcelona. 2016. pg. 29. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2696988. Acesso em 12/10/2017.

⁴ Nesse sentido, não se esqueça a célebre formulação de BECCARIA, *"não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo"*. (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1764. Trad. Ed. Ridendo Castigat Mores. Pg. 40. Disponível em http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select_action=&co_autor=150. Acesso em 07/10/2017.)

⁵ STF, HC 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgado em 17/02/2016.

⁶ Voto do Min. Luis Roberto Barroso no julgamento do pedido de liminar nas ADC's n° 43 e 44, pg. 08, disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/ADC-43-e-ADC-44-Minuta-de-voto-5set2016.pdf>. Acesso em 07/10/2017.

⁷ STF, AI 794971/RJ. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 14/09/2011.

⁸ Incurso no art. 33, caput, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006

⁹ TJRS, Apelação 70069060606. 1º Grupo Criminal Rel. Des. Rosaura Marques Borba. Julgado em 05/08/2016.

de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Por fim, em fevereiro de 2017, o STJ, no julgamento do HC 373.364¹⁰, retomou a decisão de primeiro grau, desqualificando a conduta do acusado, e declarando extinta sua punibilidade, diante do cumprimento de medida mais severa do que a pena aplicável.

Delimitando o Objeto

Se aplicarmos para os dois casos o novo entendimento do STF, ambos teriam iniciado o cumprimento de pena a partir do acórdão penal proferido em grau de apelação, porém teriam sido absolvidos pelas instâncias superiores antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Do mesmo modo que Edmundo e Rafael, diversos outros réus poderiam ser condenados pelos tribunais de segunda instância, mas posteriormente absolvidos pelo STJ ou STF por reconhecimento de atipicidade da conduta, prescrição, nulidades processuais, declaração de inconstitucionalidade do tipo penal, reconhecimento de retroatividade de lei mais benéfica, entre outras situações. Não se desconsidera que não é possível revolver o conjunto fático-probatório dos processos no âmbito das Cortes Superiores¹¹, porém, também é preciso considerar que a delimitação de questões de fato e questões de direito não é clara¹², podendo uma análise mais acurada das questões de direito implicar um novo olhar sobre as questões de fato, resultando em uma absolvição do réu¹³. Nesse sentido, veja-se a decisão do STJ que entendeu que a devolução do peixe vivo ao rio demonstra a mínima ofensividade ao meio ambiente, não constituindo crime ambiental¹⁴, ou então a decisão do STF que entendeu que não incorreu em crime o sujeito que utilizava um pingente contendo um projétil de uso restrito como adorno¹⁵.

Feitas estas considerações iniciais, pergunta-se: *Caso o réu preso em execução provisória de pena seja, ao final do processo, absolvido por uma instância superior, este teria*

¹⁰ STJ, HC 373.364. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Julgado em 16/02/2017.

¹¹ Súmula n° 7 do STJ e Súmula n° 279 do STF

¹² “Nem tudo o que compete à questão-de-facto é irrevisível e nem tudo o que compete à questão-de-direito é revisível. (...) Se se quiser designar por “questão-de-facto” o domínio do não-revisível, e por “questão-de-direito” o domínio do revisível, nada o impede – embora a equivocidade daí resultante o desaconselhe. De qualquer modo, deverá ter-se presente que aqueles conceitos são puramente dogmáticos, ou meras fórmulas designativas e não critérios delimitativos do objetivo do recurso.” (CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico e da sua metodologia e outros*. Coimbra Editora. Coimbra. 1995. pg.530).

¹³ “A noção de que fato e direito possam ser separados no contexto de uma decisão judicial é desmentida pela ideia de “espiral hermenêutica” e de “pré-compreensão”, em que o fato e o direito são entrelaçados, envolvem-se mutuamente no ato de decidir e não são elementos rigorosamente heterogêneos” (KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. pg. 268)

¹⁴ STJ, REsp 1.409.051/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro. Julgado em 20/04/2017.

¹⁵ STF, HC 133.984/MG. 2ª Turma. Rel. Min. Carmen Lúcia. Julgado em 17/05/2016

pretensão à indenização em sede de responsabilidade civil do Estado? Tal pergunta se situa dentro do problema da responsabilidade civil do Estado por prisão injusta ou indevida, o qual já possui diversos trabalhos na doutrina abordando a situação do sujeito que foi preso preventivamente, mas que ao final do processo foi declarado inocente. Com a recente decisão do STF a que se fez menção, pretende-se ampliar a discussão, agora sobre a absolvição após o cumprimento provisório da pena.

Importa destacar, neste momento, que não se irá abordar questões de mérito acerca da decisão proferida no HC 126.292/SP, uma vez que este é o ponto de partida e pressuposto para formular as questões envolvendo a responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional. De igual modo, de pronto registra-se que não se trata aqui de responsabilidade pessoal do magistrado que determinou o início da execução da pena, uma vez que assim não é concebido nosso sistema. Trata-se, pois, de responsabilidade do Estado, pela forma e requisitos que serão expostos no decorrer deste trabalho.

Objetivos, Justificativas, Metodologia e Estrutura

O objetivo geral deste trabalho é analisar o regime atual da responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional no Brasil, mais especificamente dentro da temática da prisão injusta ou indevida, de modo a verificar se o Estado deve indenizar o réu que iniciou a execução da pena e foi, ao final do processo, absolvido. Para alcançar esse objetivo, busca-se esclarecer com que frequência estes casos ocorrem, analisar o panorama internacional da matéria por meio do direito comparado, bem como identificar as linhas argumentativas e as posições adotadas pela doutrina e pela jurisprudência brasileira.

Como já mencionado, parte-se da admissibilidade da execução provisória ou antecipada da pena como pressuposto, não cabendo aqui maiores discussões acerca da adequação da medida, registrando, porém, o entendimento de que a decisão parece acertada, uma vez que, por exemplo, o Caso Edmundo, já mencionado, não era uma exceção, mas uma infeliz reincidência¹⁶. Disso, porém, não se abstrai que aquele que tiver sua inocência constatada para o tipo penal que ensejou sua prisão, deva arcar com todos os ônus da medida.

Uma vez que não é possível voltar no tempo e restituir-lhe a liberdade, deve-se verificar se é pertinente e em que casos se admitiria a responsabilidade do Estado. Garantir a execução antecipada da pena e indenizar a liberdade injustamente tolhida - ainda que a inocência seja verificada apenas no final do processo - são as duas faces de uma mesma moeda,

¹⁶ Ademais, parecem razoáveis os argumentos sobre os limites da presunção de inocência, a incapacidade do STJ e STF para reanalisar o conjunto fático-probatório, além do baixo índice de reversões, ressalvado o respeito a entendimentos diversos.

que devem trabalhar em conjunto para concretizar o ideal de justiça, tanto pelas lições de BECCARIA¹⁷, em que *não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo*, quanto pela máxima de GAIO: *alterum non laedere, suum cuique tribuere* (não causar dano a outrem e dar a cada um o que é seu).

Nesse sentido, o problema proposto situa-se em um contexto de crise e renovação da responsabilidade civil¹⁸, influenciado fortemente pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais após a Constituição de 1988, em que o intérprete é condicionado a modelar todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte¹⁹. Influencia também nessa nova compreensão do instituto a centralidade da pessoa humana para o direito privado, conhecida como o fenômeno da *repersonalização do direito civil*, passando-se a valorizar a pessoa em sua dimensão existencial, especialmente na proteção de sua integridade física e moral. Ademais, registra-se a virada axiológica proposta pela compreensão da responsabilidade civil como um *direito dos danos*, deixando de se ter como centro do instituto o lesante e a busca da ilicitude de sua conduta para ter como foco a vítima que, lesada em sua esfera material ou moral, deve ser indenizada²⁰ sempre que for materialmente justo e normativamente adequado²¹. Como bem recorda AGUIAR JR., registrando as lições dos mestres Boris Starck²² e Jorge Mosset Iturraspe, as antigas teorias sobre a responsabilidade civil se colocavam unicamente do ponto de vista do autor do dano, porém a causa jurídica da responsabilidade civil não pode ser plenamente percebida senão em se colocando do ponto de vista da vítima²³.

Assim, este trabalho iniciará com um apanhado geral sobre as origens e conceitos básicos da responsabilidade civil do Estado por ato judicial, esclarecendo-se em que hipóteses é reconhecido o dever de indenizar pelo Estado, além de introduzir o problema do tratamento jurídico da prisão injusta ou indevida, especialmente quanto à prisão preventiva seguida de

¹⁷ BECCARIA, Cesare. *Op. cit.* p. 40.

¹⁸ Registra-se que o campo em questão é matéria tanto do direito administrativo, por se tratar de relação de administração, mas igualmente dependente dos fundamentos de direito privado, como são os pressupostos da responsabilidade por danos, suas excludentes, entre outros temas essenciais à sua compreensão (*vide* MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. Ed. Saraiva. 2015. pg. 405.)

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil, apud.* MIRAGEM, Bruno, *op. cit.* p. 28.

²⁰ MIRAGEM, Bruno. *op. cit.* pgs. 23-41.

²¹ MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. *Estudos a propósito da responsabilidade objetiva*. Ed. Principia. 2014. p. 29

²² “A razão, a causa jurídica de qualquer responsabilidade civil, só pode ser vista completamente do ponto de vista da vítima. (...) A existência do direito à segurança de nossa pessoa e da nossa propriedade, a obrigação correlativa de respeitá-los, é a base jurídica da responsabilidade civil.” (*Tradução livre do autor*) (STARCK, Boris. *Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privé*. Paris, Rodstein, 1947. Pg. 259-260)

²³ AGUIAR JR., Ruy Rosado. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil*. Revista Ajuris, v. 59. 1993. pg.13

absolvição. Após, em uma segunda parte, será esclarecido mais detalhadamente o objeto do trabalho, enquadrando a questão do julgamento do HC 126.292/SP, sua recepção pelos tribunais, além de uma análise da jurisprudência atual sobre a responsabilidade civil do estado por ato judicial. Seguindo, os efeitos da referida decisão serão analisados a partir de uma análise quantitativa dos casos, buscando-se traçar algumas projeções. Após, será verificado se os países que adotam o mesmo entendimento reconhecem a responsabilidade do Estado nos casos de absolvição. Por fim, haverá de se realizar um levantamento das posições contrárias e favoráveis sobre o assunto, de modo a sistematizá-las e compreendê-las, para posteriormente subsidiar eventual tomada de posição.

Para o bom prosseguimento deste percurso, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, instrumentalizado pela pesquisa doutrinária, jurisprudencial e quantitativa. Tem-se como hipótese a ideia de que o ordenamento jurídico brasileiro admite o dever do Estado em indenizar o réu que foi submetido à execução provisória de pena e posteriormente absolvido, sendo a mesma testada pelos levantamentos doutrinários, jurisprudenciais e quantitativos já descritos.

Seguro de que *é melhor que dez culpados escapem do que um inocente sofra*, o mesmo não se poderia dizer no âmbito da responsabilização civil, em que a sentença “*é melhor ter dez culpados indenizados do que um inocente sem reparação*”²⁴ parece longe do razoável e incompatível o devido equilíbrio de nosso ordenamento. Importa, pois, enfrentar o tema com a sobriedade que ele merece, identificando e sistematizando as hipóteses em que for justo falar em indenização, de modo a evitar a simples repetição de razões de Estado para não reconhecer o dever de indenizar, muitas ainda carregando resquícios do dogma “o Rei não erra” e levando consigo inocentes que mereceriam reparação de seus danos. Se, ao final, chegar perto de tal marca, essa monografia terá cumprido o seu papel.

²⁴ DOMENECH-PASCUAL, Gabriel. *Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a um inocente sin compensación?* Revista para el analisis del derecho. Barcelona. 2016. pg. 30.

1 O REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO JUDICIAL

As garantias de que se cerca a magistratura no direito brasileiro, previstas para assegurar a independência do Poder Judiciário, em benefício da Justiça, produziram a falsa ideia de intangibilidade, inacessibilidade e infalibilidade do magistrado, não reconhecida aos demais agentes públicos, gerando o efeito oposto de liberar o Estado da responsabilidade pelos danos injustos causados àqueles que procuram o Poder Judiciário precisamente para que seja feita justiça.²⁵

Em 1993, o Prof. Ruy Rosado AGUIAR JR. já alertava que, enquanto a doutrina sobre a responsabilidade civil da administração pública em geral se desenvolve e amplia suas hipóteses de incidência, o tema da responsabilidade civil do Estado por fato da justiça segue aplicado restritamente, contribuindo para a despreocupação com o aperfeiçoamento do serviço público da justiça e a simplificação dos procedimentos²⁶. Tal constatação origina-se do fato de que a ideia de responsabilidade do Estado converge atualmente para a própria noção de Estado de Direito, uma vez que vem a significar o reconhecimento de limites efetivos ao poder da autoridade pública²⁷, o estímulo ao aperfeiçoamento das suas práticas e a reparação integral do dano injusto.

A ordem constitucional brasileira estabelecida pela Constituição de 1988, portanto, ao dispor sobre a responsabilidade da administração pública, especialmente no parágrafo 6º do seu art. 37²⁸, forneceu as diretrizes para um sistema de responsabilidade civil do Estado em que é possível traçar as seguintes características²⁹:

- a) O agente da pessoa jurídica de direito público³⁰ é seu presentante, imputando-se a responsabilidade diretamente ao Estado, não se caracterizando uma responsabilidade transubjetiva;

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30. ed. São Paulo: Forense. 2017. p. 837.

²⁶ AGUIAR JR., Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. Revista Ajuris, v. 59. 1993. pg.5

²⁷ MIRAGEM, Bruno. Direito Civil - Responsabilidade Civil. Ed. Saraiva. 2015. pg. 405.

²⁸ “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” (art. 37, §6º da Constituição de 1988)

²⁹ Características sistematizadas por AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil*, pg. 10-13.

³⁰ Seja ele agente público, agente político, servidor público ou funcionário público, conforme ARAUJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. 7º Edição. Ed. Saraiva. 2015. p. 831-834)

- b) O Estado responderá sempre que gerar prejuízo a terceiro, independentemente de se questionar a culpa do serviço, sendo suficiente o fato do serviço, ressalvadas a ocorrência de culpa exclusiva ou concorrente do lesado;
- c) Tal responsabilidade se aplica aos fatos comissivos. Em se tratando de fatos omissivos, é preciso verificar a violação de um dever específico;
- d) Quanto ao regime das causas excludentes de responsabilidade, o Estado fica exonerado em caso de culpa exclusiva da vítima³¹, fato de terceiro e força maior. Não se considera, porém, o caso fortuito, pelo fato de que este é causa interna, inerente aos riscos do próprio serviço prestado;
- e) Quando se tratar de ato lesivo contrário a lei, o fundamento de tal responsabilidade será o **princípio da legalidade**. Porém, haverá hipóteses em que o Estado estará agindo dentro da legalidade, mas ainda assim sujeito ao risco de causar dano a outrem. Erige-se, assim, o dever de distribuir igualmente os ônus e encargos sociais, indenizando-se o sujeito que arcar individualmente com os prejuízos de tal medida, como concretização do **princípio da igualdade**³²;
- f) O ponto central de visualização do sistema, portanto, deslocou-se da ação do agente estatal (comportamento lícito ou ilícito) para a consideração da vítima e do dano injusto, de modo que o dano decorrente da atuação do Estado seja efetivamente reparado;
- g) Destaca-se, por fim, que a relação entre o Estado e o seu agente é de natureza subjetiva, respondendo o Estado diretamente em face do lesado e posteriormente podendo buscar ação regressiva contra o agente em casos de culpa ou dolo, o que se caracteriza como considerável avanço, principalmente em matéria de responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional, como será possível notar na sequência;

1.1 Síntese Histórica

Feitas estas breves considerações acerca do modelo de responsabilidade civil adotado pela Constituição de 1988, importa agora detalhar o regime de responsabilidade por ato

³¹ Veja-se, a título exemplificativo: TJRS. Ap. Civ. 70014413009. Rel. Des. Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard. 11^o Câmara Cível. j. 12/07/2006.

³² Nesse sentido, veja-se: MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil – Responsabilidade Civil* pgs. 454-455; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Ed. Almedina. 1974; RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Livraria Almedina. Trad. Rogério Ehrhardt Soares 1981. Pgs. 324-325.

judicial, partindo inicialmente de uma síntese histórica do instituto. Nota-se que, durante o período colonial do Brasil, vigoraram as Ordenações Portuguesas e suas leis complementares e extravagantes, sendo que as Ordenações Filipinas, de 1603, seguiram vigentes em território brasileiro até o ano de 1917, quando se inicia a vigência do primeiro Código Civil brasileiro. Quanto a este período inicial, destaca-se que as Ordenações Filipinas adotaram o modelo da responsabilidade pessoal do magistrado, como se nota na redação do seu Livro III, Título LXVIII, parágrafo 5º, em que consta determinação para que o juiz indenize a parte que for processada sem citação ou citação nula³³. Percebe-se, portanto, que o início da ideia de responsabilidade por ato jurisdicional reside na integral responsabilidade do magistrado por seus atos, mantendo-se inalterado este quadro após a independência brasileira, sendo que a Constituição de 1824 não regulou a matéria e o Decreto nº 737 de 1850 reiterou o modelo anterior, como se pode ver quando este dispõe que as nulidades arguidas e não supridas, ou pronunciadas pelo juiz, importarão em sua responsabilidade³⁴.

A novidade veio então com a promulgação do Código Penal de 1890, o qual impõe ao Estado o dever de indenizar o réu condenado por sentença criminal e depois reabilitado³⁵³⁶. Destaca-se que tal previsão foi realmente inovadora para a época. A título de comparação, na França, apenas em 08 de junho de 1895 foi aprovada lei para modificar o artigo 446 do Código Processual Criminal Francês para instituir um regime indenizatório, a cargo do Estado, em favor do condenado declarado inocente em processo de revisão³⁷.

O Código Civil de 1917, ainda que tenha previsto a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público por atos dos seus funcionários, seguiu a linha da responsabilidade pessoal do magistrado, ampliando as hipóteses de incidência, como se observa na redação dos artigos 294, 420, 421 e 1.552. Veja-se, nesse sentido, a redação do seguinte dispositivo:

Art. 1.550. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1.547.

Art. 1.551. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal (art. 1.550):

I. O cárcere privado.

³³ SALGUEIRO, Ângela dos Anjos Aguiar. *et. alii*. Ordenações Filipinas. Disponibilizadas pelo Instituto de História e Teoria das Ideias da Universidade de Coimbra em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p663.htm>. Acesso em 12/10/2017.

³⁴ Artigo 677 do Decreto nº 737 de 1850, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm. Acesso em 12/10/2017.

³⁵ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil*. pg.15

³⁶ “Art. 86. A reabilitação consiste na reintegração do condenado em todos os direitos que houver perdido pela condenação, quando for declarado inocente pelo Supremo Tribunal Federal em consequência de revisão extraordinária da sentença condenatória” (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em 12/10/2017.)

³⁷ AGUIAR JR., Ruy Rosado. *op. cit.* pg.24.

II. A prisão por queixa ou denúncia falsa e de má fé.

III. A prisão ilegal (art. 1.552).

Art. 1.552. No caso do artigo antecedente, nº III, só a autoridade, que ordenou a prisão, é obrigada a ressarcir o dano. (Grifou-se)

Seguem nessa linha o Código Penal de 1940, ao tipificar o crime de abuso de poder, em seu art. 350, e a Lei nº 4.898 de 1965, sobre a apuração de responsabilidade por abuso de autoridade, que afirma em seu art. 6º que o abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa, civil e penal. A externar a posição da jurisprudência à época, note-se o seguinte julgado do STF:

O erro judiciário é em princípio insuscetível de reparação civil. Mas o juiz pode ser responsabilizado, desde que se prove haver agido com dolo ou fraude.³⁸

O avanço na legislação brasileira é retomado com o Código de Processo Penal de 1942, quando a indenização do erro judiciário, a cargo do Estado, deixa de ser condicionada à reabilitação do réu para se condicionar à revisão da sentença condenatória, conforme a redação do seu artigo 630, ainda vigente. Ressalta-se, porém, que esta seria a única hipótese de indenização por ato jurisdicional, pois se afirmava que *só nos casos de revisão e rescisão da sentença, é que podem os particulares obter o ressarcimento do prejuízo causado por uma sentença ilegal*³⁹.

Durante a década de 1970, o regime da responsabilidade civil por atos do Poder Judiciário terá o incremento de duas importantes leis: o Código de Processo Civil de 1973 e a Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN) de 1979. O Código Buzaid, como ficou conhecido, repetiu a responsabilidade pessoal do magistrado em seu artigo 133, implicando à reparação das perdas e danos em caso de dolo, fraude, ou denegação da justiça (recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício). Já a LOMAN irá reproduzir este regramento em seu artigo 49, estendendo, porém, sua incidência também aos atos praticados nas demais jurisdições, além de prever, no artigo 56, a aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, para os casos de negligência manifesta e incapacidade para o serviço.

Com a vigência da Constituição de 1988, revitaliza-se o regime geral da responsabilidade civil do Estado, como já foi possível observar anteriormente. Destaca-se que

³⁸ Acórdão do STF, de 27/06/1950. *apud* ARAUJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. 7º Edição. Ed. Saraiva. 2015. p. 862.

³⁹ Acórdão do TJSP, de 15/08/1950, *apud* ARAUJO, Edmir Netto de. *op. cit.* p. 862.

este regime também se aplica aos atos judiciais⁴⁰, porém a jurisprudência majoritária tende a mitigar sua aplicação, ao entender que a regra do art. 37, §6º da Constituição não se aplica aos atos judiciais quando emanados de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico⁴¹.

Além disso, a Constituição localizou, no título dos direitos e garantias fundamentais, a consagração da hipótese de indenização, a cargo do Estado, pela ocorrência de erro judiciário, bem como pelo fato daquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença⁴². Trata-se, pois, de uma mudança de paradigma, rompendo-se com a lógica da responsabilização pessoal do magistrado, para uma lógica de indenizabilidade da vítima. Assim, importa registrar as palavras do Ministro Sepúlveda Pertence⁴³:

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.

Porém, o Ministro ainda continua e adverte:

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.

Diante deste novo enquadramento da matéria dado pela Constituição de 1988, as disposições legais que previam a responsabilidade pessoal do magistrado sofreram com a crítica da doutrina, especialmente o artigo 133 do Código de Processo Civil⁴⁴. Tal discussão, porém, foi sanada com a recente vigência do Código de Processo Civil de 2015, que em seu artigo 143 definiu que o juiz responderá, civil e regressivamente, pelas perdas e danos que der causa, restando inalteradas as hipóteses dos incisos I e II do antigo artigo 133 do CPC de 1973.

⁴⁰ “Partindo-se da premissa de que o *ato judicial* (e como tal se entende também o *ato jurisdicional*) é gênero da espécie “ato do serviço público”, ato do Estado através dos seus representantes (magistrados, neste caso), e considerando-se que esses representantes são agentes públicos, no sentido *lato*, ou mesmo funcionários ou servidores públicos no sentido estrito, fica claro que os atos jurisdicionais defeituosos praticados por esses agentes públicos no exercício da atividade judicante empenham regularmente a responsabilidade civil do Estado, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal vigente.” (ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 842.)

⁴¹ STF, AI 803.831 AgRE/SP, Rel.Min. Dias Toffoli, 1º Turma, j. 19/03/2013.

⁴² Artigo 5º, inciso LXXV, *in verbis*: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”

⁴³ STF, RE 505.393, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1º Turma, j. 26/06/2007.

⁴⁴ Pela inconstitucionalidade do artigo, veja-se ARAUJO, Edmir Netto de. *op. cit.* p. 840. Pela interpretação conforme a Constituição, AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil*. pg. 32.

Além do Código de Processo Civil, não se pode deixar de mencionar a atualização do Código Civil, de 2002, com alterações significativas quanto a esta matéria. O antigo artigo 1.552 afirmava que era ofensivo à liberdade pessoal a prisão ilegal, e que quanto a esta ofensa somente a autoridade que ordenou a prisão era responsável. Tal ressalva não aparece em sua nova redação, localizada agora no artigo 954, interpretando-se a indenização por prisão ilegal à luz do disposto na Constituição. Porém, ainda se encontram dispositivos prevendo a responsabilidade pessoal do juiz nos artigos 1.739 e 1.744, os quais tratam sobre a tutela de menores.⁴⁵

1.2 Conceitos Iniciais

Feitas estas considerações sobre o enquadramento histórico do regime de responsabilidade civil do Estado por atos judiciais, importa indagar quais destes atos estariam sujeitos a este regime. Desde logo registra-se que os autores que tratam da matéria utilizam classificações distintas para abordar o tema, sendo que alguns distinguem entre atos jurisdicionais típicos e atos de administração do processo⁴⁶, outros distinguem entre atos jurisdicionais *lato sensu*, atos jurisdicionais *stricto sensu*, e atos de administração da justiça⁴⁷, e, por fim, aprofundando-se na distinção entre o que é ato jurisdicional e o que é mera atividade administrativa, outros autores distinguem entre atos administrativos, atos de jurisdição voluntária, atos de execução e atos jurisdicionais propriamente ditos⁴⁸.

Sabendo que as palavras são polissêmicas e que se deve tomar certas precauções ao manusear categorias erigidas por autores diferentes, busca-se aqui colher as principais lições de cada um, de modo a definir mais claramente uma resposta à questão colocada.

ARAUJO destaca que o entendimento atual da doutrina da separação de poderes não se concebe como uma separação realizada em compartimentos estanques, mas sim delimita o campo das atividades predominantes dos órgãos de cada um dos três poderes⁴⁹. Nesse sentido, será admitida a prática de atos caracteristicamente da competência de outro poder sem prejuízo

⁴⁵ Registra-se, ainda, que existe proposta para criação de lei que regule a Responsabilidade Civil do Estado, conforme PL 412/2011, já aprovada na Câmara dos Deputados ([vide http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=492038](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=492038)) e atualmente tramitando no Senado Federal mediante o Projeto de Lei da Câmara 126/2015 ([vide https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123063](https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123063)). O projeto, salvo entendimento em contrário, apenas repete o que já está positivado quanto aos atos do Poder Judiciário.

⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. pg. 437; MESQUITA, Maria José Rangel de. Âmbito e pressupostos da responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional. *Revista do CEJ*, n° 11. Lisboa. 2009. pg. 274.

⁴⁷ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil*. pg. 34.

⁴⁸ ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 834-838.

⁴⁹ *Ibidem*, pg. 834.

da quebra do princípio da separação, como é possível observar em Comissões de Inquérito Parlamentar, no Poder Legislativo, ou Comissões de Sindicância, em órgãos da Administração Pública. Assim, também se observa o Poder Judiciário realizando diversos atos que não se enquadram no conceito de ato jurisdicional, em uma atividade de administração geral de seus serviços, visando ao gerenciamento de seu quadro de pessoal, material, transportes, comunicações, finanças, licitações, etc. Estes, portanto, seriam os **atos administrativos propriamente ditos**.

Além deles, pode ocorrer de o dano injusto originar-se por um erro de processamento ou demora na realização dos atos ordenados pelo juiz⁵⁰. Assim, é possível verificar a existência de **atos de administração da justiça**, que, para além da atuação do juiz, compreendem as atividades que o Estado necessariamente deverá desenvolver no processo para dar cabo ao seu dever de prestar a jurisdição, por meio dos serviços dos cartórios e demais auxiliares da justiça⁵¹.

O desafio, portanto, fica por definir o conceito de ato jurisdicional, uma vez que a definição de jurisdição, como bem recorda AGUIAR JR.⁵², tem sido objeto de tormentosos debates na doutrina do processo civil, constituindo-se em uma amálgama da contribuição de diversos autores. Nesse sentido, é possível entender a jurisdição como a substituição da atividade privada pela do juiz, segundo Chiovenda, ou a justa composição da lide, segundo Carnelutti. Destaca-se também as contribuições de Eduardo Couture, para quem a jurisdição tem por objeto dirimir conflitos mediante decisões com autoridade de coisa julgada, e de Galeno Lacerda, segundo o qual a jurisdição consiste no julgamento de questões controvertidas.

Assim, pode-se considerar a existência de **atos jurisdicionais em sentido estrito**, caracterizados como aqueles pelos quais o juiz decide sobre as pretensões deduzidas pelas partes e trazidas ao seu conhecimento⁵³, que a maioria da doutrina localiza na sentença de mérito, apta a ter eficácia de coisa julgada⁵⁴. Porém também é de se registrar os **atos jurisdicionais em sentido amplo**, compreendidos como atos de administração do processo mediante a atividade exercida pelo juiz, tanto antes como depois da sentença, tanto no

⁵⁰ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. pg. 444

⁵¹ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil*. pg. 35.

⁵² *Ibidem*. Pg. 34.

⁵³ MIRAGEM, Bruno. *op. cit.* pg. 437.

⁵⁴ AGUIAR JR., Ruy Rosado. *op. cit.* pg. 35.

juízo de medidas cautelares, quanto na fase de conhecimento ou na fase de execução, tanto na jurisdição contenciosa como na voluntária⁵⁵.

Registra-se que para ARAÚJO os atos de execução e de jurisdição voluntária se enquadram como atividade administrativa do Poder Judiciário, por serem atos secundários, caracterizados como *atividade-meio*⁵⁶. Não se descuida, porém, as observações de GREGÓRIO⁵⁷:

Ressaltamos que, para efeitos de responsabilidade civil do Estado, não há que se fazer distinção entre a jurisdição contenciosa e a jurisdição voluntária, em razão da existência de coisa julgada na primeira, e da não existência do instituto processual na segunda, pois, em ambas, os atos praticados por agentes do serviço judiciário que ensejarem danos deverão ser reparados pelo Estado, com posterior ação regressiva em caso de dolo ou culpa de seu agente. Logo, para a responsabilização do Estado não há diferença entre as características próprias a cada tipo de jurisdição.

Diante deste quadro, é possível dizer que **atos judiciais** serão um gênero configurado por toda atividade oriunda, *ratione personae*, do Poder Judiciário⁵⁸. Em algumas ocasiões, serão praticados apenas por magistrados para dar andamento ao processo judicial ou emitir decisões sobre as questões jurídicas apresentadas (**atos jurisdicionais**), e em outras serão praticados também por servidores desse Poder na administração de seus serviços (**atos administrativos propriamente ditos**), ou, então, buscando dar cumprimento a uma decisão judicial (**atos de administração da justiça**). Sendo emitidos por agentes públicos, claro está que o dano injusto que os atos administrativos e de administração da justiça causarem ao cidadão será indenizável pela incidência do art. 37, § 6º da Constituição, uma vez que não é lícito diferenciar os “poderes” do Estado para eximi-los da obrigação de ressarcir o dano.

A questão, porém, se torna mais delicada quando se trata dos atos jurisdicionais. Nos dizeres de MIRAGEM, não se cogita de responsabilidade pelos prejuízos causados pelos atos que expressem o exercício regular das funções jurisdicionais⁵⁹, devendo-se falar em responsabilização apenas quando da ocorrência de dano injusto. Para ARAÚJO, inclusive, o desenvolvimento de uma atividade jurisdicional normal e correta deve pressupor os seguintes requisitos⁶⁰:

- a) Processo regular, de acordo com as exigências, prazos e formalidades legais, sem vícios, nulidades ou atos tendenciosos;

⁵⁵ *Ibidem*, p. 35.

⁵⁶ ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 835-837.

⁵⁷ GREGÓRIO, Rita de Cassia Zuffo. A responsabilidade civil do Estado Juiz. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11112011-111330/pt-br.php>. Acesso em 21/10/2017.

⁵⁸ ARAUJO, Edmir Netto de. *op. cit.* p. 838.

⁵⁹ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. pg. 437.

⁶⁰ ARAUJO, Edmir Netto de. *op. cit.* p. 841-842.

- b) Legitimidade das partes e competência legal do órgão judiciário, magistrado singular ou colegiado;
- c) Decisão de acordo com o direito vigente, adequada ao caso concreto;
- d) Decisão de pleno acordo com a prova dos autos;

Diante disso, bem coloca AGUIAR JR. que o princípio da responsabilidade objetiva, satisfeito pela simples verificação do nexo causal entre o dano e seu causador, não é aceito de maneira irrestrita aos atos jurisdicionais porque a atuação do juiz, em se tratando de jurisdição contenciosa, pode resultar em alguma perda para uma das partes. Indenizar estas perdas significaria transferir para o Estado os riscos das contendas entre os particulares, em uma socialização absoluta dos prejuízos⁶¹.

Assim, o artigo 37, §6º da Constituição deve ser considerado como regra geral da responsabilidade civil do Estado, do qual não se exime a responsabilidade do Estado quando se tratar de **atos administrativos propriamente ditos e atos de administração da justiça**⁶². Porém, o regramento específico para os casos de **atos jurisdicionais, em sentido amplo e sentido estrito**, está previsto no artigo 5º, inciso LXXV, segundo o qual se deve indenizar objetivamente aqueles que sofrerem por erro judiciário ou prisão além do tempo fixado na sentença. É dentro destes limites, portanto, que se deve desenvolver a legislação ordinária sobre a responsabilidade por estes atos⁶³.

1.3 Hipóteses de Ocorrência

Traçado um panorama geral sobre o regime de responsabilidade civil do estado por ato judicial e delineados os conceitos basilares relativos aos atos emanados pelo Poder Judiciário que ensejam tal responsabilidade, é possível sistematizar as hipóteses de incidência do instituto na seguinte ordem: a) *a falta do serviço público da justiça*, b) *a falta do juiz*, c) *o erro judicial*, e a d) *prisão além do tempo fixado na sentença*. Destaca-se que estas são as hipóteses clássicas organizadas pela doutrina, porém os fenômenos verificados pela prática jurídica podem provocar questões complexas a serem conjugadas com um ou mais tipos, sendo

⁶¹ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil*. pg. 35.

⁶² Como já mencionado, citando a hipótese de evidente falta objetiva do serviço público da justiça, STF, RE 505.393, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1º Turma, j. 26/06/2007.

⁶³ A título exemplificativo, veja-se excerto do voto da Ministra Carmen Lúcia no julgamento do AI 599.501 AgR/PR: “a teoria da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos judiciais, salvo nos casos de erro judiciário e de prisão além do tempo fixado na sentença (inc. LXXV do art. 5º da Constituição da República) e nas hipóteses expressamente previstas em lei” (STF, AI 599.501/PR, Rel. Min. Carmen Lúcia, 2ª Turma, j. 19/11/2013).

interpretadas de modo distinto por cada autor, como é o caso do sujeito que fica recolhido em regime prisional diferente do que foi fixado pela sentença⁶⁴, ou o caso da prisão preventiva seguida de absolvição, a qual será tratada ao final deste ponto.

Verifica-se que o sistema instituído após a Constituição de 1988 buscou ir além da culpabilidade ou ilicitude, fazendo com que o fundamento da responsabilidade objetiva do Estado por ato do juiz baseie-se no *princípio da dignidade da pessoa humana* (mormente na hipótese de erro judiciário), *a liberdade* (que exige a limitação da intervenção legítima do Poder Público), *a igualdade* (que demanda a proporcionalidade na divisão dos encargos e ônus da atuação do Poder Público entre os cidadãos) e *a legalidade*. Pautando-se pela assunção de responsabilidade pelo Estado como regra geral, colocando-se a responsabilidade do magistrado de modo subsidiário, tal modelo está assentado em dois vértices: a responsabilidade civil e a responsabilidade disciplinar (cujo controle estará a cargo do Conselho Nacional de Justiça e dos tribunais), evoluindo-se do isolamento orgânico-corporativo do Judiciário para um modelo de responsabilidade social, nos parâmetros preconizados por Cappelletti⁶⁵.

1.3.1 A Falta do Serviço Público da Justiça

Conforme afirmado anteriormente, a responsabilidade do Estado por danos causados por seus agentes está consagrada no art. 37, §6º da Constituição, e tal dispositivo não descarta os atos oriundos do Poder Judiciário. Considerada como uma norma que adotou a teoria do risco administrativo, o foco do julgamento não está mais na análise da conduta do agente, mas sim no julgamento do serviço, especificamente quando o serviço público funciona mal, ou não funcionar quando deveria fazê-lo, ou ainda funcionar com atraso em relação ao exigível na ocasião pelas circunstâncias, disso resultando prejuízo para o administrado.⁶⁶

No âmbito de incidência da norma, pode ocorrer que o dano injusto decorra da falha na prestação do serviço judiciário, entendido verdadeiramente como uma *falta do serviço público da Justiça*, compreendendo assim os serviços cartorários, a demora na realização dos atos ordenados pelo juiz⁶⁷ ou erros no processamento das demandas. Nesses casos, a

⁶⁴ “Identifica-se como erro judiciário (no sentido lato), que induz responsabilidade indenizatória pelo Estado, a manutenção do infrator em regime prisional diverso daquele que lhe foi imposto pela justiça.” (CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 1º edição Em e-book baseada na 5º edição impressa. Editora Revista dos Tribunais. Ponto 9.6)

⁶⁵ *Ibidem*, ponto 9.1.

⁶⁶ ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. pg. 852.

⁶⁷ Sobre a responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional e a questão da razoável duração do processo, veja-se STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 2ª ed. em e-book baseada na 10ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Título IV, capítulo XII, ponto 9.17.

demonstração da falha da prestação estatal estará subordinada a um juízo sobre a relevância ou gravidade do dano a ser reclamado, além de se exigir a comprovação da falha do dever de adequação, a ser reconhecida conforme as circunstâncias concretas de exigibilidade do serviço.⁶⁸

Nesse sentido, vale registrar o entendimento de que a responsabilidade por atos jurisdicionais está prevista pelo art. 5º, LXXV da Constituição, delimitando a aplicação do art. 37, §6 para tais atos, não impede a aplicação da regra geral a outros atos oriundos do Poder Judiciário. Veja-se, assim, um dos verdadeiros precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria:

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.** (*grifou-se*)⁶⁹

É possível dizer, portanto, que a devida organização dos serviços judiciários, pautados pela eficiência, celeridade e prevenção aos possíveis danos constitui um corolário do princípio constitucional do direito de ação e acesso à justiça⁷⁰, chegando alguns autores a defender, inclusive, a existência do *direito à devida organização judiciária*⁷¹. Afinal, nos dizeres da Ministra Carmen Lúcia, não basta que se assegure o acesso aos órgãos prestadores da jurisdição para que ocorra a Justiça. Para isso, é necessário que a jurisdição seja prestada – como os

⁶⁸ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. pg. 444.

⁶⁹ STF, RE 505.393, 1º Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 26/06/2007.

⁷⁰ GREGORIO, Rita de Cassia Zuffo. *A responsabilidade civil do Estado Juiz*. p. 121

⁷¹ Este conceito aparece, por exemplo, no Pedido de Providências n. 0002150-61.2012.2.00.0000, destinado ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), requerendo que fosse editada Resolução a fim de determinar aos tribunais a especialização de varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde. (Mais detalhes em <<https://www.conjur.com.br/dl/flavio-dino-propoe-criacao-varas-julgar.pdf>>. Acesso em 22/10/2017.) Para uma análise sobre o tema, veja-se ROCHA, Matheus Pereira. *et alii*. As Varas de Saúde: uma experiência na efetivação do direito à saúde. Disponível em <[https://www.academia.edu/25719178/As Varas de Saúde uma experiência na efetivação do direito à saúde](https://www.academia.edu/25719178/As_Varas_de_Saude_uma_experiencia_na_efetivacao_do_direito_a_saude)>. Acesso em 22/10/2017).

demais serviços públicos, com a presteza que a situação impõe, *uma vez que a justiça que tarda, falha. E falha exatamente porque tarda.*⁷²

O anormal funcionamento do serviço judiciário pode, então, ser dividido em dois grupos, quando relacionado ao descumprimento de normas jurisdicionais. O primeiro seria caracterizado por um **funcionamento anormal estrutural**, em que o problema estaria na própria organização judiciária. Porém, haverá casos mais específicos que seriam caracterizados como **funcionamento anormal singular**, considerando-se uma falha específica em um processo isoladamente considerado.⁷³

O monopólio da prestação da justiça trouxe para o Estado, conseqüentemente, o dever de cumprir a contento esse encargo⁷⁴. ARAÚJO destaca que tais situações se enquadram na teoria objetiva da responsabilidade do Estado, não havendo que se falar em *culpa in vigilando* ou em *culpa in eligendo*. Porém, tais conceitos são importantes para ressaltar a importância dos órgãos e procedimentos destinados à fiscalização do exercício das funções judiciárias pelos juízes, tais como as correições regulares determinadas pelas Corregedorias da Justiça. Casos há, inclusive, em que o próprio juiz e a própria coletividade local solicitam insistentemente à cúpula governamental a criação de mais varas, de mais cartórios, mas o Estado, por motivos diversos, não proporciona tais condições de trabalho⁷⁵. Nesse sentido, segue o alerta do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr.⁷⁶:

É preciso criar mecanismos ágeis, céleres e baratos, adaptados aos recursos econômicos da comunidade que os sustentam. Para isso, talvez seja imperioso contar com menos palácios e mais cartórios, menos carimbos e mais resultados, menos recursos e mais simplicidade.

Destaca-se que o mau funcionamento da justiça pode resultar da culpa de seu agente, determinado e individualizado, ou da culpa anônima, pela simples falta do serviço. No que toca aos conceitos de responsabilidade subjetiva e objetiva, observa GREGÓRIO⁷⁷ que a Constituição não instituiu de forma exclusiva a teoria objetiva fundada no risco, sendo possível também a aplicação cumulativa da teoria subjetiva, baseada na falta do serviço, quando houver violação de um dever jurídico, especialmente nos casos envolvendo atos omissivos de agentes do Estado.

Ou seja, um serviço judiciário defeituoso e mal organizado pode tornar inútil a prestação jurisdicional e acarretar graves prejuízos às partes, uma vez que os seus bens se

⁷² Em “As Garantias do Cidadão na Justiça”, p. 31/51, sob o título “O Direito Constitucional à Jurisdição”, apud GREGÓRIO, Rita de Cassia Zuffo. *A responsabilidade civil do Estado Juiz*. p. 132.

⁷³ GREGÓRIO, *op. cit.*, p. 121.

⁷⁴ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil*. p. 40.

⁷⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 852-854.

⁷⁶ AGUIAR JR., *op. cit.* p. 40.

⁷⁷ GREGÓRIO, *op. cit.*, p. 135.

deterioram, o devedor desaparece, o patrimônio do litigante se esvai⁷⁸. Nesse sentido, vejamos alguns exemplos na jurisprudência:

AÇÃO INDENIZATÓRIA - ATO JUDICIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - CARÁTER DE EXCEPCIONALIDADE - PENHORA INDEVIDA - CONDUTAS OMISSIVA E RETARDATÁRIA - CANCELAMENTO DA CONSTRIÇÃO APÓS UM ANO E MEIO - DANO MORAL - VALOR - CRITÉRIOS. ""Sem afirmar a irresponsabilidade do Estado pelo fato da função jurisdicional, pois que não se pode no direito moderno, em que o mundo inteiro proclama a preeminência dos direitos humanos, aceitar que a regra da imunidade deixa ao desamparo os direitos e interesses do indivíduo, a segurança e a estabilidade sociais consideram que a responsabilidade civil pela atuação jurisdicional existe mas somente se há de aceitar com caráter de excepcionalidade."" **É inquestionável que a penhora indevida de bens, decorrente da conduta omissiva em relação à certificação de sua impossibilidade pelo Oficial de Justiça, provoca no proprietário desgosto, insegurança e apreensão, sentimentos agravados pelo injustificável retardamento no cancelamento da constrição, levado a cabo um ano e meio depois, consequentemente sujeitando o Estado a suportar o ônus indenizatório que tenha causado.** ""Na fixação do valor do dano moral prevalecerá o prudente arbítrio do julgador, levando-se em conta as particularidades do caso, evitando que a condenação se traduza em indevida captação de vantagem, sob pena de se perder o parâmetro para situações de maior relevância e gravidade."" (TJMG. Apelação Cível 1.0702.03.072908-1/001. Rel. Des. Gouvêa Rios. j. 30/08/2005.) (*Grifou-se.*)

ADMINISTRATIVO E CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO POR ATO DO PODER JUCIÁRIO. PENHORA E BLOQUEIO DE LINHA TELEFÔNICA DE TERCEIRO ESTRANHO À LIDE. SIMILITUDE DE NOMES. JUSTIÇA DO TRABALHO. DANO MORAL.- O ordenamento jurídico brasileiro adota a tese da responsabilidade do Estado sem necessidade de aferição de culpa nos casos de responsabilização por ato judiciário. Inteligência do 37, §6º da CF/88.- **Se a penhora e o bloqueio da linha telefônica de terceiro estranho à lide foi determinada por erro do Cartório da Vara do Trabalho, configura-se a responsabilidade do Estado que tem o dever de indenizar pelo dano causado.-** Condenação no valor de R\$ 5.000,00 que se demonstra razoável para o caso.- Apelação não provida. (TRF-5ª Região. Apelação Cível nº 5149-65.2002.4.05.8201. Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti. 1ª Turma. j. 27/04/2006.) (*Grifou-se.*)

Indenização – Responsabilidade civil do Estado – **Ação de alimentos – Prisão indevida, efetuada vários meses após a expedição do contramandado de prisão** – Nexo causal, suficientemente comprovado – Culpa exclusiva da vítima não caracterizada – Danos materiais e morais – Ocorrência – Juros moratórios incidentes a partir da citação – Parcial provimento. (Apelação cível nº 0178121-12.2017.8.26.0000. Rel. Des. Alves Bevilacqua, 2ª Câmara de Direito Público do TJSP. J. 20/09/2011) (*Grifou-se.*)

1.3.2 A Falta do Juiz

O próprio magistrado também será responsável por indenizar os danos que der causa quando agir com dolo ou fraude (art. 143, I do CPC e art. 49, I da LOMAN), culpa grave entendida como negligência manifesta que cause denegação da justiça (art. 143, II do CPC e art. 49, II e art. 56, I da LOMAN) ou incapacidade funcional (art. 56, III da LOMAN), ou ainda pela quebra de decoro (art. 56, II da LOMAN). Tal responsabilização ocorre por meio de ação regressiva do Estado, como está claro pela nova mudança de redação do art. 143 do CPC, ao afirmar em seu *caput* que “o juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando (...)”. Para isso, exige-se a prova do dolo ou da fraude por parte do juiz, ou ainda prova

⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11ª Edição. Editora Atlas: São Paulo. 2014. p. 326.

de sua culpa, quando deixar de executar alguma medida que tenha de ordenar de ofício ou a requerimento da parte.⁷⁹

O dolo deve ser considerado como elemento do ilícito absoluto, componente da conduta contrária ao dever genérico de não causar dano, quando o magistrado pratica ato que sabe indevido e assim o faz com fim de causar direta ou indiretamente dano à parte. A doutrina afirma que também se admite a hipótese de dolo eventual, quando se aceita reflexamente os efeitos que podem ocorrer a partir daquele ato, bem como a hipótese em que tal dolo consista em pura indução maliciosa para que a parte celebre acordo ruinoso⁸⁰. Em tempos de valorização da abertura de espaços para mediação e conciliação na justiça, além de uma reconfiguração no sistema processual civil, prevendo inclusive a possibilidade de convenções processuais⁸¹, estas ressalvas devem ser consideradas com atenção. Além disso, a fraude também estará incluída no conceito de dolo, porém foi dado maior destaque pelo legislador como forma de abarcar expressamente casos de falsificação ideológica ou material pela reprodução incompleta de documentos⁸².

Conforme exposto anteriormente, o magistrado será responsabilizado por culpa quando recusar, omitir ou retardar providência que seja seu dever praticar. Nesse caso, o parágrafo único do art. 143 do CPC afirma que esses casos só se verificam depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias. O parágrafo único do art. 49 da LOMAN ainda esclarece que tal requerimento será feito por intermédio do Escrivão. Está a se falar aqui, portanto, em problemas relativos à expedição de alvará, de mandado de soltura, entre outros. Já quando o art. 56 da LOMAN menciona, em seu inciso I, *a negligência manifesta no cumprimento dos deveres do cargo*, haverá abrangência para qualquer outra omissão do magistrado dentro do processo.

Em síntese, registra-se a sistematização de Ruy Rosado Aguiar Jr.:

A falta de justificativa para a **recusa, omissão ou retardo** da ordem de providência deve significar grave desconsideração para com o interesse da parte, que as circunstâncias de nenhum modo autorizavam. A **negligência** deve ser manifesta, evidente a qualquer exame, reveladora de descuido grosseiro ao dever de cuidado no exercício das funções. A **demora** é a intolerável procrastinação dos atos de ofício, não justificada pelos fatos. A **incapacidade** é a inaptidão revelada através do desconhecimento de regra ou do erro crasso.⁸³ (*grifou-se*)

⁷⁹ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. p.445.

⁸⁰ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil*. p. 37.

⁸¹ Por todos, veja-se CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 1º Edição. Salvador: Ed. Juspodium. 2016.

⁸² AGUIAR JR., *op. cit.*, p. 38.

⁸³ *Ibidem*, p. 38.

Registra-se que, além da regressividade do Estado em direção ao magistrado para o ressarcimento do dano, ainda é possível que o mesmo seja penalizado com a aposentadoria compulsória e proporcional ao tempo de serviço quando incurso nas hipóteses do art. 56 da LOMAN. Porém, AGUIAR JR. esclarece que se tratam de processos distintos, sendo que a ausência de processo administrativo contra o juiz não será um impedimento para a responsabilização do Estado. Ainda, observa que o caso pode ser grave o suficiente para justificar a reparação do dano, mas insuficiente para a penalização administrativa.⁸⁴

Por outro lado, é debatido se a ação regressiva em face do magistrado é uma possibilidade ou um dever do Estado. Não bastasse a redação dos já mencionados dispositivos relativos à falta do juiz, recorde-se que a regra geral da responsabilidade civil do Estado (art. 37, §6º da Constituição) previu também que o Poder Público tem o dever de mover ação regressiva naqueles casos em que se consegue provar a culpa ou o dolo de seus agentes, considerando-se também nesse conceito os próprios magistrados. O legislador foi claro, portanto, ao dizer que *o Estado indeniza a vítima e o agente indeniza o Estado, de modo regressivo*. Esse direito de regresso é *poder-dever* que o Estado possui de exigir de seu agente público, que causou o dano ao particular, a repetição da quantia que a Fazenda Pública teve de adiantar à vítima de ação ou omissão, por dolo ou culpa do próprio agente.⁸⁵

Ainda quanto à ação indenizatória da vítima buscando a reparação do dano, no plano processual discute-se a possibilidade de ingresso da ação em face tanto do Estado quanto do magistrado, ou ainda da denunciação da lide para formação do litisconsórcio. Registra-se que não há ainda posição clara na doutrina a respeito, havendo argumentos favoráveis⁸⁶ e contrários⁸⁷, porém tende a jurisprudência a distinguir claramente o papel dos dois tipos de ação, não admitindo tal hipótese⁸⁸.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 39.

⁸⁵ FRANCO, João Honório de Souza. Indenização do erro judiciário e prisão indevida. Tese (Doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22042013-085935/es.php>. Acesso em 27/10/2017. p. 251.

⁸⁶ “Se o estado responde, como já sustentado, pela simples negligência ou desídia do juiz, por mais forte razão deve também responder quando ele age dolosamente. Em ambos os casos o juiz atua como órgão estatal, exercendo função pública. Entendo que, no último caso, poderá o lesado optar entre acionar o estado ou diretamente o juiz, ou ainda os dois, porquanto haverá aí uma solidariedade estabelecida pelo ato ilícito” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 267.)

⁸⁷ “Isso significa dizer, em outras palavras, que, se o Estado denuncia a lide, tal situação configura sem dúvida uma confissão antecipada, uma presunção de que o agente agiu com dolo ou com culpa (...), postura defesa em face da indisponibilidade conatural aos interesses públicos”. (FRANCO, João Honório de Souza. *Op. cit.* p. 258-259).

⁸⁸ “3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual – responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições-, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa” (STF, RE 228.977, Rel. Min. Neri da Silveira, 2ª Turma, j. 05/03/2002).

Seguindo essa linha, vejam-se os seguintes casos. Primeiramente, ilustrando a afirmação de responsabilidade direta do Estado e regressivamente ao magistrado apenas em casos de dolo ou fraude:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. OFENSAS VERBAIS DE JUIZ DE DIREITO CONTRA ADVOGADO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. DEVER DE INDENIZAR. QUANTUM INDENIZATÓRIO. PARÂMETROS DA CÂMARA. Não havendo dolo ou fraude, não há responsabilidade pessoal do juiz, conforme preceitua o art. 133, inciso I, do Código de Processo Civil e o art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Por outro lado, não pode o Magistrado agir com excessos e perder a serenidade ao presidir audiência, deixando de tratar os advogados com urbanidade. Todavia, fica afastado o dolo na conduta do Magistrado, não respondendo ele pessoalmente por perdas e danos, se a prova demonstra não ter agido dolosamente no intuito de menoscabo ao advogado, mas apenas para agilizar o procedimento das audiências. A conduta insistente, até mesmo irritante do advogado, indica que houve culpa concorrente. Verificando-se que o Magistrado se excedeu, proferindo ofensas ao advogado durante audiência, o Estado deve ser responsabilizado pelos danos morais causados ao causídico. Segundo os parâmetros da Câmara, as peculiaridades do caso concreto, a razoabilidade e a proporcionalidade, o montante de 30 salários mínimos nacionais é adequado para indenizar os prejuízos causados por afirmações ofensivas a advogado. **NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DO AUTOR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU.** (Apelação Cível Nº 70007280613, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 26/04/2006). (*grifou-se*)

O que foi dito, porém, não pode obstar a responsabilização em casos flagrantes de ilegalidade e violação dos princípios da moralidade administrativa e impessoalidade, de modo a desvirtuar com impunidade o que foi destinado como garantia à independência da magistratura. Exemplar é o acórdão da lavra do Min. Herman Benjamin sobre o tema dos limites das garantias à jurisdição:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NEPOTISMO. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA-DEFESA. INEXISTÊNCIA. MANUTENÇÃO DA PENA DE CENSURA APLICADA A JUIZ DE DIREITO POR NOMEAR O PAI DE SUA COMPANHEIRA PARA O MÚNUS DE PERITO. ART. 41 DA LOMAN. ART. 125, I E III DO CPC.

1. Hipótese em que Juiz de Direito impetrou, na origem, Mandado de Segurança, objetivando invalidar a pena de censura que lhe foi aplicada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por ter nomeado o pai de sua companheira para oficiar em diversas perícias médicas em processos de sua responsabilidade, na Vara onde é titular. (...)

6. É certo que a Loman dispõe que o magistrado não pode ser punido ou prejudicado "pelo teor das decisões que proferir" (art. 41), **mas implícita nessa norma está a exigência de que essas mesmas decisões não infrinjam os valores primordiais da ordem jurídica e os deveres de conduta impostos ao juiz com o desiderato de assegurar a sua imparcialidade.**

7. **A Loman não se presta a acobertar, legitimar ou proteger atos judiciais que violem o princípio da moralidade administrativa, o princípio da impessoalidade ou as regras de boa conduta que se esperam do juiz.**

8. A independência dos juízes não pode transmutar-se em privilégio para a prática de atos imorais. A garantia é conferida ao Poder Judiciário como instituição, em favor da coletividade, e deve ser por ele mesmo fiscalizada. (...) (STJ, RMS 15.316, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 01/09/2009)

Importa registrar que ao longo de nossa pesquisa, não se encontrou um caso específico em que tenha ocorrido a responsabilização pessoal de magistrado de forma regressiva para

ressarcir os custos gerados por indenização a cargo do Estado. Porém, é possível prospectar uma hipótese.

Veja-se, por exemplo, o caso do juiz Jail Benites de Azambuja, o qual, no ano de 2008, forjou uma tentativa de assassinato e, com base neste fato, ordenou a instauração *ex officio* de uma “investigação judicial” com base em denúncia anônima, distribuindo-a por dependência a processo afeto à 2ª Vara Federal de Umuarama, da qual era titular. Nessa investigação, procedeu a coleta de provas *ex officio* e a condução de delação premiada eivada de vícios, resultando na decretação de 52 prisões e outras tantas medidas restritivas apoiadas exclusivamente em delação.

Por assim proceder, foi instaurado processo administrativo contra o magistrado, sendo-lhe aplicada a punição de aposentadoria compulsória, mantida em todos os graus da Justiça⁸⁹. Ademais, foi instaurada ação penal, ainda em curso, mas já havendo condenação em primeiro grau⁹⁰. Porém, relevante para esta abordagem é destacar que desse caso resultaram, pelo menos, 2 ações indenizatórias, já julgadas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, indenizando a cada vítima com o valor de R\$ 25.000,00 por danos morais⁹¹. Registra-se também que a União solicitou a denunciação da lide ao magistrado, sendo-lhe negado o pleito⁹².

Diante do que foi abordado neste ponto, e mantidas as decisões nas Cortes Superiores no mesmo sentido das decisões de primeiro e segundo grau, entende-se que este seria um claro caso em que a União deverá ingressar com ação de regresso em face do magistrado. De fato, além do dano causado aos envolvidos, o magistrado em questão forneceu um didático exemplo de responsabilidade pessoal do magistrado por ato jurisdicional doloso. Como bem definiu o Min. Herman Benjamin no acórdão anteriormente transcrito, *a independência dos juízes não pode transmudar-se em privilégio para a prática de atos imorais. A garantia é conferida ao Poder Judiciário como instituição, em favor da coletividade, e deve ser por ele mesmo fiscalizada.*

⁸⁹ Veja-se, por último, decisão do STJ: “Não ofende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade a aplicação da pena de aposentadoria compulsória com proventos proporcionais ao magistrado que atua com abuso de poder e induz empregado a atentar contra a vida do colega de trabalho, porquanto tal conduta se amolda perfeitamente ao disposto no art. 56, inciso II, da LOMAN” (STJ. MS nº 20.875/DF, Rel. Min. Og Fernandes. Corte Especial. J. 03/09/2014).

⁹⁰ 1ª Vara Federal de Umuarama/PR, Ação Penal nº 5004815-86.2013.4.04.7004/PR

⁹¹ TRF4. Apelação Cível nº 5000707-43.2015.4.04.7004/PR. 4ª Turma. Rel. Des. Federal Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle. j. 24/08/2016; TRF4. Apelação Cível nº 5000702-21.2015.4.04.7004/PR. 3ª Turma. Rel. Des. Federal Marga Inge Barth Tessler. j. 05/08/2015.

⁹² TRF4. Agravo de Instrumento nº 5003372-68.2010.404.0000/PR. 4ª Turma. Rel. Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia. j. 29/09/2010.

1.3.3 O Erro Judiciário

Hipótese clássica de responsabilidade civil do Estado e a mais conhecida espécie de responsabilidade por ato do Poder Judiciário, a indenização por erro judiciário surge historicamente buscando reparar situações de evidente injustiça na aplicação de penas e hoje já conta com contornos mais claros, admitindo-se sua incidência tanto na esfera penal quanto na civil. ARAÚJO observa que o *erro* e a *ignorância* são os vícios de manifestação da vontade mais frequentes nos atos jurídicos, dada a própria condição humana, afetando inclusive aos julgadores. Assim, afirma que ambos podem se relacionar aos fatos ou ao direito, sendo que o *erro é noção falsa* e a *ignorância é a falta de noção*. Em outras palavras, *errar é saber mal, ignorar é não saber*⁹³.

Trata-se, pois, de um risco inerente ao funcionamento do serviço da justiça. Apesar da diligência e da extrema atenção dos magistrados e de seus auxiliares, os erros judiciários podem surgir⁹⁴ eventualmente, causando prejuízos às partes. Partindo-se do pressuposto de que *o que não está nos autos, não está no mundo*, pode ocorrer, por exemplo, o aparecimento posterior de fatos ou elementos que venham a contradizer ou anular provas relevantes dos autos, as quais teriam influído decisivamente na prolação da sentença⁹⁵.

Mais especificamente, entende-se por erro judiciário o equívoco do juiz na interpretação dos fatos da causa ou do direito aplicável, durante a condução do procedimento (*error in procedendo*) ou no ato de julgamento (*error in judicando*), de modo a dar origem ao dano injusto sofrido pela vítima. Este erro pode decorrer tanto de dolo ou culpa do juiz, falha do serviço ou inclusive de indução de terceiros, contudo é preciso notar que, para ensejar a responsabilização do Estado, esse erro deve ser manifesto, ou seja, crasso, notório, aquele que não seria admitido pelo sujeito com conhecimentos básicos e diligência média no exame da mesma situação.⁹⁶

Destaca-se que, para VIANNA, o erro judiciário não se confunde com *error in procedendo* ou *error in judicando*, uma vez que está inserido em uma relação de gênero-espécie com os dois. Assim, nem todo *error in judicando* (gênero) será obrigatoriamente

⁹³ ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 844.

⁹⁴ DUEZ, Paul. La Responsabilité de la Puissance Publique. *apud*. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil*. p. 39.

⁹⁵ ARAÚJO, *op. cit.* p. 848.

⁹⁶ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. p. 439.

considerando erro judiciário (espécie), apto a ensejar a responsabilidade civil do Estado, uma vez que é preciso mais do que o mero erro, sendo necessária a demonstração da sua gravidade.⁹⁷

Uma interpretação restritiva do conceito, levando em consideração o requisito de que o erro seja manifesto, serve como *garantia institucional do livre convencimento do juiz*, observa MIRAGEM, uma vez que é possível adotar mais de um meio idôneo de interpretação da lei. Assim, não há que se falar em erro quando o magistrado simplesmente não siga entendimento dominante nos tribunais, ou porque deu à lei interpretação diversa. Ou seja, havendo fundamentação racional para a decisão, mesmo que se discorde, não se deve considerar absurda ou manifestamente incabível. E ainda, citando Liebman, afirma que para o direito *é irrelevante conhecer dos mecanismos psicológicos que, às vezes, permitem ao juiz chegar às decisões. O que importa, somente, é saber se a parte dispositiva da sentença e a motivação estão, do ponto de vista jurídico, lógicos e coerentes, de forma a constituírem elementos inseparáveis de um ato unitário, que se interpretam e se iluminam reciprocamente.*⁹⁸

A indenização por erro judiciário está estabelecida, fundamentalmente, na Constituição de 1988 em seu artigo 5, inciso LXXV, caracterizando-se por responsabilidade objetiva⁹⁹ em conjunto com a hipótese de prisão além do tempo fixado na sentença. Ainda que em uma primeira leitura pareça estar destinado unicamente ao erro judiciário penal, observa ARAÚJO que, na redação, não há distinção expressa entre este e o erro judiciário civil, cabendo, por óbvio, interpretação extensiva¹⁰⁰.

Nada obstante, a legislação ordinária também previu a responsabilização, mais especificamente quanto aos erros constatados após a prolação da sentença condenatória no juízo criminal. Assim, o erro judiciário penal é tratado pelo Código de Processo Penal no âmbito da revisão criminal, especificamente em seu art. 630¹⁰¹. Supõe-se uma má formação do elemento probante no decorrer da instrução processual, ocasionando uma sentença condicionada por essa instrução, e que já tenha transitada em julgado.

Destaca-se que a revisão criminal pode ser requerida a qualquer momento, inclusive após a extinção da pena ou da morte do réu, desde que cumpridos os requisitos do art. 621.

⁹⁷ VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Erro Judiciário e sua responsabilização civil*. São Paulo: Ed. Malheiros. 2017. p. 424-425.

⁹⁸ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. p. 439-440.

⁹⁹ Não se descuida aqui o pensamento de VIANNA, para quem se trata de uma *responsabilidade civil sui generis*, contendo elementos objetivos, porém condicionada à demonstração do erro judiciário. (VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Erro Judiciário e sua responsabilização civil*. p. 126.)

¹⁰⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 848.

¹⁰¹ “Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.”

Como resultado, a tipificação poderá ter sua classificação alterada, a pena modificada, ou ainda decretar-se a absolvição do réu ou a anulação do processo. Após, se a parte requerer, e o tribunal julgar conveniente, poderá ser arbitrada uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.¹⁰² Não se esqueça, porém, a observação de Rui STOCO¹⁰³ sobre a revisão criminal:

Tenha-se em mente que corrigir o erro através da Revisão não é o mesmo que reparar o erro, no sentido civilístico da palavra, o que só se consegue no Juízo Cível, após a declaração dessa circunstância.

Já a indenização do erro judiciário civil não é expressamente prevista na legislação, mas, como dito anteriormente, a doutrina admite por meio de interpretação extensiva do conceito. Quando se tratar de decisão transitada em julgado, deverá ser primeiramente desconstituído tal ato com ingresso de *ação rescisória*, tratada pelo Código de Processo Civil em seu art. 966. Essa ação se diferencia da revisão criminal quanto ao prazo de decadência, uma vez que aqui decairá o direito de propô-la após 2 anos do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo (art. 975). A redução deste prazo costuma ser justificada pela doutrina como uma forma indireta de defesa da autoridade da coisa julgada civil, uma vez que esta versa sobre direitos patrimoniais, e não sobre a liberdade individual.¹⁰⁴

Aguardar o trânsito em julgado do processo para poder questionar a indenizabilidade de eventuais danos causados por uma decisão judicial, algumas vezes pode não se afigurar razoável¹⁰⁵. Assim, por exemplo, quando o erro versar sobre requisitos legais para decretação de prisão preventiva, além de considerar que a responsabilidade por erro judiciário prevista na Constituição não menciona tal requisito, o próprio Código Civil dispõe que a prisão ilegal constitui ofensa à liberdade pessoal, conforme seu art. 954, admitindo diretamente tal hipótese¹⁰⁶.

¹⁰² Destacam-se, ainda, as fortes críticas da doutrina quanto à indevida restrição das hipóteses de indenização realizada pelo parágrafo segundo do art. 630, vide ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 850; GREGÓRIO, Rita de Cassia Zuffo. *A responsabilidade civil do Estado Juiz*. p. 123-125; CAHALI, Yussef. *Responsabilidade Civil do Estado*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. p. 504-508.

¹⁰³ STOCO, Rui. *Responsabilidade do Estado Por Erro Judiciário*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 21. Jan-mar./1998. p. 91.

¹⁰⁴ ARAÚJO, *op. cit.* p. 851.

¹⁰⁵ Para uma síntese das posições sobre a relação da coisa julgada e a indenização por erro judiciário, veja-se OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 778-779. Em linhas gerais, argumenta-se que não é possível admitir que a decisão judicial responsabilizadora do Estado conflite com a sentença anterior submetida aos efeitos da coisa julgada.

¹⁰⁶ Nesse sentido, veja-se, por assombroso, o caso de sujeito que ficou 13 anos encarcerado, contraindo todo tipo de doenças, por conta de inquérito policial inconcluso: STJ, REsp. 802.435, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 19/06/2006.

O mesmo ocorre na esfera civil, onde há medidas liminares, acautelatórias de direitos, caracterizadas pela provisoriedade de seus comandos, a exemplo de liminares concedidas em mandado de segurança, em ação cautelar e em outros tipos de ações. Assevera GREGÓRIO¹⁰⁷ que, em relação a essas medidas de urgência, haverá falha do serviço ou erro judiciário, com possíveis danos ao jurisdicionado, nas hipóteses em que: *a) embora ausentes os requisitos, o juiz conceda a medida pleiteada; b) mesmo presentes os requisitos, o juiz não conceda a medida, e ao final a tutela seja favorável, mas inócua; c) o juiz se omita quanto à análise e ao deferimento ou não da medida.*

Em suma, a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário, especialmente quando se fala de erro judiciário penal, é pressuposto ético-jurídico indiscutível. Nas palavras de ROSENVALD, é talvez o dano mais cruel que o cidadão pode experimentar vindo do Estado. Os motivos que levaram o Estado a errar são importantes, porém mais importante será não deixar a vítima desamparada depois do erro.¹⁰⁸ Por essas razões, exemplos categóricos de erro judicial penal são, frequentemente, expostos em notícias, tanto no Brasil quanto no exterior. Assim, note-se que, nos Estados Unidos da América¹⁰⁹, foi fundado, em 1992, o *Innocence Project*, por Peter Neufeld e Barry Scheck, enquanto estudantes da *Cardozo School of Law*, os quais buscam combater o erro judicial por meio de testes de DNA e da busca por reformas no sistema de justiça criminal americano de modo a prever futuras injustiças. Graças a seu trabalho, já foi possível alcançar mais de 351 absolvições por exames de DNA e identificar 150 verdadeiros autores dos crimes.¹¹⁰

No Brasil, diversos casos de erro judiciário, penal e civil, podem ser citados, tanto por meio de um regime mais estrito, via art. 630 do CPP, quanto por meio do art. 5º, LXXV da Constituição. Notem-se alguns deles:

REVISÃO CRIMINAL. FATOS NOVOS QUE AUTORIZAM O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. DEPOIMENTOS DA VÍTIMA E TESTEMUNHAS, COLHIDOS EM JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL, QUE COMPROVAM A INEXISTÊNCIA DO FATO. ABSOLVIÇÃO DECLARADA. DIREITO À JUSTA INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. Comprovada a inexistência do

¹⁰⁷ GREGÓRIO, Rita de Cassia Zuffo. *A responsabilidade civil do Estado Juiz*. p. 129-130.

¹⁰⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga., ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2017. p. 1039.

¹⁰⁹ Para maiores detalhes sobre o sistema de responsabilidade civil americano, veja-se GREGÓRIO, *op. cit.* p. 83-84., bem como MUNGAN, Murat C., KLINK, Jonathan, *Reducing False Guilty Pleas and Wrongful Convictions through Exoneree Compensation*. The Journal of Law and Economics. Vol. 59, nº 1, fev. 2016. Chicago: The University of Chicago Press. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2490518. Acesso em 29/10/2017.

¹¹⁰ Informações disponíveis em: < <https://www.innocenceproject.org/>>. Acesso em 29/10/2017. Vejam-se detalhadamente casos exemplares de absolvição em <https://www.innocenceproject.org/cases/>. Acesso em 29/10/2017.

fato, a absolvição é medida que se impõe. Caso em que o depoimento da vítima em justificação judicial, afirmando que mentiu na Delegacia e em juízo, e admitindo que o requerente não a abusou sexualmente, corroborado pelo relato de sua genitora, autoriza procedência da revisão criminal. **Absolvido o réu, é cabível o reconhecimento à justa indenização, a ser fixada pelo juízo cível, nos termos do art. 630 do CPP. Revisão criminal julgada procedente.** Por maioria. (Revisão Criminal Nº 70067848226, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em 24/03/2016) (*grifou-se*)

ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. ERRO DO JUDICIÁRIO. CONDENAÇÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO EM REVISÃO CRIMINAL. ART.5º, LXXV CR/88 E ART.630 CPP. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. DANO MATERIAL E MORAL. I - O art.5º, LXXV, da CR/88 garante ao condenado por erro judiciário indenização respectiva. II - **Demonstrado, nos autos, que o autor foi absolvido, em revisão criminal, de condenação por crime de estupro, por ato que não lhe pode ser imputável e ocorrido em ação penal pública, faz-se devida indenização pelos danos suportados.** III - Aos danos materiais exige-se prova do prejuízo para respaldar a condenação reparatória IV - A mensuração do dano moral deve pautar-se pelos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, para que o valor da indenização se equilibre. **Uma vez que o resultado da lesão causada pelo Poder Público consumou-se nos efeitos da condenação errônea do autor pelo crime de estupro, é razoável e proporcional 'quantum' indenizatório de R\$35.000,00.** (TJMG. Apelação cível 1.0710.07.014625-7/001. Rel. Des. Fernando Botelho, 8ª Câmara Cível, j. 05/08/2010) (*grifou-se*)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO INDEVIDA. DANOS MORAIS EXORBITANTES. REDUÇÃO. ART. 535 DO CPC. NÃO VIOLAÇÃO. ART. 133 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ART. 538 DO CPC. AUSÊNCIA DE CARÁTER PROTETÓRIO. SÚMULA 98/STJ. (...)

3. **O Tribunal a quo entendeu presente o erro judiciário, apto a gerar a responsabilidade indenizatória, porque substancial, inescusável e culposos, decorrente de prisão indevida do autor, como depositário infiel, fixados em 200 salários mínimos a compensação por danos morais.**

4. O tempo de duração da prisão indevida é fator influente ao cálculo da compensação por danos morais. Considerado que pelo tempo de cárcere, aproximadamente sete horas, a fixação do dano moral em 200 salários mínimos é exorbitante, devendo ser reduzida para a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), que melhor se ajusta aos parâmetros adotados por esta Corte. (...) (Resp nº 1209341/SP. Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma. j. 21/10/2010) (*grifou-se*)

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE PERDAS E DANOS PROPOSTA CONTRA O ESTADO DO RIO DE JANEIRO FUNDADA NO ART. 37, XXI, § 6º, DA CF, C/C OS ARTIGOS 14, II E 159 DO CC (ATUAIS ARTS. 41, II, E 186) E 275, I, DO CPC. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. **Danos causados por omissão do Juiz, deixando de decidir requerimento de remoção de bens penhorados.** – “No concernente à atividade jurisdicional do Magistrado, embora não possa ser ele responsabilizado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir, salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem (art. 41 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional), **é, todavia, seu dever cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício** (art. 35, I, da citada lei)” (TJRJ – 4ª Câmara – Apelação Cível – Rel. Antônio de Castro Assumpção – j. 27/08/1991 - RT 689/207)¹¹¹ (*grifou-se*)

1.3.4 *Prisão Além do Tempo Fixado na Sentença*

A Constituição de 1988 inovou ao prever, em seu artigo 5º, inciso LXXV, a responsabilidade objetiva do Estado por quem permanecer preso além do tempo fixado na sentença. Assim, o constituinte veio a convalidar na Constituição a jurisprudência anterior que

¹¹¹ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. ponto 9.04, V, h.

já era utilizada¹¹², além seguir a tendência internacional de que a indenização por erro judiciário, e esta subespécie de que aqui se trata, esteja prevista a nível constitucional, como ocorre na maioria das Constituições atuais¹¹³, ainda que se observem críticas a esta previsão¹¹⁴.

Durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte para redação desse dispositivo¹¹⁵, a grande preocupação do constituinte foi evitar a privação indevida de liberdade de quem já havia cumprido integralmente a sua condenação, em tempo superior ao fixado nas respectivas guias de recolhimento ou cartas de execução penal (art. 105 da Lei de Execução Penal), o que constitui ainda hoje uma grave realidade em nosso país devido à notória crise do sistema penitenciário nacional¹¹⁶. Sua redação original também previa a responsabilização pessoal da autoridade que deu causa ao dano, remontando ainda à lógica anterior da reponsabilidade por ato jurisdicional em que se buscava diretamente a responsabilidade do magistrado.¹¹⁷ Ao final, foi aprovado o texto que dispõe que *o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença*.

Conforme esclarecido em ponto anterior, o art. 5º, inciso LXXV vem a delimitar o regime geral de responsabilidade civil objetiva do Estado (art. 37, § 6º) para o caso dos atos jurisdicionais. Assim, a doutrina clássica entende que o referido dispositivo admitiu a responsabilidade objetiva quando houver o erro judicial propriamente dito ou quando houver falha no serviço de administração da justiça e o sujeito vier a ficar preso mais tempo do que o que fora fixado na sentença¹¹⁸. Assim, a lesão pode tanto decorrer do exercício da função jurisdicional do juiz, a quem se atribua competência para promover e fiscalizar a execução da pena, quanto de outras circunstâncias, de natureza administrativa. Todas, contudo,

¹¹² CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. p. 501.

¹¹³ Constituição da República Portuguesa (art. 29, nº 6), Constituição do Reino da Espanha (art. 121), Constituição da República Italiana (art. 24), Constituição do Japão (art. 40), Constituição do Chile (art. 19, § 7º), Constituição Política do Peru (art. 139, nº 7). Vide CANOTILHO, J.J. Gomes. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 493-494.

¹¹⁴ BONAVIDES, Paulo. MIRANDA, Jorge. AGRA, Walber de Moura. Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p.304. Segundo os autores, este inciso seria desnecessário, por ser tal matéria regulada pelos princípios gerais de direito.

¹¹⁵ Observe-se a minuciosa evolução da redação do dispositivo em BRASIL, Câmara dos Deputados. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1998*. Brasília: Edições Câmara, 2013. p. 352-356. Disponível em <<http://livraria.camara.leg.br/direito-e-justica/a-construc-o-do-artigo-5-da-constituic-o-de-1988.html>>. Acesso em 02/11/2017.

¹¹⁶ Nesse sentido: COUTINHO, Alessandro Dantas. RODOR, Ronal Kruger. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Método. 2015. p. 932

¹¹⁷ Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais - FASE A – Anteprojeto do Relator: “Art. 1º São direitos e garantias individuais: (...) § 24. A privação da liberdade do condenado, cumprida a pena, importa crime de responsabilidade civil do Estado, assegurada a reparação, pelo Estado, do dano causado” (Disponível em BRASIL, Câmara dos Deputados. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1998...*)

¹¹⁸ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil*. p. 36.

compreendidas na atuação do Estado e, nesses termos, dando causa à sua responsabilidade pelos danos causados¹¹⁹.

Ou seja, nas palavras de OLIVEIRA¹²⁰, quando a causa da prisão excessiva for um ato jurisdicional, fala-se em uma espécie de erro judiciário objetivo ou qualificado. Quando o erro for cometido pela administração penitenciária, a cargo do Poder Executivo, a responsabilidade vincula-se ao regime geral da Administração Pública previsto pelo art. 37, § 6 da Constituição. Ademais, hipóteses excepcionais de prisão também podem estar incluídas nesse dispositivo, que não se limita apenas à prisão oriunda de processo penal, uma vez que excessos podem ocorrer quando se falar em prisão civil por dívida alimentícia¹²¹ ou prisão administrativa na esfera militar¹²². De qualquer forma, em todos os casos, está a se falar de privação ilegal da liberdade do cidadão, hipótese também reforçada na ordem infraconstitucional pelo art. 954 do Código Civil.

A título exemplificativo, vejam-se os seguintes julgados:

APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL COM DANOS MORAIS - PRISÃO CIVIL - SEGREGAÇÃO QUE EXTRAPOLOU O TEMPO PREVISTO NO DECRETO PRISIONAL - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INCÚRIA DO ENTE ESTATAL EVIDENCIADA - AUSÊNCIA DE CAUSAS EXCLUDENTES DO NEXO CAUSAL - DEVER DE INDENIZAR INARREDÁVEL - DANO MORAL PRESUMÍVEL - QUANTUM INDENIZATÓRIO - MAJORAÇÃO - JUROS DE MORA - TERMO A QUO - DATA DA SENTENÇA QUE FIXOU A VERBA REPARATÓRIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MINORAÇÃO PARA 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO (FAZENDA PÚBLICA VENCIDA) - RECURSO DO AUTOR PROVIDO E RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Segundo estabelece o art. 5º, inc. LXXV, da CRFB/88, "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo previsto na sentença". **Nessa esteira, incorre em conduta ilícita, passível de indenização moral, o ente estatal que não observa o fim do tempo da prisão civil consignado em decreto prisional e mantém o indivíduo segregado.** 2. "O montante da indenização por danos morais - que tem por escopo atender, além da reparação ou compensação da dor em si, ao elemento pedagógico, consistente na observação pela empresa ofensora de maior diligência de forma a evitar a reiteração da ação ou omissão danosa - deve harmonizar-se com a intensidade da culpa da lesante, o grau de sofrimento do indenizado e a situação econômica dos envolvidos, para não ensejar a ruína ou a impunidade daquela, bem como o enriquecimento sem causa ou a insatisfação deste." (AC n. 2007.022962-5, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 11.9.07) 3. "É consabido que no momento da fixação da verba indenizatória já se insere no montante os valores relativos a correção monetária desde o evento danoso. Isso porque, no momento do arbitramento, o magistrado leva em consideração a atual expressão econômica da moeda (REsp 771.926 / SC, Rel. Ministra Denise Arruda). Também é cediço que, nas ações por dano moral, só é possível a constituição em mora do ofensor quando do arbitramento do montante na sentença, dada a sua subjetividade." (AC n. 2009.063718-9, rel. Des. Subst. Ricardo Roesler, j. 9.11.10) 4. "Salvo excepcional situação, a Fazenda Pública, quando vencida, paga honorários advocatícios calculados em 10% (dez por cento) do valor da condenação" (RN n.

¹¹⁹ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. p. 438.

¹²⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5º Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2017. p. 779.

¹²¹ Destaque-se a vedação da prisão civil do depositário infiel, conforme Súmula 25 do STF. Enquanto por dívida alimentícia, veja-se: Apelação cível nº 0178121-12.2017.8.26.0000. Rel. Des. Alves Bevilacqua, 2ª Câmara de Direito Público do TJSP. J. 20/09/2011; Apelação Cível 0096462-07.2006.8.19.0001. 8ª Câmara Cível do TJRJ. Rel. Des. Ana Maria Oliveira. j. 05.02.2009.

¹²² STF, RE 191.400/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão. J. 21.11.2000. DJE 02.02.2001.

2008.078395-7, rel. Juiz Jânio Machado, j. 10.11.09). (TJSC, Apelação Cível n. 2010.012586-0, de Joinville, rel. Des. Rodrigo Collaço, Quarta Câmara de Direito Público, j. 09-06-2011). (*grifou-se*)

APELAÇÃO CÍVEL RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO AÇÃO INDENIZATÓRIA DANOS MORAIS suportados pelo autor em virtude de ter permanecido na prisão por dezesseis dias após a prolação da sentença absolutória Demora da serventia judicial em elaborar o alvará de soltura Responsabilidade objetiva do Estado Ausência de causas excludentes da responsabilidade. DANOS MORAIS Dever de indenizar os danos suportados pelo autor Pedido inicial julgado parcialmente procedente Reforma do *quantum debeatur* fixado pelo juízo a quo, a fim de se reduzir a verba indenizatória Reexame necessário e recurso da FESP providos em parte. (Apelação Cível nº 9111651-69.2009.8.26.0000. 12ª Câmara de Direito Público do TJSP. Rel. Des. Osvaldo de Oliveira. j. 17.08.2011) (*grifou-se*)

A polêmica doutrinária se coloca, então, quanto à **amplitude das hipóteses de incidência dessa regra**. Assim, ensina STOCO¹²³:

Poder-se-ia, então, entender que a regra constitucional asseguradora de garantia fundamental é taxativa, em *numerus clausus*. Não é o que ocorre, porém.

Como não se desconhece, porque truísmo, a Carta Magna estabelece princípios e não casuísmos, os quais reserva à legislação infraconstitucional. Desse modo, a prisão indevida, seja qual for, ainda que não se subsuma com perfeição à hipótese enunciada naquele inciso, enseja reparação.

É possível se elencar casos de prisão cautelar realizada com abuso de poder pela autoridade policial, ou então o caso de sujeito preso cautelarmente que, ao final do processo, vem a ser condenado com uma pena menor do que o tempo de prisão já cumprido¹²⁴. Ou ainda o sujeito preso provisoriamente e que assim permaneça além do prazo limite admitido para esta modalidade de prisão¹²⁵. Cite-se também a possibilidade de que o sujeito tenha sido mantido em regime prisional mais gravoso do que aquele realmente determinado pela sentença condenatória¹²⁶.

Como se vê, a prisão provisória acaba por se tornar um caso tormentoso para o regime da responsabilidade civil do Estado por ato judicial, uma vez que tem natureza provisória, visando à segurança da população, a efetividade da persecução penal ou a garantia da ordem pública, elementos estes que se chocam com a presunção de inocência e a garantia da liberdade individual do cidadão. O cerne da questão se coloca no caso da prisão cautelar seguida de absolvição ao final do processo. Deveria o Estado indenizar o inocente preso cautelarmente?

¹²³ STOCO, Rui. *Responsabilidade do Estado Por Erro Judiciário*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 21. Jan-mar./1998. p. 99.

¹²⁴ TJSP, 7ª Câmara, Ap. 215.005-1/0, 17/10/1994.

¹²⁵ “O cerceamento oficial da liberdade fora dos parâmetros legais, posto o recorrente ter ficado custodiado 741 (setecentos e quarenta e um) dias, lapso temporal amazonicamente superior àquele estabelecido em Lei - 81 (oitenta e um) dias - revela a ilegalidade da prisão.” (STJ, REsp 872630/RJ. 1º Turma, Rel.p/acórdão Min. Luiz Fux. j. 13/11/2007). Em posição contrária: Apelação Cível Nº 70074404641, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins. j. 26/10/2017

¹²⁶ CAHALI, Youssef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. p. 501-504.

Para STOCO, preenchidas as condições da lei e revestida a prisão de legalidade estrita, não há como vislumbrar direito de reparação pelo só fato da prisão que não se converteu em definitiva pela condenação. Somente quando a prisão se transporte para a ilicitude é que poderá ensejar reparação¹²⁷. No mesmo sentido, para CAVALIERI, não há como responsabilizar o Estado, ainda que a medida seja gravosa ao seu destinatário, porque não há nenhuma ilicitude no ato. O direito e o ilícito são antíteses absolutas, um exclui o outro: *onde há ilícito não há direito, onde há direito não existe ilícito*.¹²⁸

Tais posições, porém, não são unânimes, havendo considerável doutrina que admite essa hipótese¹²⁹. Para VIANNA, há que se alertar para o fato de que, no caso da prisão do acusado posteriormente declarado inocente, não é necessária a existência de erro judiciário para haver direito à indenização, uma vez que haveria uma falha do sistema jurídico processual-penal, e não um erro judiciário no sentido jurídico do termo, mas sim um *erro de sistema* que, excepcionalmente, deve ser indenizado¹³⁰.

Em especial, destaca-se o pensamento de HENTZ¹³¹, para quem a norma do art. 5º, inciso LXXV, da Constituição consagrou o **princípio geral de indenização da prisão indevida**. Segundo o autor, o repúdio à possível cassação ilícita da liberdade individual norteou o legislador, de modo que a parte final do inciso pressupõe o respeito à existência de uma sentença impondo a pena privativa de liberdade ao condenado. Porém, não ficaria fora desta previsão nenhuma forma de prisão, bastando que não haja correspondência com a sentença definitiva para que ocorra a hipótese antevista pelo constituinte. A redação da norma, portanto, é mera síntese, em virtude da necessidade de generalidade do texto constitucional.

Ademais, demonstrando que erro judiciário e prisão além do tempo fixado na sentença constituem conceitos que formam categorias apartadas, assim afirma:

O princípio da indenização da prisão além do tempo fixado na sentença foi explicitado no direito constitucional juntamente com a reparação do erro judiciário, e, embora haja pontos de contato entre os dois institutos de direito material, afirma-se que **o erro judiciário não depende da verificação de prisão, assim como a indevida privação da liberdade física não decorre necessariamente de erro de julgamento**. (*grifou-se*).

¹²⁷ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 2ª ed. em e-book baseada na 10ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Título IV, capítulo XII, ponto 9.11.

¹²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11ª Edição. São Paulo: Ed. Atlas. 2014. p. 326.

¹²⁹ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. p. 39-40; MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. p. 440.; DIAS, José Aguiar. Da Responsabilidade Civil. Vol. II. 10ª Ed. Ed. Forense. 1997. p. 635-641. VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Erro Judiciário e sua responsabilização civil*. p. 449-450.

¹³⁰ VIANNA, *op. cit.* p. 457.

¹³¹ HENTZ, Luiz Antonio Soares. A responsabilidade do Estado por Prisão Indevida. 1996. Disponível em: <<http://www.academus.pro.br/professor/luizhentz/responsabilidade.htm>>. Acesso em 02/11/2017.

Assim, formulando o conceito dessa categoria autônoma de indenização, consagrada pela redação do art. 5º, inciso LXXV, HENTZ conclui que a disciplina da prisão indevida se estende a todos os casos em que suceder privação de liberdade individual sem o amparo em condenação com definitiva aplicação da pena de prisão, a cujo cumprimento se submete o indivíduo por força do ordenamento jurídico. Ou seja, uma vez que o Estado assumia o risco, em nome da sociedade, de suprimir a liberdade dos indivíduos, com base nas normas que assim lhe permitem atuar, também deverá a coletividade, representada pelo Estado, arcar com os possíveis danos que tal atividade pode causar.

O autor entende, portanto, que se trata de responsabilidade pelos riscos dos atos lícitos praticados pelo Estado no decorrer da persecução penal. Por fim, defende ainda que a redação constitucional, por mais que aplicável de imediato, impõe ao legislador ordinário o dever de legislar sobre a matéria, regulando a disciplina jurídica desta nova modalidade de indenização de forma mais adequada, garantindo maior segurança jurídica.

As considerações feitas por HENTZ afiguram-se razoáveis, e costumam ser frequentemente citadas pela doutrina. Além disso, o fundamento da responsabilidade por ato lícito vem a estar de acordo com o direito comparado, especialmente com a doutrina e jurisprudência de Portugal e França. Destaca-se, porém, que maiores detalhes sobre este fundamento serão explorados no próximo capítulo, em virtude de maior pertinência quanto ao tema.

O que aqui ficou delineado vem a demonstrar a delicadeza do tema da abrangência das hipóteses de indenização em caso de prisão seguida de absolvição, debate amplamente conhecido quanto à temática da prisão cautelar. Agora, considerando a nova posição do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória de pena, parece surgir mais uma hipótese a ser analisada sob o prisma da indenização da prisão seguida de absolvição. Por se tratar de fato recente, poucos trabalhos e julgados foram encontrados sobre a matéria, porém o debate guarda semelhança com o já desenvolvido sobre a prisão cautelar. Por essas razões, o caso da execução provisória de pena será abordado no próximo capítulo, trabalhando-se em conjunto com os argumentos já desenvolvidos sobre a prisão cautelar, cotejando-se a aplicabilidade dos mesmos no caso em tela.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABSOLVIÇÃO EM CASO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA

*Longe de constituir favor ou esmola, a outorga de reparação corresponde a um direito, que decorre do princípio da igualdade perante a lei. Seu fundamento não é o ato ilícito, mas o risco social. Assim, toda privação injusta da liberdade deve gerar indenização.*¹³²

2.1 Enquadramento da Questão

A análise científica dos fenômenos jurídicos, bem assinala MAFFINI, não pode se limitar a uma mera reprodução de precedentes exarados pelos tribunais, mas também não significa que a compreensão desses fenômenos deva ocorrer de modo independente, dispensando uma acurada atenção à jurisprudência corrente. De fato, é preciso estar atento às decisões produzidas pelo Poder Judiciário, seja para delas discordar, seja para encontrar fundamentos racionais para sua justificação¹³³. Essa máxima vale, sobremaneira, para o regime de responsabilidade civil do estado por ato jurisdicional, sendo matéria em constante evolução tanto pela compreensão do próprio instituto, quanto pelas situações em vai se consolidando a atuação do Estado-Juiz.

A decisão tomada pelo STF no HC 126.292/SP, admitindo a execução de acórdão penal condenatório antes do trânsito em julgado do processo, inegavelmente, está inserida em um contexto de busca de soluções para a crise atualmente vivenciada pelo sistema penal brasileiro. Nesse contexto, é possível citar, como duas faces de uma mesma moeda, a decisão que admite a execução provisória da pena, buscando respostas à crise de efetividade da persecução penal, e a decisão que reconheceu o dever do Estado em reparar os danos morais causados por estabelecimentos prisionais superlotados e violadores da dignidade da pessoa humana, como uma resposta à crise do sistema penitenciário nacional. Diante dessas duas decisões, há um problema a abordar, quanto à execução provisória da pena, e uma observação a fazer, quanto aos rumos do regime de responsabilidade civil do estado.

¹³² DIAS, José Aguiar. Da Responsabilidade Civil. Vol. II. 10º Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 1997. Pg. 640-641.

¹³³ MAFFINI, Rafael. *Responsabilidade civil do Estado por dano moral e a questão da prioridade da reparação in natura*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 274, p. 209-234, mai. 2017. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/68747>. Acesso em: 07/11/2017. p. 210-211.

2.1.1 Síntese do julgamento do HC 126.292/SP

Para compreender a posição adotada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal sobre a execução da pena, é preciso contextualizar a decisão diante do percurso jurisprudencial traçado pela Corte, uma vez que tal medida era admitida entre os anos de 1990 e 2000. Note-se, por exemplo, o julgamento do HC 68.726/RJ¹³⁴, além dos acórdãos HC 71.723/SP, HC 79.814/SP¹³⁵ e HC 80.174/SP. A questão foi, inclusive, objeto das súmulas n° 716 e 717 do STF¹³⁶, em 2003, mais especificamente quanto à admissibilidade de progressão de regime antes do trânsito em julgado.

A mudança ocorreu em fevereiro de 2009, no julgamento do HC 84.078/MG, quando a Corte passou a interpretar o princípio da presunção de inocência e o direito à ampla defesa como impeditivos à execução provisória de pena. Nas palavras do Ministro Relator, Eros Roberto Grau, a ampla defesa englobaria todas as fases processuais, inclusive os recursos especiais e extraordinários. Caso se admitisse entendimento em contrário, haveria restrição do direito de defesa, causando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito do acusado de elidir essa pretensão.¹³⁷

Este foi o entendimento que permaneceu vigente até 17 de fevereiro de 2016, ocasião em que novamente a matéria foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, promovendo mais uma mudança de orientação. Os Ministros do Tribunal, por maioria, firmaram a tese de que *a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não*

¹³⁴ "De acordo com o § 2º do art. 27, da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas Corpus indeferido." (STF, HC 68.726/RJ. Rel. Min. Néri da Silveira. DJ. 20/11/1992).

¹³⁵ "O RE não tem efeito suspensivo. Não susta a execução da decisão condenatória. Homicídio duplamente qualificado, crime tipificado na L. 8.072/90 - crimes hediondos. O regime para cumprimento da pena integralmente fechado é incompatível com a liberdade provisória. Habeas conhecido e indeferido." (STF, HC 79.814. 2ª Turma. Rel. Min. Nelson Jobim. j. 23/05/2000).

¹³⁶ http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800. Acesso em 07/11/2017.

¹³⁷ "A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária." (STF. HC 84.078/SP. Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau. j. 05/02/2009). Para uma análise crítica a respeito do julgado, veja-se: FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. p. 453-477. In: CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2013.

*compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.*¹³⁸

Do voto do Relator, Min. Teori Zavascki, observa-se o entendimento de que a execução provisória de pena deve ser lida não apenas sob a ótica do princípio da presunção de inocência, mas também em equilíbrio com a efetividade da função jurisdicional penal na pacificação dos conflitos. Assim, demonstra que a presunção de inocência opera com sua maior força no âmbito de análise das matérias de fato e provas apresentadas. Quando o juízo de primeiro grau e a análise do tribunal de segunda instância concluem pela culpabilidade do réu, este juízo de culpabilidade haveria de se sobrepor em relação à presunção de inocência. Ademais, considera que os recursos extraordinários não configurariam desdobramento do duplo grau de jurisdição, dado que não são dotados de ampla devolutividade e não realizam reanálise sobre a matéria fático-probatória.

Além disso, outro argumento de grande impacto utilizado pelo relator, a partir do exame de direito comparado, foi de que países com ampla tradição democrática e respeito aos direitos humanos também aceitam a execução de uma condenação na pendência de recursos para a Corte Suprema. Citando *in verbis* a observação da Min. Ellen Gracie no julgamento do HC 85.886, afirmou que *em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema*. Utilizando-se do estudo de FRISCHEISEN, GARCIA e GUSMAN¹³⁹, demonstra tais conclusões com os casos da Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina.

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso, acompanhando o relator, foi igualmente emblemático e causou repercussões na comunidade jurídica brasileira. Ele alega que a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal: (i) incentivou à infundável interposição de recursos protelatórios, (ii) reforçou a seletividade do sistema penal, e (iii) agravou o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.

Para demonstrar a ineficácia e protelação dos milhares de recursos interpostos, solicitou considerável pesquisa jurisprudencial à Assessoria de Gestão Estratégica do STF, obtendo o resultado de que o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu

¹³⁸ STF, HC 126.292/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Teori Zavascki. j. 17/02/2016.

¹³⁹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078...

seria inferior a 1,5%. Mais especificamente, de 01/01/2009 a 19/04/2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF, as decisões absolutórias não chegaram a representar 0,1% do total de decisões.¹⁴⁰

A decisão, por certo, gerou impacto na comunidade jurídica. Para alguns, ainda que defensores da medida, melhor seria que tal mudança fosse adotada por meio de emenda constitucional¹⁴¹. Outros, contrários à medida, alegam que a decisão gera insegurança jurídica em matéria de execução penal e que o STF seria ilegítimo para abolir uma garantia constitucional¹⁴², ou ainda que a admissibilidade da execução provisória de pena contraria o disposto no art.283 do Código de Processo Penal¹⁴³, além de afirmar que tal decisão é incompatível com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁴⁴¹⁴⁵.

Atualmente, a decisão é questionada pelas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, as quais pleiteiam, no mérito, a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal¹⁴⁶, a qual, sendo afirmada, resultaria em impedir a execução provisória da pena, razão pela qual solicitaram medida cautelar para suspender essa forma de execução penal. Em 05 de outubro de 2016, no entanto, o Plenário do STF indeferiu as liminares pleiteadas, entendendo que o referido artigo não impede o início da execução da pena após a condenação em segunda instância¹⁴⁷.

Não se descuida que o assunto seja delicado e recentemente venha despertando decisões contrárias à medida pelos próprios ministros da Suprema Corte, seja por uma

¹⁴⁰ Para uma análise específica sobre o impacto desses dados e as críticas da comunidade jurídica sobre suas conclusões, veja-se o próximo ponto do presente trabalho.

¹⁴¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. “Decisão do STF sobre prisões não viola a democracia, afirma pesquisador”, disponível em <http://m.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1740916-decisao-do-supremo-nao-viola-a-democracia-afirma-pesquisador.shtml>. Acesso em 07/11/2017.

¹⁴² AMARAL, Thiago Bottino do. “Os problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena”, disponível em <https://www.jota.info/colunas/supra/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena-18022016>. Acesso: 07/11/2017.

¹⁴³ STRECK, Lenio. “Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional”, disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Acesso em 07/11/2017.

¹⁴⁴ RESENDE, Ranieri Lima. VIEIRA, José Ribas. “Execução Provisória – Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?”, disponível em <https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016>. Acesso em 07/11/2017.

¹⁴⁵ Veja-se, ainda, as críticas de PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed. São Paulo: Atlas. 2017. p. 234-235.

¹⁴⁶ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

¹⁴⁷ STF. ADC 43 e 44. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 05/10/2016.

reafirmação do princípio da presunção de inocência¹⁴⁸, seja pela pendência de embargos de declaração¹⁴⁹, seja porque há tendência em se adotar proposta mitigada de execução provisória de modo a aceitá-la apenas após o julgamento do Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁰. Porém, até que se decida o contrário (o que pode ocorrer no julgamento de mérito das ADCs 43 e 44), segue válido o entendimento exarado pelo STF no HC 126.292/SP, permanecendo o desafio relativo à responsabilidade civil do estado em caso de posterior absolvição do réu que sofrera execução provisória da condenação.

2.1.2 *A Responsabilidade Civil do Estado e a atualidade do julgamento do RE 580.252/MS*

O regime da responsabilidade civil do estado é uma matéria em constante evolução, não tanto por eventuais inovações em sede legislativa¹⁵¹, mas especialmente pela atualização dos conceitos que a jurisprudência firmada pelos Tribunais tem produzido. Nesse sentido, recorda-se o fato de que a reparação do dano, atualmente, está menos focada na avaliação da conduta do lesante e mais atenta à vítima, de modo que esta não arque sozinha com os ônus advindos do evento danoso. Essa virada metodológica leva, inclusive, alguns autores a afirmar que se está vivenciando uma “erosão dos filtros tradicionais da reparação”, conceito cunhado por SCHEREIBER¹⁵² para designar o fenômeno de flexibilização do modo de compreensão dos conceitos tradicionais de culpa, dano e nexos causal, impondo uma interpretação cada vez mais adequada à necessidade de que o direito solucione danos injustamente causados, ampliando-se a sua reparabilidade e, por conseguinte, a proteção daqueles que os suportam¹⁵³.

Diante desse escopo, há que se considerar as reflexões contidas no julgamento do RE 580.252/MS¹⁵⁴, em que o STF reconheceu o dever de indenizar o detento exposto a condições degradantes em estabelecimento prisional, conforme a seguinte tese firmada em repercussão geral:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos,

¹⁴⁸ STF, HC 137.063. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. j. 12/09/2017

¹⁴⁹ STJ, HC 366.907. 6ª Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 06/12/2016.

¹⁵⁰ Vide discussões contidas no HC 142.173, bem como HC 136.720, relatadas em "STF sinaliza mudança de entendimento sobre execução antecipada da pena", disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-ago-08/stf-sinaliza-mudanca-posicao-execucao-antecipada-pena>. Disponível em 07/11/2017.

¹⁵¹ Novamente, cite-se o PL 412/2011, já aprovado na Câmara dos Deputados e atualmente tramitando no Senado Federal por meio do PL 126/2015.

¹⁵² SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 2º Ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 1-11.

¹⁵³ MAFFINI, Rafael. *Responsabilidade civil do Estado por dano moral e a questão da prioridade da reparação in natura*. p. 224.

¹⁵⁴ STF. RE 580.252. Tribunal Pleno. Relator Min. Teori Zavascki e Rel.p/acórdão Min. Gilmar Mendes. j. 16/02/2017. DJ 11/09/2017.

inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento

Essa ação foi proposta pela Defensoria Pública em favor de um preso condenado a 20 anos de reclusão que foi submetido a situação degradante, durante o cumprimento de sua pena, devido à excessiva população carcerária e de problemas estruturais do presídio de Corumbá, situação reconhecida como precária e insalubre por ambas as partes, tendo como réu o Estado do Mato Grosso do Sul. Em primeiro grau, a ação foi julgada improcedente com base na *teoria da reserva do possível*, sendo os autos remetidos ao TJMS, que reformou a decisão, garantindo ao preso uma indenização de R\$ 2.000,00 a título de danos morais. Porém, em sede de Embargos Infringentes, a corte retomou a posição do julgamento de primeiro grau.

No STF, a tramitação do Recurso Extraordinário teve longa duração, sendo distribuído em março de 2008, reconhecendo-se a repercussão geral da matéria em fevereiro de 2011 e iniciado o julgamento em dezembro de 2014, concluindo-se em fevereiro de 2017¹⁵⁵. A decisão tomada pelo STF é inovadora por diversos motivos e pode ser analisada sob diversas óticas, já contando com produção doutrinária sobre alguns de seus aspectos¹⁵⁶. É possível dividir o conteúdo da decisão em duas partes: primeiro, o voto do Ministro-Relator Teori Zavascki, do qual se destaca a atual compreensão das funções da responsabilidade civil do Estado, e, posteriormente, o voto divergente do Ministro Luís Roberto Barroso, propondo a reparação *in natura* do dano.

2.1.2.1 A Responsabilidade Civil do Estado e a Reserva do Possível

Considerando que ambas as partes reconheciam a situação degradante do sistema penitenciário sul-mato-grossense, sendo tais fatos incontroversos, entendeu-se que o dano moral estava presumido. A grande questão enfrentada pelo Ministro Teori Zavascki, então, era verificar a indenizabilidade do dano em face da teoria da *reserva do possível*. Em um voto magistral, o ministro esclareceu que tal princípio só é utilizado quando está em causa a garantia de um direito subjetivo individual a determinada prestação social, exigida como uma contrapartida ou dever jurídico do Estado para satisfazê-la. Nesse caso, a contrapartida só seria

¹⁵⁵ Ainda quanto à forma como o STF admitiu a reparação do dano, destaca-se a crítica de MAFFINI no sentido de que o tribunal se limitou a restabelecer a decisão exarada pelo TJMS, resultando em uma quantia ínfima, nas palavras do autor, ante o sofrimento suportado pelo detento. Conclui o autor que isso se deve à peculiaridade da tramitação das demandas de repercussão geral, as quais possuem uma natureza híbrida: de um lado, atuam como instrumento de concentração da interpretação constitucional, considerando questões econômicas, políticas, sociais e jurídicas. Por outro lado, no entanto, não se pode olvidar que decorrem de uma demanda subjetiva, caracterizada por suas peculiaridades subjetivas e objetivas (*vide* MAFFINI, Rafael. *Responsabilidade civil do Estado por dano moral e a questão da prioridade da reparação in natura*, p. 217).

¹⁵⁶ MAFFINI, Rafael. *op. cit.* p. 210-211.

exigível dentro da capacidade financeira que o Estado tenha para prestar o mesmo benefício em condições igualitárias para todos os cidadãos.

Porém, não era este o cenário em questão. Quando se fala em responsabilidade civil do Estado, trata-se de um preceito normativo autoaplicável, sem intermediação ou dependência do Legislador, para regulamentar o direito, ou do Administrador Público, para concretizá-lo. Ou seja, especialmente quando se tem em tela o art. 37, §6º da Constituição, ao se constatar o dano e se comprovar onexo causal, nasce o dever de reparação para o Estado.

Em um desenvolvimento desta ideia, ainda se poderia questionar que impor tal “custo” ao Estado faria com que o orçamento disponível para a melhoria das condições da prisão fosse ainda mais precarizado. Porém, o ministro-relator responde que a redução dessas violações, as quais dependem de ação do Poder Executivo, não pode justificar que aquele que é atualmente lesado deva ser mantido sem a justa indenização. Ou seja, não se pode excluir a obrigação do Estado em indenizar o sujeito encarcerado que venha a sofrer danos por conta da própria ação ou omissão estatal.

Tais considerações levaram o relator a afirmar que não se pode invocar seletivamente razões de Estado quando está em causa a proteção e reparação à integridade física e moral de determinado grupo de sujeitos, sob pena de comprometer a própria legitimidade da atividade jurisdicional¹⁵⁷. Ou seja, reafirma-se aqui a independência do Poder Judiciário para reconhecer o dever de reparar quando for assim necessário, ainda que em desfavor da coletividade personificada na defesa dos cofres públicos, exercendo, outrossim, um verdadeiro controle sobre a adequação da atuação estatal, seja quanto às condições da prisão, seja quanto à legalidade dos tipos penais, ou, também, quanto à aplicação da lei e sua respectiva execução penal (esfera na qual se insere a admissibilidade da execução provisória de pena). Nesse sentido, veja-se o seguinte excerto do voto:

Havendo a transgressão dos limites normativos de aplicação da pena, deve o Poder Judiciário agir para restabelecer prontamente a ordem jurídica, inclusive por meio da tutela repressiva de natureza cível. **A responsabilidade do Judiciário não se esgota no controle do processo penal, nem tampouco na fiscalização administrativa das condições dos estabelecimentos penitenciários, mas alcança, igualmente, o aspecto civil decorrente de eventuais violações aos direitos de personalidade dos detentos.** Essa tutela chega a ser explicitamente garantida pela Constituição Federal

¹⁵⁷ “A criação de subterfúgios teóricos (tais como a separação dos Poderes, a reserva do possível e a natureza coletiva dos danos sofridos) para afastar a responsabilidade estatal pelas calamitosas condições da carceragem de Corumbá/MS, afronta não apenas o sentido do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, como determina o esvaziamento das inúmeras cláusulas constitucionais e convencionais antes citadas, transformando o seu descumprimento reiterado em mero e inconsequente ato de fatalidade, o que não pode ser tolerado.”

em caso de erro judiciário (art. 5º, LXXV), e compreende, naturalmente, outras dimensões de violações aos direitos humanos dos custodiados. (*grifou-se*)¹⁵⁸

2.1.2.2 A Reparação In Natura do Dano

O voto do Min. Barroso no RE 580.252/MS inicia alertando para a necessidade de um caminho alternativo ao atual modelo prisional brasileiro, devido à deficiência crônica de políticas prisionais adequadas. Elenca como causas do grave cenário prisional brasileiro (i) a superlotação dos presídios, (ii) a lógica do hiperencarceramento, e (iii) as deficiências na estruturação e funcionamento dos presídios. Com base nessas premissas, conclui que *a jurisdição constitucional não pode desempenhar o papel de mero expectador* diante desse quadro crônico, afirmando que faltam incentivos para a melhoria da estrutura das prisões. Assim, acompanha o voto do relator, reconhecendo o dever de indenizar e afastando o princípio da reserva do possível. Porém, foi aberta divergência quanto à forma de reparação do dano.

A inovação contida em tal divergência consiste na proposta de indenizar o paciente por meio de remissão de pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal¹⁵⁹, reparando-se o dano com redução do tempo de pena, ao invés de indenizar pecuniariamente o indivíduo submetido às condições degradantes do cárcere. Ao adotar esta forma de reparação, seria possível acelerar a redução da superlotação dos presídios e ainda preservar os recursos públicos, que poderiam ser utilizados na melhora do sistema prisional.

Esse entendimento, porém, foi seguido apenas pelos ministros Luiz Fux e Celso de Mello, ficando a proposta rejeitada pelo Plenário. Importa, por outro lado, registrar a análise feita por MAFFINI a respeito da aplicabilidade da reparação *in natura* no caso da responsabilidade civil do Estado. Para o autor, não se mostra adequado considerar *in natura* uma reparação que é determinada necessariamente a partir da natureza da causa da obrigação a ser tutelada jurisdicionalmente. Se assim fosse, uma vítima de dano moral causado por agressão física poderia receber a permissão judicial para retribuir com a mesma agressão o agressor original, uma vez que se trata de um mecanismo de reciprocidade absoluta¹⁶⁰.

¹⁵⁸ STF. RE 580.252. Tribunal Pleno. Relator Min. Teori Zavascki e Rel.p/acórdão Min. Gilmar Mendes. j. 16/02/2017. DJE 11/09/2017.

¹⁵⁹ Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. § 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: (I) 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; (II) 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

¹⁶⁰ MAFFINI, Rafael. *Responsabilidade civil do Estado por dano moral e a questão da prioridade da reparação in natura*, p. 228.

Ademais, ao admitir tal hipótese, estaria se ignorando a independência dos juízos penal, civil e administrativo ao indenizar um dano moral (matéria relativa à responsabilidade civil) com uma moeda penal (matéria regulada pelo direito penal)¹⁶¹. Novamente, se assim fosse, seria possível pensar outros casos de ressarcimento de dano moral por meio de moeda administrativa, por exemplo, abatendo do tempo para promoção ou aposentadoria o tempo de serviço prestado pelo servidor enquanto sofria assédio moral em seu local de trabalho. Ou então, em matéria tributária, ao dispensar o contribuinte do compromisso de cumprir determinadas obrigações acessórias como forma de reparar eventual dano moral reconhecido pela cobrança indevida de um tributo. Além disso, destaca que a proposta em tela sugeria que a indenização fosse julgada pelo juízo de execução penal, o que seria descabido, uma vez que seria necessário um processo cível de conhecimento para a apuração da extensão do dano¹⁶². Por oportuno, registra-se também que o STF já analisou a possibilidade de reparação por meio de detração penal para o sujeito que foi preso preventivamente mas em seguida absolvido, descontando-se o período preso do cômputo da pena cumprida em razão de crime cometido posteriormente. Na ocasião, tal proposta foi rejeitada, uma vez que seria inadmissível empreender a operação do desconto em relação a delitos anteriores, como se lícito fosse instaurar uma “*conta-corrente*” delinquencial.¹⁶³

Portanto, a partir da análise da posição tomada pelo STF quanto à execução provisória de pena e quanto à indenização por condições inadequadas em estabelecimentos prisionais, é possível afirmar que a Corte atua de forma proativa em relação aos desafios do sistema penal brasileiro, seja no campo da execução penal, seja no campo da responsabilidade civil do Estado. Nada obstante, esses desafios permanecem, podendo-se utilizar o que ficou assentado nas duas decisões para, a partir delas, avançar na superação dos mesmos.

Ao reestabelecer a possibilidade de execução provisória da pena, o Supremo buscou equacionar o problema da efetividade da persecução penal, mas ainda seguem as dúvidas

¹⁶¹ Nesse sentido, é o próprio Min. Barroso quem admite, nos debates registrados no acórdão publicado: “A reparação é civil no sentido assim: há um dano moral. (...) Civil. Eu preciso repará-lo. Eu estou reparando o seu dano, lhe entregando dias de liberdade. Portanto, é uma reparação civil que usa uma moeda penal.”

¹⁶² *Ibidem*, p. 228-233. O autor propõe, então, que a reparação *in natura* do dano moral ocorra apenas quando a recomposição do dano seja da mesma índole do próprio dano, como uma reportagem difamatória e um posterior pedido de desculpas pelo veículo de comunicação. Conclui, também, que aceitar tal proposta resultaria, isso sim, em um incentivo ao governante para manter o estado atual do problema carcerário, pela conveniência econômica da forma de reparação.

¹⁶³ STF, HC 111.081/RS. 1º Turma. Rel. Min. Luiz Fux. j. 28/02/2012. Ainda, do voto do Min. Marco Aurélio, cite-se o seguinte trecho: “*a erronia do Estado, quanto ao processo, quanto à prisão anterior, resolve-se em outro campo, o do ato comissivo, o ato de serviço, considerada a indenização, não cabendo a compensação. O sistema não fecharia, ou seja, não se pode levar em conta prisão provisória relativa a delito futuro*”. Ainda, sobre a possibilidade de detração em processo relativo a crime anteriormente cometido, veja-se STJ, REsp. 61899/SP. 6º Turma, Rel. Min. Vicente Leal. j. 26/03/1996.

quanto ao risco de uma reversão da condenação sofrida pelo réu, tornando injusta a antecipação da execução da pena. Como demonstrado, este é um tema que ainda está em desenvolvimento pela jurisprudência da Corte, sendo marcado por incerteza quanto ao seu futuro. Porém, considerando a premência e atualidade do mesmo, é preciso responder à questão de como o atual regime de responsabilidade civil do Estado responderá aos indivíduos que foram submetidos à medida e posteriormente absolvidos.

A partir do RE 580.252, o STF reafirmou que não é possível alegar razões de Estado para afastar o dever de indenizar às vítimas de danos causados omissiva ou comissivamente pelo Estado. No caso, se debateu a aplicabilidade da *teoria da reserva do possível* em face de indenizações oriundas de responsabilização civil do Estado. Porém, quando se fala em responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional, diversas razões de Estado são elencadas para afastar o dever de indenizar, tais como a *independência da magistratura*, a *licitude da decisão proferida*, entre outros. Assim, o referido julgado lança luzes à questão, reafirmando a virada valorativa na compreensão do instituto da responsabilidade civil, focando-se na efetiva reparação dos danos causados, contexto em que tais razões são mitigadas. Ademais, reconhecido o dever de reparar, verifica-se que a indenização em pecúnia segue como mecanismo principal de reparação, restando a reparação *in natura* apenas em casos excepcionais e condizentes com a natureza da obrigação.

Diante desse contexto, a presente monografia buscará analisar a responsabilidade do Estado por absolvição em execução provisória de pena a partir de projeções sobre os efeitos da decisão que admitiu tal medida, e, posteriormente, realizar um estudo de direito comparado em países que admitem tal hipótese. Após, determinado o objeto da questão e analisada a prática de outros ordenamentos jurídicos, parte-se para uma investigação sobre a doutrina e jurisprudência brasileira, buscando-se as principais linhas de entendimento em relação à matéria.

2.2 Análise Quantitativa de Casos

A pesquisa quantitativa na área das ciências jurídicas e sociais sempre foi um desafio, por diversos motivos, como, por exemplo, a incompatibilidade do objeto de pesquisa com a realização de experimentos controlados¹⁶⁴, aponta Alexandre Samy de Castro, pesquisador da Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada -

¹⁶⁴ Grande parte das pesquisas empíricas dependem do contexto específico das ações judiciais (competência, classe, assunto e partes), de modo que, sem uma contextualização adequada, fica difícil controlar a seleção de casos.

IPEA, para quem tal fato se insere em um contexto de reformas legais e institucionais fundadas em base empírica frágil e influenciadas pela retórica e por interesses específicos de operadores do sistema e de grandes litigantes. Por outro lado, o autor constata uma abundância de registros judiciais eletrônicos, que contêm informações jurídico-processuais e institucionais relevantes para a produção de diagnósticos fundamentados sobre os desafios atuais¹⁶⁵.

Por essas razões, a pesquisa quantitativa vem a complementar a clássica pesquisa qualitativa na área do direito, de modo a fornecer dados precisos sobre o objeto da questão, além de possibilitar um juízo de prognose sobre os resultados dessa ou daquela decisão, sendo importante para a análise de temas como padrões de decisões judiciais, mensuração da eficiência judicial, acesso à justiça, política criminal, avaliação do impacto de reformas legais sobre o judiciário e a economia, entre outros. Foi exatamente essa reflexão que ocorreu no debate acerca da execução provisória de pena, possibilitando uma visualização mais clara sobre os efeitos da medida adotada.

2.2.1 *Histórico do debate estatístico no caso*

2.2.1.1 *Taxa de reversão em favor do réu*

Durante o julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Luis Roberto Barroso trouxe em seu voto informações fornecidas pela Assessoria de Gestão Estratégica do STF sobre a taxa de reversão dos recursos extraordinários e agravos em favor dos réus, argumentando que essa taxa era consideravelmente baixa, o que justificaria a execução provisória da pena. Assim, veja-se o seguinte trecho do voto:

Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões.

Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria.

Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523, RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671, RE 607.173, AI 580.458). Deve-se considerar a possibilidade de

¹⁶⁵ CASTRO, Alexandre Samy de. O método quantitativo na pesquisa em direito. 2017. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/320772695> O metodo quantitativo na pesquisa em direito. Acesso em 20/11/2017.

alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições.

Após essa decisão, uma miríade de manifestações foi publicada pela comunidade jurídica, seja para reforçar os números fornecidos, seja para deles discordar. O julgamento das ADCs 43 e 44 também foi consideravelmente pautado pelo debate estatístico do caso, como é possível observar nas sustentações orais dos diversos *amicus curiae* apresentados¹⁶⁶, bem como na resposta do Ministro Barroso reafirmando a sua posição. Nota-se que a taxa de reversão das decisões poderá variar de acordo com o período de análise, quantidade de casos analisados, tipo de recurso (REExt, REsp, Agravos ou HC), o tipo de provimento (integral ou parcial) e o tipo de pedido (absolvição, progressão de regime, cálculo da pena, etc). Por essa razão, haverá considerável disparidade entre os resultados encontrados, conforme segue¹⁶⁷:

- a) JANOT, Rodrigo. As estatísticas estão ao lado da prisão antes do trânsito em julgado¹⁶⁸.
 - Taxa de reversão: 0,6%
 - Quantidade de provimento favorável geral/réu/absolvição: 211/41/1
- b) STF, HC 126.292/SP - Voto Min. Barroso¹⁶⁹:
 - Taxa de reversão: 1,12% e 0,035%
 - Quantidade de provimento favorável geral/réu/absolvição: 784/31/9
- c) HARTMANN, Ivar A. Execução provisória da pena: defendendo os 2%.¹⁷⁰:
 - Taxa de reversão: 9,10%
 - Quantidade de provimento favorável geral/réu/absolvição: não informa
- d) DPU - Amicus Curiae ADC 43 e 44¹⁷¹:
 - Taxa de reversão: 13,77%
 - Quantidade de provimento favorável geral/réu/absolvição: 711
- e) FGV - Pesquisa HC nos Tribunais Superiores¹⁷²:
 - Taxa de reversão: 27,8% STJ e 8,2% STF
 - Quantidade de provimento favorável geral/réu/absolvição: 3722 (STJ) e 1139 (STF)
- f) DPESP - Amicus Curiae ADC 43 e 44¹⁷³:
 - Taxa de reversão: 41%
 - Quantidade de provimento favorável geral/réu/absolvição: 261

¹⁶⁶ Registra-se que, para o devido levantamento desses dados, foram contatadas as Defensorias Públicas dos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Defensoria Pública da União, além do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, de modo a obter cópia das petições apresentadas nas ADCs 43 e 44, em que constam maiores detalhes de suas pesquisas jurisprudenciais.

¹⁶⁷ Para maiores detalhes, veja-se o quadro comparativo em anexo (ANEXO A - Quadro comparativo da taxa de reversão em favor do réu).

¹⁶⁸ Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-24/janot-estatisticas-apoiam-prisao-antes-transito-julgado>>. Acesso em 21/11/2017.

¹⁶⁹ STF, HC 126.292/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Teori Zavascki. j. 17/02/2016.

¹⁷⁰ Disponível em <<https://jota.info/colunas/supra/execucao-provisoria-da-pena-defendendo-os-2-06092016>>. Acesso em 21/11/2017.

¹⁷¹ Petição disponibilizada em contato com a instituição.

¹⁷² Relatório Final do Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas Corpus nos Tribunais Superiores”. Disponível em <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/relatorio_final_pesquisa_hc_ipea-mj_-_junho_-_2014_-_para_publicacao.pdf>. Acesso em 21/11/2017. Dados atualizados em “Os Habeas Corpus no STJ e STF”, disponíveis em <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-ipea/index.html>>. Acesso em 21/11/2017.

¹⁷³ Petição disponibilizada em contato com a instituição.

- g) DPE/RJ – Memoriais nas ADCs 43 e 44¹⁷⁴:
- Taxa de reversão: 41% REsp e 49% HC
 - Quantidade de provimento favorável geral/réu/absolvição: 205 REsp e 245 HC¹⁷⁵
- h) AMARAL, Thiago Bottino do. Memorial de Amicus Curiae IBCCRIM nas ADCs 43 e 44¹⁷⁶:
- Taxa de reversão: 45,99%
 - Quantidade de provimento favorável geral/réu/absolvição: não informa

Destaca-se que, sempre que possível, contatou-se as referidas instituições buscando um detalhamento das pesquisas jurisprudenciais realizadas e, especialmente, visando à obtenção das planilhas com a listagem de recursos identificados como favoráveis aos réus, principalmente em caso de absolvição¹⁷⁷. Há que se observar que no julgamento dos pedidos liminares nas ADCs 43 e 44, o voto do Min. Barroso menciona também a baixa taxa de reversão e absolvição dos recursos especiais no STJ¹⁷⁸, razão pela qual se procurou obter detalhes sobre a pesquisa, porém, apesar das diversas tentativas, a Ouvidoria da Corte não foi capaz de fornecer as informações solicitadas, prejudicando nossa análise quanto aos dados do STJ¹⁷⁹.

Da análise dos dados, como afirmado anteriormente, percebe-se que a taxa de reversão poderá variar de acordo com o tipo de recurso, o tipo de provimento e o tipo de pedido (cálculo da pena, tipo de regime inicial, absolvição, etc.). Levando em consideração essa constatação, e registrando que o objeto da presente monografia é o estudo da responsabilidade civil do estado em caso de absolvição em execução provisória de pena, percebe-se que é preciso restringir a taxa aqui utilizada, *focando-se apenas na taxa de absolvição*, de modo a abstrair eventuais discussões doutrinárias de cunho penal ou processual penal que extrapolariam o objeto de análise.

Tendo em vista a delimitação traçada, percebe-se que a pesquisa mais adequada para a análise do fenômeno é aquela elaborada pela Assessoria de Gestão Estratégica do STF, uma vez que é a que contém o maior período e a maior base de dados, além de que foi possível ter acesso direto aos dados e conferi-los. Assim, ficam assentadas as seguintes informações:

¹⁷⁴ Informações constantes na petição apresentada pelo órgão, também disponibilizada pela instituição.

¹⁷⁵ Veja-se, ainda, LIMA, Thais. *Execução antecipada da pena e o mercado de estatísticas: uma resposta aos números da FGV*. Disponível em < <https://jota.info/colunas/a-defesa/defesa-execucao-antecipada-da-pena-e-o-mercado-de-estatisticas-03102016>>. Acesso em 21/11/2017.

¹⁷⁶ Petição disponibilizada em contato com a instituição.

¹⁷⁷ De modo especial, agradecemos aos defensores públicos Dr. Gustavo Zortea da Silva (DPU) e Dra. Thais Lima (DPE-RJ), e aos professores Thiago Bottino (IBCCRIM e FGV) e Ivar Hartmann (Projeto Supremo em Números – FGV). Ademais, registra-se a obtenção integral dos dados da pesquisa do STF por meio da Assessoria de Gestão Estratégica (protocolo n° 425082).

¹⁷⁸ “Já no caso do STJ, dados fornecidos pela Presidência do Tribunal indicam que os recursos especiais criminais providos em favor do réu no período de 01.01.2009 até 20.06.2016 foi de 10,29%”

¹⁷⁹ Pedidos protocolados sob os números 156412 (em 07/07/2017), 156634 (em 24/07/2017), 1714 (em 05/08/2017).

Quadro nº 1. Taxa de reversão de REExt e AREExt, STF.

Número de recursos analisados	25.707 REExt e AREExt
Recursos providos	784
Recursos providos em favor do réu	31 (1,12%)
Recursos providos em favor do réu para absolvê-lo	09 (0,035%)

A partir desses dados, foi possível analisar cada caso de absolvição, de modo a identificar as principais causas de absolvição no STF e seu nível de incidência. Assim, segue abaixo o resultado:

Quadro nº 2. Fundamentos dos recursos providos em favor do réu para absolve-lo

Incidência	Fundamento	Recurso
3	Atipicidade da conduta	ARE 675.223; RE 755.565; RE 924.885;
2	Prescrição	RE 583.523; RE 878.671
1	Falta de provas	ARE 857.130
1	Retroatividade de lei mais benéfica	RE 602.561
1	Nulidade processual	RE 607.173
1	Princípio da insignificância	AI 580.458

Dos resultados obtidos, observa-se que a principal causa de absolvição se dá em um juízo de atipicidade da conduta do agente, seja por considerar que a conduta não constituiu crime, seja por declarar a inconstitucionalidade de um tipo penal. Após, verifica-se a incidência de declaração de ocorrência de prescrição, seguida por casos específicos de absolvição por falta de provas, retroatividade de lei mais benéfica, nulidade processual e aplicação do princípio da insignificância.

As projeções relativas à indenização em tais situações serão tratadas posteriormente, porém importa registrar que o baixo índice de absolvição poderá ser alterado na medida em que se considerar na análise o uso dos habeas corpus, ainda que tal via não tenha sido afetada pelo julgamento do STF. Nesse sentido, veja-se a análise realizada pelo Projeto “*Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores*”, da FGV Direito - Rio¹⁸⁰:

¹⁸⁰ AMARAL, Thiago Bottino do. Relatório Final Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores”. 2014. p. 59-60. Disponível em

Quadro nº 3. Resultado dos HC's e RHC's entre 2008 e 2012, FGV

Decisão	STF	STJ
Concessão (parcial e integral)	8,27%	27,86%
Não-concessão	22,91%	21,10%
Não conhecimento	37,78%	19,98%
Pendente	9,22%	11,00%
Prejudicado	19,95%	24,44%
Outros	1,53%	0,58%

Conforme bem registrado pelo memorial de *amicus curiae* do IBCCRIM no julgamento das ADCs 43 e 44, a elevada taxa de sucesso das impetrações no STJ indica uma alta taxa de reversão das decisões dos tribunais de segunda instância. Já a diferença observada na taxa de sucesso entre os dois tribunais superiores permitiria inferir que o STF é protegido de uma avalanche de impetrações graças à atuação do STJ¹⁸¹. Essas conclusões parecem ser corroboradas pelos dados fornecidos pelo STJ ao STF, citados anteriormente, quanto ao julgamento dos recursos especiais, em que se observou uma taxa de 10,29% de recursos especiais criminais providos em favor do réu entre 2009 e 2016, em contraposição à taxa de 1,12% de recursos extraordinários providos em favor do réu no STF.

2.2.1.2 População atingida pela execução provisória

Outro dado importante de analisar quanto aos efeitos da execução provisória da pena é o seu impacto sobre o sistema prisional brasileiro, temática em que se destaca recente estudo empírico realizado pelo Projeto Supremo em Números, sob a coordenação do Prof. Ivar Hartmann¹⁸². Para a realização do estudo, foi utilizada a base de dados do Supremo em Números referente aos processos do STF e STJ potencialmente submetidos às consequências

http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/relatorio_final_pesquisa_hc_ipea-mj_-_junho_-_2014_-_para_publicacao.pdf. Acesso em 21/11/2017.

¹⁸¹ IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. AMARAL, Thiago Bottino do. Memorial de *Amicus Curiae* nos autos das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44. 2016. (*peça obtida diretamente com os autores*)

¹⁸² HARTMANN, Ivar A. *et alii*. O Impacto No Sistema Prisional Brasileiro Da Mudança De Entendimento Do Supremo Tribunal Federal Sobre Execução Da Pena Antes Do Trânsito em Julgado no HC 126.292/Sp - Um Estudo Empírico Quantitativo. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2831802>. Acesso em 21/11/2017.

da decisão do HC 126.292/SP, nomeadamente, processos que (i) já possuíam decisões em segunda instância, (ii) se encontravam tanto no STJ, quanto no STF, para apreciação de recursos especiais, extraordinários e respectivos agravos, entre 2014 e 2015, e (iii) cujos assuntos fossem de direito penal ou processual penal.

A partir desse recorte, a pesquisa obteve uma amostra de 5% dos processos, correspondente a 370 do STF e 2.260 do STJ, totalizando uma base de 2.630 processos. Analisando tal amostra, a pesquisa concluiu que existem 423 réus presos (12% do total)¹⁸³ e 3.046 réus que aguardavam o julgamento dos tribunais superiores em liberdade (88% do total)¹⁸⁴. Com base em tais proporções, foi projetado que existiriam, atualmente, cerca de 8.460 réus aguardando o julgamento presos, e 60.920 réus aguardando o julgamento em liberdade.

Para identificar quanto desses réus poderiam ser submetidos à execução provisória, o estudo delimitou a quantidade de réus que possuíam pena igual ou superior a 8 anos, permitindo a execução em regime fechado. Dentro dessa amostra, foram identificados 173 casos, o que é equivalente a 6% do total analisado, projetando-se que cerca de 3.460 réus teriam a expedição de mandado de prisão diretamente em razão da mudança jurisprudencial do Supremo.

Mantidas essas proporções e projeções, o estudo então utilizou o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias produzido pelo Ministério da Justiça¹⁸⁵, levando em consideração a população carcerária brasileira de 622.202 presos, para verificar qual seria o impacto no sistema prisional. Considerando a projeção de 3.460 réus que passariam a aguardar o julgamento encarcerados, concluiu-se que o impacto do HC 126.292/SP seria um aumento de apenas 0,6% no número de apenados no Brasil. Longe, portanto, de comprometer o sistema.¹⁸⁶

Os resultados do referido estudo podem ser, portanto, resumidos no seguinte quadro:

¹⁸³ Quanto aos réus presos, o relatório da pesquisa destaca que os mesmos poderiam estar encarcerados por prisão preventiva ou por execução provisória de pena em contrariedade ao entendimento do STF naquele momento.

¹⁸⁴ Alertam os pesquisadores que o número de réus é maior que o número de processos em virtude da pluralidade de réus no polo passivo em diversas demandas.

¹⁸⁵ Disponível em <<http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em 21/11/2017.

¹⁸⁶ Não se descuida, porém, as críticas ao estudo, especialmente quanto ao recorte de condenados a penas iguais ou superiores a 8 anos, vide LIMA, Thais. *Execução antecipada da pena e o mercado de estatísticas: uma resposta aos números da FGV*. Disponível em <<https://jota.info/colunas/a-defesa/defesa-execucao-antecipada-da-pena-e-o-mercado-de-estatisticas-03102016>>. Acesso em 21/11/2017. Veja-se, também, a resposta da coordenação do Projeto: HARTMANN, Ivar A. *Execução provisória da pena: defendendo os 2%*. Disponível em <https://jota.info/colunas/supra/execucao-provisoria-da-pena-defendendo-os-2-06092016>. Acesso em 21/11/2017.

Quadro n° 4. Impacto da execução provisória de pena na população carcerária brasileira.

Amostra selecionada	2.630 processos (5% do total)
Projeção de população afetada	3.460 réus (6% da amostra)
Impacto no sistema prisional	0,6% de uma população de 622.202 presos

2.2.2 Projeções

Diante dos dados acima analisados, referentes às pesquisas empíricas relativas à recente decisão do STF, é possível traçar alguns prognósticos acerca da responsabilidade civil do Estado em caso de uma absolvição superveniente. Conforme será melhor esclarecido posteriormente, só haverá que se falar em responsabilidade civil do Estado quando a absolvição se der com um julgamento de negativa de autoria sobre o fato, excluindo-se do âmbito da indenização as clássicas hipóteses de absolvição por insuficiência de provas e pelo reconhecimento de prescrição.

Tomando por base a pesquisa realizada pela Assessoria de Gestão Estratégica do STF, dos 9 casos identificados de absolvição entre os anos de 2009 e 2016, haveriam que se excluir 3 casos em que se tratou de prescrição ou falta de provas. Restam, assim, 6 julgados em que se poderia aventar a responsabilidade civil do Estado, os quais versavam sobre atipicidade da conduta, retroatividade de lei mais benéfica, nulidade processual e princípio da insignificância¹⁸⁷. Considerando que os mesmos foram identificados durante o período de 01.01.2009 até 19.04.2016, tem-se aí um total de 88 meses de período de análise, sendo possível estimar uma média de ocorrência de um caso de absolvição indenizável a cada 14 meses e meio, ou, dito de outra forma, é possível falar que, *a cada 1 ano, 4 meses e 15 dias* poderá ocorrer um caso em que se discutirá a referida indenização.

O tempo em que o sujeito ficou indevidamente encarcerado também é uma variável que deve ser levada em consideração. No relatório do Projeto Supremo em Números sobre o impacto da decisão do Supremo no sistema prisional brasileiro, verificou-se que o tempo médio entre a autuação e o trânsito em julgado de recursos penais no âmbito do STF em 2015 foi de 279 dias, enquanto que no âmbito do STJ essa média foi de 323 dias¹⁸⁸. Considerando que o réu não obtenha sucesso na concessão de habeas corpus durante o período, é possível estimar

¹⁸⁷ É possível ainda se debater o caso do princípio da insignificância, uma vez que de fato o sujeito cometeu o crime, mas foi absolvido por conta da mínima ofensividade da conduta. A título exemplificativo, veja-se o caso de tentativa de roubo de shampoo e posterior absolvição pelo STJ: STJ, HC 338.684/SP. 6ª Turma. Rel. Min. Nefi Cordeiro. j. 05/05/2016.

¹⁸⁸ HARTMANN, Ivar A. *O impacto do sistema prisional...* p. 10.

que o sujeito ficaria encarcerado por, no mínimo, 279 dias, em caso de reversão via recurso especial, ou então 602 dias, caso a absolvição ocorra apenas em sede de recurso extraordinário.

A mensuração dos custos das decisões judiciais é medida que não costuma ser utilizada pela prática jurídica, porém, importa destacar que um cumprimento de pena que tenha se demonstrado desnecessário em virtude de sentença final absolutória, além de causar danos ao réu e aos seus familiares, também prejudica os cofres públicos, ao movimentar o aparato estatal sem a devida segurança jurídica. Assim, segundo informações divulgadas pela presidência do STF, o custo médio mensal de um preso no Brasil é de R\$ 2.400,00¹⁸⁹. Considerando que a população sujeita à incidência de absolvição em execução provisória de pena poderia ficar de 279 a 602 dias encarcerada, seria possível projetar que a prisão de cada réu custou ao Estado uma quantia em torno de R\$ 22.320,00 e R\$ 48.160,00, a depender do período de encarceramento de cada um.

Por fim, a quantificação a indenização, caso admitida, é sempre tarefa árdua para o julgador, e ainda mais difícil de se identificar um padrão entre todas as decisões. Porém, visando à devida mensuração do impacto do reconhecimento da responsabilidade civil do Estado no caso em tela, faz-se necessário o esforço de identificar uma média a partir de decisões similares. Assim, selecionou-se uma amostra exemplificativa de 08 decisões que reconheceram o dever do Estado em indenizar as vítimas de prisão indevida, a nível de Tribunais Superiores¹⁹⁰, e buscou-se junto aos tribunais de origem qual foi o valor arbitrado, identificando-se, ao final, uma média R\$ 5.638,33 por cada mês de prisão indevida¹⁹¹.

Portanto, com base no tempo médio de julgamento dos recursos especiais e extraordinários, bem como a média identificada para cada mês de prisão indevida, é possível projetar que a admissibilidade da responsabilidade civil do Estado em caso de execução provisória de pena seguida de absolvição pode girar em torno de uma média de R\$ 52.436,46 e R\$ 113.142,48. Clara está a simplicidade do cálculo aqui realizado, o qual poderia ser melhor trabalhado com pesquisa mais aprofundada e detalhada sobre o assunto, a qual exigiria uma maior base de dados e extrapolaria as pretensões da presente monografia, além de o cálculo

¹⁸⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. "Cármem Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil". Disponível em: www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custam-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil. Acesso em 21/11/2017. Para uma maior precisão do dado, seria importante verificar como se deu a contabilidade dos custos em questão.

¹⁹⁰ Trata-se aqui de singelo levantamento de casos por nós realizado, em que se adotou a opção metodológica de se selecionar apenas casos já submetidos à apreciação do STJ ou STF quanto à admissibilidade da indenização, sendo muitos deles precedentes já consagrados pela prática jurisprudencial. Tal opção também foi adotada por considerar que STJ e STF atuam como filtros frente a excessos realizados na delimitação do *quantum indenizatório*. Por essas razões é que a amostra é reduzida.

¹⁹¹ Vide descrição do levantamento no ANEXO B desta monografia.

estar sujeito às especificidades do caso concreto. Nada obstante, a visualização desses valores pode auxiliar futuramente em discussões relativas aos impactos do reconhecimento da responsabilidade do Estado na hipótese em análise.

2.3 Análise Consequencialista

A análise jurisprudencial da responsabilidade civil do Estado por absolvição em execução provisória de pena, pelo menos em nível de Cortes Superiores, é uma diligência difícil de realizar, em virtude da escassez de casos submetidos ao exame jurisdicional. No entanto, em 2012, o STF, em decisão monocrática proferida pelo Min. Gilmar Mendes, analisou tal possibilidade em recurso extraordinário interposto por sujeito condenado por omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias (art. 168-A do Código Penal), cuja pena havia sido executada provisoriamente, em momento em que tal medida era admitida pelo sistema, sendo ele posteriormente absolvido pelo reconhecimento de prescrição intercorrente¹⁹².

No referido caso, o pedido de indenização em face do Estado foi indeferido, sob o argumento de que os atos jurisdicionais podem ensejar a responsabilidade civil do Estado apenas nos casos expressamente previstos em lei, quando comprovada a falta objetiva do serviço público da Justiça, o que não se teria verificado no caso concreto. Ou seja, o Judiciário teria agido dentro dos limites da lei, uma vez que a execução provisória da pena era prática lícita.

Sem prejuízo de uma análise mais acurada sobre tais fundamentos, a ser realizada na sequência deste capítulo, destaca-se o seguinte argumento consequencialista¹⁹³ utilizado pelo TRF-4 para negar o pleito, sendo igualmente reiterado pelo STF:

Se decisões judiciais ocasionassem, invariavelmente, a responsabilidade do Estado, inviabilizada estaria a tutela jurisdicional, que ficaria a mercê do temor dos magistrados, em prejuízo, portanto, à imparcialidade do seu ofício.¹⁹⁴

Tal argumento pode até ser considerado um *obiter dictum* da decisão, porém abre margem ao debate relacionado a uma ordem subjetiva de influências, caracterizando-se como um argumento consequencialista, ao se levar em conta elementos que afetariam a tomada da

¹⁹² STF, RE 690.105/RS. Rel. Min. Gilmar Mendes. 22/11/2012.

¹⁹³ Utiliza-se aqui o termo “consequencialista” apenas para enquadrar argumentos que levem em conta aspectos subjetivos sobre a conduta do magistrado ou das partes em relação a uma hipótese, sem a pretensão de se filiar a eventuais doutrinas do campo da teoria do direito.

¹⁹⁴ Nesse mesmo sentido, veja-se OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo...* p. 781.

decisão judicial, seja na análise da responsabilidade civil do Estado, seja na avaliação da decretação da prisão. Ao lado dos argumentos consequencialistas, observa-se também o crescimento de pesquisas de Psicologia Cognitiva e Comportamental aplicadas ao Direito. De um lado, elas são fortemente criticadas por aqueles que entendem se tratar de aspectos estranhos ao campo jurídico e à racionalidade da decisão judicial¹⁹⁵. De outro lado, há quem defenda a sua incorporação pela Ciência Jurídica, sob o argumento de se tratarem de fenômenos indissociáveis do ser humano enquanto tomador de decisões (inclusive judiciais).¹⁹⁶ O fato é que, quando se analisam eventuais influências (internas ou externas) sobre o magistrado quanto à construção de sua decisão, deve-se tomar um cuidado redobrado quanto à técnica de análise, uma vez que é difícil distinguir quando um fator realmente influencia a decisão e quando se trata apenas de mera suposição.

Sobre o tema, cabe mencionar também o debate envolvendo a proposta de análise pragmática do direito, feita pelo juiz norte-americano Richard Posner, e a crítica a tal postulado formulada por Ronald Dworkin, sobretudo quanto ao papel da objetividade no direito, a importância da filosofia moral na definição dos fins jurídicos e o perigo da transformação do fenômeno jurídico em um consequencialismo de regras¹⁹⁷. Como é demonstrado por ARRUDA, no pragmatismo clássico, uma de suas características é o consequencialismo no sentido de que a escolha das soluções para os problemas deve ser feita a partir das consequências práticas concebíveis pela experiência. Porém, na crítica às correntes pragmáticas, aponta-se a dificuldade de eleger objetivamente, mesmo em uma versão mais precisa do pragmatismo, quais as consequências de uma decisão seriam as melhores.¹⁹⁸

Nesse sentido, ao falar sobre a relação entre teoria da decisão e o erro judiciário, VIANNA afirma que o objeto da ciência do Direito é o fenômeno jurídico, em que se utiliza o método lógico-dedutivo, e sua verdade vem a ser a verdade consensual¹⁹⁹. Assim, quanto a

¹⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. "Os filhos ou o café da manhã influenciam as decisões judiciais?". Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jul-20/senso-incomum-filhos-ou-cafe-manha-influenciam-decisoes-judiciais>. Acesso em 24/11/2017.

¹⁹⁶ "Embora as regras jurídicas continuem relevantes, são decisivas as predisposições, uma vez que é impossível ao cérebro processar uma estrita subsunção (sem participação das tendências enviesadas). Nessa medida, nas hipóteses de conflito entre os dois sistemas do cérebro (o automático e o reflexivo), o correto é saber hierarquizar de ordem a evitar os sequestros límbicos." FREITAS, Juarez. A Hermenêutica Jurídica e a Ciência do Cérebro: como lidar com os automatismos mentais. Revista da AJURIS – v. 40 – n. 130 – Junho 2013. p. 223-244.

¹⁹⁷ ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin*. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/pt-br.php>. Acesso em 09/12/2017.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 38 e 221-222.

¹⁹⁹ VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Erro Judiciário e sua responsabilização civil*. p. 462.

possíveis impactos de outros elementos (no caso, o reconhecimento da responsabilidade na hipótese em análise) na ordem subjetiva do magistrado que irá proferir a decisão de condenar, o referido autor ensina:

A subjetividade vai estar onde estiver o ser humano. Dessa forma, não há incoerência em se produzir ciência com subjetividade. Apenas devem existir critérios que orientem o cientista na elaboração do conhecimento científico. A meta, portanto, deve ser por uma objetividade possível, não mais do que isso.

(...) A exemplo do que ocorre no conhecimento científico, a subjetividade se faz presente na atividade jurisdicional. Assim, a busca não deve ser pela eliminação da subjetividade, eis que impossível, mas sim pelo refinamento de métodos para que a atuação judicial se realize de modo consistente²⁰⁰.

Além disso, destaca-se que independência e responsabilidade, no caso do Poder Judiciário, interpenetram-se e complementam-se: *independência sem responsabilidade é arbitrariedade; responsabilidade sem independência é subserviência*. Ou seja, independência e responsabilidade são consideradas duas faces de uma mesma moeda²⁰¹, razão pela qual, estando as duas devidamente equilibradas, não haverá prejuízo à atuação do magistrado.

Uma das formas de verificar os efeitos de uma decisão ou de uma lei é a polêmica análise econômica do direito, que pode ser considerada uma forma de consequencialismo efficientista²⁰². Para FORGIONI²⁰³, essa técnica permitiria (i) a identificação dos efeitos econômicos de determinada norma jurídica ou decisão, (ii) explicar a razão de existir de determinadas normas jurídicas em termos econômicos, e (iii) determinar, prospectivamente, qual o tipo de norma deve ser acolhida pelo ordenamento sob o prisma da eficiência econômica. Porém, a autora destaca que a terceira possibilidade não é acolhida pelo direito brasileiro, uma vez que essa não pode ser a única ferramenta para definir uma norma, pois o direito também abarca outros valores, transformados em pilares do ordenamento jurídico. Ou seja, a relação entre o método jurídico “puro” e o método juseconômico deve ser de complementaridade, sob pena de desprezar todos os seus postulados, deixando de utilizar sua análise para a concretização dos princípios jurídicos, ou, por outro lado, reduzir o direito a simples reafirmação de determinismos econômicos.²⁰⁴

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 180.

²⁰¹ VIANNA, José Ricardo Alvarez. *op. cit.* p. 86.

²⁰² ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os juízes decidem os casos difíceis?...* p. 76.

²⁰³ FORGIONI, Paula A. *Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação?* In: Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Ano XVII - n. 77 - maio/junho - 2006. pgs. 35/61

²⁰⁴ Não se deixa aqui de registrar a crítica de parte da doutrina brasileira sobre a utilização desse meio de análise, segundo a qual se entende que a sociedade não se resume ao mercado, havendo princípios jurídicos que superam a lógica econômica e que também compõe a *lógica jurídica do mercado*. Ou seja, uma lei, ainda que eficiente do ponto de vista econômico, deve, antes, estar conformada pelos princípios que regem o ordenamento,

Feitas essas observações necessárias para a introdução do debate acerca das consequências da decisão de indenizar ou não os sujeitos absolvidos em execução provisória da pena, é possível, então, dar destaque à linha de pesquisa conduzida pelo professor catedrático de direito administrativo da Universidade de Valência, Gabriel Domenech-Pascual²⁰⁵, buscando definir critérios para determinar quando seria mais adequado admitir a responsabilidade do Estado em casos de prisão seguida de absolvição²⁰⁶. Assim, ao tratar sobre o sentido da responsabilidade patrimonial do Estado, o autor adota a premissa de que as regras de responsabilidade patrimonial devem ser desenhadas de modo que todos os envolvidos se comportem de maneira a que se maximize o bem-estar social²⁰⁷, concluindo que é preciso otimizar a eficácia dissuasória do sistema penal por meio da maximização do número de acusados realmente inocentes que seriam indenizados e pela minimização do número de acusados realmente culpados que poderiam receber compensação pelo tempo encarcerado²⁰⁸.

Para chegar a essa conclusão, o autor distingue entre duas espécies de erros: o sujeito condenado que realmente era inocente será considerado um caso de *falso positivo*, enquanto a ocorrência de absolvição de alguém que realmente havia cometido o crime seria um caso de *falso negativo*²⁰⁹. Essas duas espécies de erros podem ser corrigidas por dois meios: pela via recursal e pela via da responsabilidade civil. Os recursos seriam um remédio primário, possibilitando, ao menos em parte, a retificação de erros judiciais cometidos, restabelecendo a legalidade que fora violada. Assim, a responsabilidade civil é considerada uma modalidade de tutela secundária, pois não invalida os efeitos jurídicos da ilegalidade da decisão, nem restabelece direitos, mas apenas proporciona uma compensação monetária para a vítima de violação.²¹⁰

alertando-se para o risco de tendências ideológicas serem mascaradas sob uma pretendida neutralidade matemática. (vide CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. "*Custos dos direitos*" e reforma do estado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 263)

²⁰⁵ Disponível em <https://www.uv.es/gadopas/>. Acesso em 24/11/2017. Como será possível observar, o autor utiliza argumentos marcadamente juseconomicos em sua análise, razão pela qual se esclarece que o presente trabalho não se filia de modo absoluto a tal ordem de ideias, fazendo-se aqui apenas uma exposição do tema.

²⁰⁶ Inicialmente, registra-se o cuidado que se deve ter no tratamento da matéria, uma vez que, ao menos na Espanha, se utiliza o termo *prisión preventiva* também para a execução provisória de pena, razão pela qual a matéria vai tratada em conjunto. Veja-se, por exemplo, o acórdão da 4º Seção da Sala de Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo de España - STS 4978/2010, j. 05/10/2010 (Disponível em <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5759190&links=prison&optimize=20101028&publicinterface=true>>. Acesso em 24/11/2017.

²⁰⁷ DOMENECH-PASCUAL, Gabriel. *El Error De La Responsabilidad Patrimonial Del Estado Por Error Judicial*. Revista de Administración Pública, 199, 2016. p. 183. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2776998>. Acesso em 24/11/2017.

²⁰⁸ DOMENECH-PASCUAL, Gabriel. *Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a um inocente sin compensación?*... p. 34.

²⁰⁹ DOMENECH-PASCUAL, Gabriel. *El error de la responsabilidad patrimonial del Estado*.... p. 193.

²¹⁰ *Ibidem*. p. 191-193.

Diante dessas bases, constatado o encarceramento indevido de um réu, seja por erro judiciário ou outra hipótese de ocorrência, as opções que um sistema jurídico pode adotar seriam as seguintes: (i) não corrigir o erro, nem indenizar a vítima; (ii) não corrigir o erro, mas compensar os danos derivados do cumprimento integral da pena injusta; (iii) corrigir o erro, mas não ressarcir os danos sofridos; ou (iv) corrigir o erro e ressarcir os danos. Para o autor, no primeiro caso, tanto o réu quanto a sociedade arcariam com um custo injusto, havendo perda de eficácia dissuasória do sistema penal. No segundo caso, a eficácia dissuasória não seria atingida, mas a indenização nunca será plena. Quanto ao terceiro caso, os efeitos relacionados ao cumprimento de uma pena injusta seriam sanados, porém a não indenização poderia afetar a eficácia dissuasória do sistema²¹¹. Resta, então, verificar em quais situações é possível concretizar a correção do erro e o ressarcimento dos danos.

O autor aborda quatro posições para analisar a viabilidade da indenização, focando-se mais especificamente na problemática da indenização por *prison preventiva*²¹² seguida de absolvição: (i) trata-se de um sacrifício especial, comparável à “expropriação da liberdade”, operando-se uma responsabilidade civil por ato lícito; (ii) se o tempo passado em prisão preventiva é compensado quando o sujeito é condenado, com mais razão deve-se indenizá-lo quando absolvido; (iii) é preciso assegurar o risco de sofrer uma prisão provisória por meio de seguros; (iv) admitir essa espécie de indenização gera informação útil ao sistema para que decisões iguais não se repitam.

O primeiro argumento se baseia na defesa de uma distribuição igualitária dos sacrifícios em função da atividade estatal, de modo semelhante à defesa da indenização por desapropriação de terras²¹³. A questão que o autor coloca é que essa linha não oferece resposta ao problema do padrão de prova a ser utilizado para decidir quem será indenizado. Enquanto no processo penal se utiliza para condenar um padrão acima de toda a dúvida razoável, quedando diversos casos absolvidos, no processo civil se utiliza um padrão menos estrito para julgar quem foi o autor do fato. Caso se utilize o padrão penal, haveria que se indenizar a todos. Caso se utilize o padrão civil, seriam indenizados apenas aqueles que *demonstrassem que as provas de sua inocência preponderam sobre a sua suposta culpabilidade*. O argumento analisado, porém, não haveria de esclarecer tal ponto²¹⁴.

²¹¹ *Ibidem*. p. 194-195.

²¹² Veja-se nota 198.

²¹³ DEL SAZ, Silvia. *La obligación del Estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado*. Revista de Administración Pública, n° 195. p. 55-98. Set.-Dez./2014. Disponível em <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40136>. Acesso em 25/11/2017.

²¹⁴ DOMENECH-PASCUAL, Gabriel. *Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a um inocente sin compensación?* p. 16-17.

A analogia com a detração se dá em alguns autores ao se propor a seguinte pergunta: se compensamos a prisão provisória quando se passa ao cumprimento de pena, por que não indenizar quando o sujeito for absolvido?²¹⁵ DOMENECH-PASCUAL responde a essa questão colocando que este abono não é uma indenização pela prisão, mas apenas um meio de calibrar a pena para evitar o cumprimento em excesso. Por esse motivo, não seria um argumento válido a ser explorado.²¹⁶

Identifica-se também outra linha doutrinária que defende que o uso de sistemas de seguro, públicos ou privados, de modo a neutralizar o risco de sofrer um acidente ou indenizar às vítimas no quadro da responsabilidade civil do Estado, incorrendo em um menor custo de gestão²¹⁷. Porém, quanto o caso da prisão preventiva, o autor identifica algumas peculiaridades que impedem sua aplicação. Primeiro, seria difícil imaginar que o mercado de seguros proporcionasse essa cobertura. Além disso, não é conveniente assegurar todos os riscos e ressarcir todos os danos irrestritamente, uma vez que essa securitização universal poderia incentivar condutas perigosas para a coletividade, com agravamento do risco moral²¹⁸.

O quarto argumento, proposto por MANNNS, professor da George Washington University, defende que, ao impor ao Estado a obrigação de reparar a prisão indevida, estar-se-ia estimulando os magistrados para que tomem maiores precauções em sua atuação, minorando a probabilidade e gravidade da decretação de algumas prisões preventivas²¹⁹. Trata-se, pois, de uma proposta que, evidentemente, visa “estimular” um determinado entendimento dos magistrados por meio do repasse dos custos da responsabilidade civil do Estado, o que parece não ser viável dentro do sistema brasileiro. Ainda que se trate de uma proposta polêmica para o próprio sistema americano, tal ideia é um ponto extremado que ilustra a tensão entre a aplicação da responsabilidade civil do Estado e a independência da magistratura.

²¹⁵ MICHELS, Johan David. *Compensating Acquitted Defendants for Detention Before International Criminal Courts*. Journal of International Criminal Justice, Vol. 8, n° 2, p. 407-424, 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1612670>. Acesso em 25/11/2017.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 17-18.

²¹⁷ ROSENTHAL, Lawrence. *Second Thoughts on Damages for Wrongful Convictions*. Chicago-Kent Law Review, n° 85, pgs. 127-161. 2010. p. 133-136. Disponível em <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol85/iss1/8/>. Acesso em 08/12/2017.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 19.

²¹⁹ “Vincular os bônus ou promoções de promotores e juízes à indenização de prisões indevidas pode proporcionar a eles um incentivo direto para procurar alternativas que não sejam a prisão preventiva. A esperança seria que os juízes e os promotores respondessem a uma combinação de responsabilidade do Estado e ao aumento da pressão política dos legisladores estaduais, reduzindo sua dependência da prisão preventiva.” (*Tradução livre*) MANNNS, Jeffrey. *Liberty Takings: A Framework for Compensating Pretrial Detainees*. The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series. Disponível em http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Manns_512.pdf. Acesso em 08/12/2017. p. 68-70.

Assim, cotejando a proposta da presente investigação e a análise de DOMENECH-PASCUAL, chega-se ao ponto central deste tópico: *a admissibilidade da responsabilidade civil do Estado, no caso proposto, inviabilizaria a prestação jurisdicional e afetaria a independência do magistrado no momento de decidir, nos termos do argumento consequencialista utilizado pelo STF no RE 690.105/RS?*

Para a resposta da questão, o autor faz um balanço dos custos envolvidos: (i) a perda de utilidade que a prisão indevida provoca na vítima; (ii) os recursos investidos para sua prevenção; (iii) o resultado que pode se observar se as vítimas sabem que não serão indenizadas; (iv) o custo de suportar o pagamento da indenização; e (v) os custos para manter o sistema judicial.

Com base nesse quadro, o autor analisa se seria possível que a responsabilidade civil do Estado reduza esses custos em quatro possibilidades: (i) proporcionando incentivos aos agentes públicos para decidirem com maior precaução; (ii) reduzindo o incentivo que as vítimas podem ter em realizar atividades socialmente indesejadas se sabem que não serão compensadas; (iii) gerando informação sobre a conduta correta no caso concreto; (iv) diluindo entre a coletividade o risco dos acidentes.²²⁰

2.3.1 *Consequências sobre a conduta do magistrado*

Como se observou, alguns acreditam que o reconhecimento da possibilidade de indenização da prisão injusta, especialmente a execução provisória de pena seguida de absolvição, afetaria a independência da magistratura sobre a decisão de decretar a prisão. Outros defendem que, justamente por condenar o Estado em ressarcir o dano injusto, atuar-se-ia preventivamente, gerando informação útil sobre como agir corretamente em determinado caso.

DOMENECH-PASCUAL identifica que a indenização atuará como prevenção ao abuso (ou, dito de outra forma, atingindo a independência da magistratura) somente em caso de haver uma *cadeia de mando* clara entre o responsável patrimonial pela indenização e o causador do dano. Portanto, será difícil reconhecer essa tese para a figura do magistrado, considerando a forte independência do Poder Judiciário, que não responde diretamente pela indenização, mas sim a Fazenda Pública.

Tampouco se vislumbra qualquer ingerência da Fazenda Pública sobre os magistrados, como por exemplo através de cobranças ou premiações, exceto nos casos

²²⁰ *Ibidem*, p. 18-19.

expressamente previstos em lei que reconhecem o direito de regresso, geralmente quando por dolo ou culpa do magistrado. Também não estaria claro que os juízes, ao estarem excluídos da responsabilidade patrimonial, iriam se exceder sistematicamente ao determinar a prisão do investigado ou do réu.

Ainda quanto aos efeitos sobre a decisão de absolver ou condenar, destaca-se que alguns autores apontam que a responsabilidade do Estado por esses danos poderia colocar em perigo a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*. Isso porque, diante do dilema entre condenar ou absolver uma pessoa cuja culpabilidade está em dúvida, os tribunais poderiam acabar por condená-la para evitar que alguém que provavelmente cometeu um delito fosse ainda premiado com uma importante quantidade de dinheiro público²²¹. Porém, o autor destaca que não está claro qual é o mecanismo causal que levaria os juízes a pensar assim, uma vez que a responsabilidade patrimonial não recai sobre eles, e tampouco se dispõe de evidências empíricas que permitam corroborar ou descartar essa hipótese²²².

Recordando o ensinamento de VIANNA, pode ocorrer que a prisão indevida não se dê por um erro judiciário no sentido jurídico do termo, mas sim um *erro de sistema*, ou seja, uma medida que inicialmente afigura-se correta, porém, ao final do processo, não se confirma, em face da declaração de inocência do acusado, que deveria ser indenizado²²³. Por isso, do que aqui foi dito, fica claro o afastamento da função preventiva da responsabilidade civil do Estado neste caso, não havendo prejuízo à independência da magistratura.

Nada obstante, o próprio VIANNA destaca que, em sendo o caso de erro judiciário, suas principais causas são a falta de preparo técnico-jurídico e a ausência de formação humanística do magistrado, a ausência de cautela ou diligência, além da inobservância do devido processo legal. Com base nessas causas, e afastando-se do debate acerca da indenização do erro judiciário, o autor elenca possíveis medidas que poderiam preveni-lo: (i) critérios consistentes para recrutamento de magistrados em condições de exercício na carreira; (ii) cursos de formação continuada aos magistrados; (iii) aprimoramento da fundamentação das decisões judiciais; (iv) especialização de matérias no exercício da função jurisdicional; (v) observância irrestrita e intransigente do devido processo legal; (vi) defesa da importância dos

²²¹ GAMMELTOFT-HANSEN, Hans. *Compensation for Unjustified Imprisonment in Danish Law*, Scandinavian Studies in Law, n° 18, 1974. p. 27-70. p.59. Disponível em <<http://www.scandinavianlaw.se/pdf/18-2.pdf>>. Acesso em 09/12/2017. TIBERG, Hugo. *Compensation for Wrongful Imprisonment*. Scandinavian Studies in Law, n° 38, 2005. p. 479-487. p. 484. Disponível em <<http://www.scandinavianlaw.se/pdf/48-28.pdf>>. Acesso em 09/12/2017.

²²² DOMENECH-PASCUAL, Gabriel. *Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a um inocente sin compensación?* p. 22.

²²³ VIANNA, *Erro Judiciário e sua responsabilização civil*. p. 457.

recursos processuais e ações rescisórias; e (vii) organização de comissões de controle para realização de pesquisas qualitativas e quantitativas sobre os casos de erro judiciário.²²⁴

2.3.2 Consequências sobre a conduta da vítima

Quanto à análise da conduta das vítimas da prisão injusta, DOMENECH-PACUAL afirma que as absolvições errôneas (*falsos negativos*) fariam a atividade criminal mais atrativa, ao reduzir o seu ônus esperado, e que, por outro lado, as condenações injustas (*falsos positivos*) levariam a um efeito equivalente, ao reduzir os benefícios de cumprir a lei. Assim, o autor cita estudo de FON e SCHÄFER²²⁵ no qual se concluiu que, ao reduzir o ônus de uma condenação injusta para a vítima por meio de uma compensação em sede de responsabilidade civil, seria possível melhorar a eficácia dissuasória do sistema penal e reduzir os níveis de criminalidade.

Nada obstante à hipótese levantada, o autor registra que a tese tomou como base o juízo de *revisão criminal*, em que se opera uma lógica de revisão das provas após do trânsito em julgado do processo condenatório. Seria difícil, porém, aceitar tal afirmação no caso da prisão preventiva ou execução provisória seguida de absolvição. Ainda que se considere os efeitos positivos da indenização, há que se considerar o efeito negativo da possibilidade de que a absolvição seja um caso de *falso negativo*, fato que tem probabilidade muito mais alta de ocorrer do que em sede de revisão criminal, e, caso ocorra sua indenização, os efeitos seriam ainda mais danosos para a sociedade.

Por isso o autor defende a distinção entre *falsos positivos* e *falsos negativos*, esclarecendo as vantagens e os riscos envolvendo a indenização em cada um dos casos, para concluir que nem todas as pessoas que foram absolvidas devem ser ressarcidas pelos danos sofridos, mas apenas aquelas cuja inocência ficou suficientemente demonstrada, sob pena de afetar a eficácia dissuasória do sistema penal.²²⁶

O que aqui foi dito, portanto, sem necessariamente vincular esta monografia a uma linha de análise juseconômica, serve para esclarecer que a alegada interferência na independência da magistratura no caso de admissibilidade da indenização por prisão injusta parece não estar configurada, tampouco se verifica efeito preventivo nessa hipótese de

²²⁴ *Ibidem*, p. 404-420.

²²⁵ FON, Vincy. SCHÄFER, Hans-Bernd. *State Liability for Wrongful Conviction: Incentive Effects on Crime Levels*. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 163, n.º. 2, 2007. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=942691>. Acesso em 09/12/2017.

²²⁶ DOMENECH-PASCUAL, Gabriel. *Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a um inocente sin compensación?* p. 22-29.

responsabilidade. Se fosse o caso de cogitar alguma espécie de prevenção ao erro judiciário, esta não se daria por intermédio do instituto da responsabilidade civil do Estado.

Por outro lado, a possibilidade de indenização em comento possui a vantagem de tornar atrativo ser inocente e evitar condutas indesejadas dos injustiçados. Há que se considerar, porém, o risco de possíveis alterações na aplicação do princípio do *in dubio pro reo* pelos tribunais, além do risco de se indenizar os casos classificados como *falsos negativos*. É com base nos riscos envolvidos que se observa a exigência de que, para a admissibilidade da indenização, deverá o sujeito provar a sua inocência, não bastando o mero juízo absolutório na esfera penal para ensejar a reparação. Dito de outra forma, enquanto no juízo penal “é preferível que dez pessoas culpadas escapem a que um inocente sofra”, no juízo de reparação civil, o padrão de exigência será diferente, de modo a rejeitar a ideia de que “indenizar a dez culpados é preferível a deixar um inocente sem compensação”²²⁷.

2.4 Análise de Direito Comparado

Conforme já se expôs anteriormente, durante o julgamento do HC 126.292/SP, o relator do caso, Min. Teori Zavascki, utilizou, como um de seus argumentos, o fato de que em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema. Nessa ocasião, mencionou o trabalho de direito comparado realizado por FRISCHEISEN, GARCIA e GUSMAN²²⁸, publicado em 2013, em que se analisou os casos de Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, chegando à conclusão de que a quase totalidade da comunidade internacional – incluindo países pioneiros na positivação e reconhecimento dos direitos fundamentais – interpreta a presunção da inocência de modo a compatibilizá-la com a necessidade de efetividade estatal na resposta ao crime²²⁹.

Registra-se que, diante de tal argumentação, os críticos da decisão ajuizaram as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n° 43 e 44, em virtude da peculiaridade do sistema brasileiro, a partir da nova redação do artigo 283 do Código de Processo Penal²³⁰. Afirmam

²²⁷ *Ibidem*, p. 35.

²²⁸ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078...

²²⁹ *Ibidem*, p. 475.

²³⁰ No ano de 2011, tal dispositivo deixou de ter a seguinte redação: “A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio”, passando a vigorar dispositivo mais restrito: “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”.

que a declaração de constitucionalidade de tal dispositivo resultaria na vedação à execução provisória da pena, diferenciando o sistema brasileiro dos demais países. No entanto, o Plenário do STF indeferiu as liminares que visavam à suspensão dos efeitos do julgamento do HC 126.292/SP, entendendo que o referido artigo não impede o início da execução da pena após a condenação em segunda instância²³¹.

Com base nessa discussão, coloca-se a seguinte questão: se a comunidade internacional entende que a execução provisória da pena não viola o princípio da presunção de inocência, que respostas oferece seu sistema de responsabilidade civil do Estado em caso de posterior absolvição do réu? Para responder tal pergunta, importa registrar a lição de CRETELLA JR., afirmando que o direito comparado conduz à precisão na ordem jurídica, de modo a evitar *o particularismo local, a inexatidão, o aproximado, o mais ou menos*. Assim, o direito administrativo comparado trabalha com *o preciso e o exato, afastando a arquitetura regional e procurando atingir os modelos universais*, para então fixar as constantes entre os sistemas, uniformizar a terminologia, definir os institutos, flexionando-os, depois, ao particularismo específico de um dado sistema jurídico²³².

Para realizar a presente análise sobre o direito dos países selecionados, o método de investigação foi organizado em três fases. Primeiramente, buscou-se analisar a jurisprudência das cortes superiores acerca da compatibilidade da execução provisória de pena e o princípio da presunção de inocência. Após, buscou-se, na legislação nacional sobre a responsabilidade civil do Estado, como era tratada a matéria da reponsabilidade em caso de prisão indevida. E, por fim, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial para identificar possíveis casos de indenização por execução provisória de pena seguida de absolvição.

Os países selecionados para análise foram Espanha, França e Portugal. Tal escolha se deu em virtude de que os ordenamentos jurídicos de Espanha e Portugal possuem considerável similaridade com as bases constitucionais brasileiras, e a França, com o exemplar desenvolvimento de seu direito administrativo, oferece uma alternativa inovadora para a análise da questão. Porém, não se descuida a possibilidade de que tal pesquisa seja ampliada para outros ordenamentos, tampouco se desconhece que diversos países já contam com

²³¹ STF. ADC 43 e 44. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 05/10/2016.

²³² CRETELLA JR., José. Direito Administrativo Comparado. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 119.

soluções para a questão por meio de sua legislação interna, como são os casos de Alemanha²³³, Áustria²³⁴, Holanda²³⁵ e Noruega²³⁶.

Os resultados desse levantamento podem ser sintetizados pelo quadro abaixo, o qual será detalhado na sequência:

Quadro n° 5. A indenização da execução provisória de pena no direito comparado.

País	Execução Provisória	Admissibilidade da Indenização	Caso Concreto
ESPANHA	É admitida (TC, Sentencia 66/1984)	Está prevista (Ley Organica del Poder Judicial, art. 294-1)	STS n° 4978/2010, Cont. Admin de 05/10/2010 (Tribunal Supremo de España)
FRANÇA	É admitida (CC, Decision n° 2005-527DC)	Está prevista (Code de Procedure Penal, art. 149)	CNRD, 15 octobre 2012, n° 12CRD009, Bull crim. 2012 (Cour de Cassation)
PORTUGAL	É admitida (TC, Acórdão 547/04)	Está prevista (Código Processo Penal, art. 225)	Acórdão 547/04 do Tribunal Constitucional

2.4.1 Espanha

Conforme se observa a partir da Constituição Espanhola de 1978, a presunção de inocência foi inscrita no rol de direitos e deveres fundamentais, mais precisamente em seu art. 24²³⁷. Nada obstante, na Sentença n° 66 de 6 de junho de 1984, o Tribunal Constitucional Espanhol entendeu que a própria legitimidade do poder sancionatório, e a sujeição a um procedimento contraditório, aberto à análise da prova segundo as regras pertinentes ao caso, exclui toda a ideia em confronto com a presunção de inocência. Essa decisão afastou um recurso que pretendia afirmar que a presunção de inocência impossibilita que se execute uma sanção enquanto não seja firme a resolução que a impôs.²³⁸

²³³ Lei de Compensações no Processo Penal. Disponível em <http://www.gesetze-internet.de/streg/BJNR001570971.html>. Acesso em 09/12/2017.

²³⁴ Lei de Compensação de Direito Penal. Disponível em <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20003749>. Acesso em 09/12/2017.

²³⁵ Código de Processo Penal Holandês, art. 90. Disponível em <http://wetten.overheid.nl/BWBR0001903/2017-06-17>. Acesso em 09/12/2017.

²³⁶ Código Norueguês de Ajuizamento Criminal, capítulo 31, sessão 444. Disponível em <http://app.uio.no/ub/ujur/oversatte-lover/data/lov-19810522-025-eng.pdf>. Acesso em 09/12/2017.

²³⁷ Art. 24, n° 2. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*

²³⁸ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 66/1984, de 6 de junio. Disponível em <<http://hj.tribunalconstitucional.es/pl/Resolucion/Show/319>>. Acesso em 10/12/2017.

No que toca à responsabilidade civil do Estado por erro judiciário e funcionamento anormal da justiça, a Constituição Espanhola reconheceu o direito à indenização em seu art. 121, devendo ser regulada conforme lei específica. Assim, a hipótese foi detalhada na conhecida *Ley Organiza del Poder Judicial*, de 1985, no art. 292. O legislador ainda usou de sua liberdade para melhor detalhar esse preceito, positivando, no art. 294, o direito à indenização em caso de prisão preventiva seguida de absolvição, nos seguintes termos:

Artículo 294.

1. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.
2. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.
3. La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior.

Inicialmente, a jurisprudência espanhola²³⁹ entendia que o requisito contido no art. 294 sobre a prova da inexistência do fato imputado englobava tanto os casos em que o fato não se produziu (inexistência objetiva), quanto os casos de provada falta de participação (inexistência subjetiva). Assim, fica dispensada a declaração do erro judicial, uma vez que o próprio curso do processo penal esclareceu a improcedência da prisão preventiva. Porém, não se aceitava a indenização se a absolvição tivesse ocorrido por falta de provas, uma vez que se exige a prova da inocência²⁴⁰.

Porém, em duas decisões, de 2006 e 2010, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendeu que a jurisprudência desenvolvida violava o direito à presunção de inocência, uma vez que este se aplica tanto aos processos penais quanto aos processos civis, pois as questões estão vinculadas. Assim, tal princípio é violado quando uma decisão judicial relativa a um acusado reflete o sentimento de que ele é culpado, quando a sua culpabilidade de fato não foi provada. Assim, considerando que os tribunais espanhóis estavam indeferindo a indenização nos casos em que não havia prova da incorrência (objetiva ou subjetiva) do fato, o TEDH declarou que tal posição era inaceitável, devendo-se aplicar a indenização também nessas hipóteses²⁴¹.

²³⁹ Para uma descrição detalhada da evolução da jurisprudência espanhola sobre a matéria, veja-se DOMENECH-PASCUAL, Gabriel. *Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a um inocente sin compensación?* p. 7-12

²⁴⁰ Nesse sentido, veja-se TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso. STS 568/2008. j. 30/01/2008. Disponível em www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=176775&links=&optimize=20080410&publicinterface=true. Acesso em 10/12/2017.

²⁴¹ Vejam-se os casos *Puig Panella c. España* (nº 1483/02) e *Tendam c. España* (nº 25720/05).

Após a decisão da corte de Estrasburgo, o Tribunal Supremo da Espanha optou por abandonar a interpretação finalista que dava ao art. 294, passando a interpretar restritivamente o dispositivo legal, reduzindo o alcance prático desse preceito, uma vez que será mais difícil que um réu prove que, objetivamente, o fato não ocorreu. Assim, houve considerável redução no número de casos em que a jurisprudência espanhola reconheceu a indenização por prisão preventiva seguida de absolvição²⁴².

Passando à análise da indenização por absolvição após execução provisória de pena, foi possível identificar um caso em que se reconheceu o direito à reparação, julgado em outubro de 2010. Observa-se que o autor da ação indenizatória foi condenado por fatos que não era acusado, em virtude de alteração posterior da denúncia pelo *Ministerio Fiscal*, e ingressou na prisão em virtude de sentença condenatória na data de 22/09/2004, sendo posteriormente absolvido pela sentença de cassação da Sala Penal do Tribunal Supremo, de modo que o réu tenha ficado injustamente encarcerado entre 30/09/2004 e 22/04/2005. Concluiu, então, o Tribunal Supremo, no julgamento do pedido de indenização, que a ausência formal de acusação para aqueles fatos tem a mesma entidade, significado e transcendência jurídica que os efeitos do art. 294 da LOPJ²⁴³.

2.4.2 França

É inegável que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ainda vigente sob a égide da Constituição Francesa de 1958, é um dos paradigmas de toda a positivação de direitos fundamentais da história. Em suas disposições, está insculpido no art. 9º que *todas as pessoas são consideradas inocentes até que sejam declaradas culpadas*²⁴⁴.

Apesar disso, o Código de Processo Penal Francês prevê, no art. 465, as hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo pendente de outros recursos. Enviado, então, questionamento ao *Conseil Constitutionnel* em 2005 sobre a aplicabilidade do dispositivo em face da presunção de inocência, a Corte se manifestou pela aplicabilidade da

²⁴² Vide TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso. STS 6698/2010. j. 23/11/2010. Disponível em: www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=5809027&links=&optimize=20101230&publicinterface=true . Acesso em 10/12/2017; TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso. STS 6717/2010. j. 23/11/2010. Disponível em: www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=5809042&links=&optimize=20101230&publicinterface=true . Acesso em 10/12/2017.

²⁴³ TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso. STS 4978/2010. j. 05/10/2010. Disponível em: www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=5759190&links=&optimize=20101028&publicinterface=true . Acesso em 10/12/2017.

²⁴⁴ Tradução de FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. *Execução provisória da pena: um contraponto...* p. 473;

medida, sem prejuízo ao princípio da presunção de inocência, considerando os seguintes pontos:

5. Considerando, em primeiro lugar, que a medida prevista pelas disposições impugnadas não é incompatível com o princípio da presunção de inocência garantido pelo artigo 9º da Declaração de 1789, tão logo ela se liga a uma pena de prisão pronunciada pela jurisdição criminal depois que esta decidiu que a culpa do réu está legalmente estabelecida;

6. Considerando, em segundo lugar, que a execução imediata da pena de prisão pronunciada nas circunstâncias previstas pela lei não é obstáculo ao exercício do direito, de que dispõe o réu em virtude do artigo 148-1 do Código de Processo Penal, de pedir sua libertação; que não é, então, desprezado o artigo 66 da Constituição. (*tradução livre*)²⁴⁵

Verificada, portanto, a admissibilidade da execução provisória em face do princípio da presunção de inocência, parte-se para a análise da responsabilidade civil do Estado por prisão seguida de absolvição. Ao contrário do sistema brasileiro, espanhol e, como será visto, português, a responsabilidade civil por ato jurisdicional na França não é regulada pela Constituição de 1958, mas resulta de longo processo histórico envolvendo a legislação ordinária²⁴⁶.

Em 17 de julho de 1970, foi publicada a Lei n° 70/643, acrescentando no Código de Processo Penal Francês, nos artigos 149²⁴⁷ e 150, dispositivos prevendo a responsabilização do Estado por danos causados por prisão preventiva seguida de absolvição. Além de estabelecer como requisito que o dano seja manifestamente anormal e de particular gravidade, a peculiaridade dessa norma se dá ao prever um procedimento especial para a tramitação do pedido de indenização, em razão do qual foi criada a *Commission Nationale de Réparation des Détentions*²⁴⁸, vinculada à *Cour de Cassation*, para seu devido julgamento.

Essa Comissão, conforme consta em seu relatório de atividades²⁴⁹, costuma reconhecer tanto os danos morais quanto os danos materiais daquele que foi preso

²⁴⁵ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2005-527DC du 8 décembre 2005. Disponível em www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2005/2005-527-dc/decision-n-2005-527-dc-du-8-decembre-2005.973.html. Acesso em 10/12/2017.

²⁴⁶ Para maiores detalhes, veja-se: AGUIAR JR., Ruy Rosado. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil...* p. 24-25; GREGORIO, Rita de Cassia Zuffo. *A responsabilidade civil do Estado Juiz...* p. 84-86; VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Erro Judiciário e sua responsabilização civil...* p. 98-100.

²⁴⁷ “Art. 149. *A pessoa que foi objeto de uma detenção provisória no curso de um processo, mas que veio a ser liberada ou absolvida, faz jus a uma reparação integral dos danos morais e materiais que lhe causaram a detenção*”. Tradução de VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Erro Judiciário e sua responsabilização civil...* p. 98. Para a íntegra dos dispositivos, veja-se <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=7CB09C6FC40EB3F0CD559F50BBB53898.tpIgr39s1?idSectionTA=LEGISCTA000021331517&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20171210>>. Acesso em 10/12/2017.

²⁴⁸ FRANÇA, Cour de Cassation. *La réparation de la détention provisoire: explications*. Disponível em https://www.courdecassation.fr/autres_juridictions_commissions_juridictionnelles_3/commission_nationale_reparation_detentions_620/reparation_detention_provisoire_explications_11885.html. Acesso em 10/12/2017.

²⁴⁹ *Ibidem*.

indevidamente, mas costuma negar a indenização nos casos em que a absolvição resultou de prescrição da ação pública²⁵⁰ ou também quando a pessoa está, ao mesmo tempo, detida por outra causa²⁵¹. Ademais, irá exigir que exista um nexo de causalidade exclusivo entre a detenção e o dano causado²⁵². A Comissão igualmente costuma reparar a perda da chance, como é o caso da perda de chance de frequentar a escola ou passar por um exame levando à obrigação de começar um novo ano letivo²⁵³. Além disso, na mensuração da gravidade do dano, leva em conta fatores como a separação entre um pai e o filho recém-nascido²⁵⁴, ou então situações de ameaças ao requerente, superlotação na prisão, más condições de higiene e conforto²⁵⁵.

No ano de 2012, a Comissão foi instada a aprofundar seu conceito de prisão indenizável²⁵⁶ ao analisar a questão da execução provisória de pena. Uma pessoa foi condenada e detida em 24/09/2010 pelo *Tribunal Correctionnel* antes de ser finalmente absolvida por um julgamento da *Cour d'Appel de Caen*, em 05/01/2011. Ao requerer a indenização pelos três meses e treze dias de prisão indevida, enfrentou o argumento de que não se tratava de prisão preventiva, nos termos do art. 149 do Código de Processo Penal Francês, mas sim de execução provisória de pena. Ao julgar o caso, a Comissão entendeu que o caso também se aplica ao procedimento do art. 149 do referido Código, ocasião em que, sobrevindo uma decisão de absolvição, o pedido seria admissível²⁵⁷.

Por oportuno, cabe mencionar que a doutrina francesa costuma identificar essa hipótese de responsabilidade civil do Estado como uma responsabilidade civil por ato lícito, a partir da distribuição dos encargos públicos. Nesse sentido, CHAPUS afirma que se pode considerar que tal obrigação é justificada pela ideia de que os encargos especiais impostos a alguns cidadãos, no interesse da sociedade, devem ser compensados, pelo princípio da

²⁵⁰ CNRD, 14 avril 2008, n° 7C-RD.094, bull. n° 3

²⁵¹ CNRD, 20 septembre 2010, n° 9C-RD.069

²⁵² Assim, uma decisão de 21 de outubro de 2005 (CNRD, 21 octobre 2005, n° 5C-RD.005, bull. n° 9) afirmou que "uma vez que a detenção é a causa exclusiva e direta da perda do seu emprego, despedido por abandono de posto devido à sua prisão, a indenização por danos materiais deve levar em conta a perda de salários sofridos durante o período de prisão e, após a liberação, durante o período necessário para a busca de um trabalho".

²⁵³ CNRD, 2 mai 2006, n° 5C -RD.071 (íntegra da decisão não disponível no site da Comissão).

²⁵⁴ CNRD, 17 décembre 2004, n° 4C -RD.014

²⁵⁵ CNRD, 20 février 2006, n° 5C -RD.055, bull. n° 4

²⁵⁶ FRANÇA, Cour de Cassation. *Rapport d'activités 2012*. Disponível em https://www.courdecassation.fr/autres_juridictions_commissions_juridictionnelles_3/commission_nationale_reparation_detentions_620/rapports_activite_4151/rapport_activites_2012_26751.html. Acesso em 10/12/2017.

²⁵⁷ CNRD, 15 octobre 2012, n° 12CRD009. Disponível em https://www.courdecassation.fr/autres_juridictions_commissions_juridictionnelles_3/commission_nationale_reparation_detentions_620/decisions_621/2012_4588/decision_15_26228.html. Acesso em 10/12/2017.

igualdade perante os encargos públicos²⁵⁸. Do mesmo modo, RIVERO defende que se trata de um caso de responsabilidade sem culpa, por aplicação do já referido princípio²⁵⁹.

2.4.3 Portugal

Seguindo a mesma linha de Espanha e França, a Constituição da República Portuguesa de 1976 localizou o princípio da presunção de inocência no capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais, mais especificamente no art. 32, n.º 2²⁶⁰. Em seu Código de Processo Penal, o art. 408 dispõe que são dotados de efeito suspensivo do processo os recursos interpostos de decisões finais condenatórias. Nada obstante esses dispositivos, não se aplica a suspensão de efeitos do recurso quando se destina a análise ao Tribunal Constitucional, entendimento este firmado em 2004 por essa Corte, em argumentação muito similar àquela utilizada pelo Min. Teori Zavascki no caso brasileiro:

Por outro lado, a presunção de inocência, que é constitucionalmente definida pelo n.º 2 do artigo 32.º até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, não pode ser chamada à colação para efeitos de daí se extrair a impossibilidade de execução da pena de prisão determinada por uma sentença que se considere como provisoriamente transitada em julgado. E provisoriamente, note-se, pois que está unicamente sujeita à condição resolutiva de alteração da decisão tomada em sede recursória, decisão essa que confirmou as questões de facto ou de direito que levaram ao júízo constante da sentença impositora de pena de prisão.²⁶¹

Já quanto à responsabilidade civil do Estado, ensina MESQUITA que a regra geral é estender à administração da justiça o regime geral da responsabilidade civil da Administração, contido na Lei n.º 67/2007, mais especificamente quanto ao art. 12²⁶², ressalvadas as especificidades da indenização do erro judiciário (art. 13) e da inadmissibilidade de magistrados responderem diretamente por ilícitos dolosos ou por culpa grave (art. 14)²⁶³.

²⁵⁸ CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. Tomo 1, 5.ª edição. Paris: Ed. Montchrestien. 1990. p. 899-900.

²⁵⁹ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. SOARES, Rogério Ehrhardt. Coimbra: Ed. Almedina. 1981. p. 343. Note-se, inclusive, a mudança de entendimento do autor a partir da edição da Lei de 17/07/1970, quando, em edição anterior, defendia a irresponsabilidade do Estado por razões práticas: RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 3.ª edição. Paris: Ed. Dalloz. 1965. p. 268.

²⁶⁰ Art. 32, n. 2: “*Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.*”

²⁶¹ Tribunal Constitucional Português, Acórdão n.º 547/04, 3.ª Seção, Rel. Conselheiro Bravo Serra. j. 21/07/2004. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040547.html>. Acesso em 10/12/2017.

²⁶² MESQUITA, Maria José Rangel de. Ambito e pressupostos da responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional. *Revista do CEJ*, n.º 11. 2009. p. 265-299. p. 270.

²⁶³ Para uma análise comparativa do regime do erro judiciário entre Brasil e Portugal, veja-se VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Erro Judiciário e sua responsabilização*. p. 224-280.

Há que se mencionar também que, ao nível constitucional, a Constituição Portuguesa reconheceu o direito a indenização por privação de liberdade inconstitucional ou ilegal²⁶⁴ e a indenização por condenação penal injusta²⁶⁵. Estes dispositivos careciam de concretização pelo legislador, o que ocorreu pela nova redação, em 2007, dos artigos 225, 449 e 462 do Código de Processo Penal²⁶⁶. Diante do foco da presente investigação, destaca-se a redação do art. 225, por se tratar de interessante dispositivo sobre a indenização da prisão seguida de absolvição²⁶⁷:

Artigo 225.

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.º 1 do artigo 220.º, ou do n.º 2 do artigo 222.º;

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.

Portanto, a partir desse artigo, é possível dizer que o sistema português admite a indenização pelo cerceamento de liberdade que tenha se demonstrado injusto após uma sentença absolutória, tenha o réu sofrido detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação. Concretizando os dispositivos constitucionais, as alíneas “a” e “b” expressam a hipótese de prisão que não tenha cumprido os requisitos legais e também o caso de erro grosseiro na apreciação dos fatos. Já na alínea “c” são ampliadas as hipóteses ao admitir tal direito também a quem tenha sido preso e ao final do processo comprove que não tenha sido o agente do crime ou tenha atuado justificadamente. Note-se, inclusive, que tal redação vem a ser mais ampla que o art. 294 da LOPJ espanhola, e também não erige, ao menos na legislação, como requisitos o dano anormal e de particular gravidade, nos termos do art. 149 do CPP francês.²⁶⁸

²⁶⁴ Art. 27, n.º 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.

²⁶⁵ Art. 29, n.º 6: Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos.

²⁶⁶ Por oportuno, registra-se a crítica da autora ao mencionar que a reparação no caso de erro judiciário não deve ficar dependente da configuração pré-existente do sistema de recursos, pois pode ocorrer que a vítima não tenha condições para interpor o recurso de revogação da decisão danosa, ficando assim prejudicada, defendendo, então, um *direito à revogação da decisão*. (MESQUITA, Maria José Rangel de. *op. cit.* p. 279-281). Em sentido contrário, veja-se o acórdão n.º 363/2015, do Tribunal Constitucional Português.

²⁶⁷ Veja-se também a decisão do Tribunal Constitucional Português que reconheceu a constitucionalidade do art. 225 do CPP, no Acórdão n.º 185/2010.

²⁶⁸ Registra-se que há autores que mencionam que a alínea “c” seria contrária ao princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, veja-se: AFONSO, Tiago Manuel de Lourenço. *A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por acto da Função Jurisdicional*. Universidade do Porto. 2013. Disponível em <<http://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/16850>>. Acesso em 11/12/2017.

A pesquisa jurisprudencial realizada sobre a indenização em caso de execução provisória de pena, porém, não obteve os mesmos resultados que nas outras análises²⁶⁹. Porém, é possível mencionar outro excerto da decisão do Tribunal Constitucional de Portugal que reconheceu tal medida, em que se abordou justamente a possibilidade de reversão do caso:

Com o sentido interpretativo em crise, não só se não impede que o tribunal de recurso vá analisar as questões suscitadas após já ter sido tomada a sua decisão confirmativa da sentença impugnada que impôs a pena de prisão, como se deixa em aberto que, **se porventura na sequência dessa análise, vier a alterar o anteriormente decidido, será dado sem efeito tudo o que foi praticado nos autos no tribunal recorrido em função da execução da sentença. Neste particular, essa hipotética alteração vai actuar como se se tratasse de um «recurso de revisão».**²⁷⁰ (*grifou-se*)

Uma vez que o Tribunal Constitucional tenha considerado que a execução provisória de pena trata de cumprimento de uma sentença provisoriamente transitada em julgado, sem prejuízo de eventuais contestações doutrinárias, em consequência também afirmou que uma suposta revisão do caso se operaria como um *recurso de revisão*. Nesse sentido, o réu absolvido estaria coberto pela incidência do art. 29, n° 6 da Constituição Portuguesa, bem como do 462, n° 1 do CPP²⁷¹, fazendo jus à indenização.

No nível doutrinário, importa também destacar a posição de CANOTILHO, que entende que a situação de uma prisão preventiva que posteriormente tenha se mostrado indevida por uma sentença absolutória se constitui em uma indevida violação dos direitos da personalidade. Em consonância com a doutrina de outros países, o autor vai também considerar que se trata de uma responsabilidade civil do Estado por ato lícito, uma vez que *a expropriação da liberdade não tolera um tratamento mais desfavorável que a expropriação da propriedade*.²⁷²

Note-se que a obra de CANOTILHO sobre a reponsabilidade do Estado por atos lícitos é uma das mais citadas pela doutrina luso-brasileira. Nela, o autor ainda esclarece que a juspublicística alemã do século XIX, ao analisar as situações subjetivas cuja lesão dava origem a uma pretensão de sacrifício, restringiu a aplicação da *teoria do sacrifício* apenas a casos de lesão à propriedade, negando a extensão da teoria a lesões de bens não enquadráveis nesse tipo

²⁶⁹ Imagina-se que a dificuldade encontrada se dê, talvez, pelo fato de que a hipótese possui baixo índice de ocorrência, como se pode observar no ponto 2.2 dessa monografia.

²⁷⁰ Tribunal Constitucional Português, Acórdão n° 547/04, 3ª Seção, Rel. Conselheiro Bravo Serra. j. 21/07/2004.

²⁷¹ Art. 462, n°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.

²⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Ed. Almedina. 1974. p. 222.

de lesão. Porém, destaca que, na ciência jurídica contemporânea, deve-se considerar o alargamento do círculo de proteção para os próprios direitos de personalidade, especialmente *a vida, a saúde e a liberdade*²⁷³. Ou seja, sempre que um cidadão for especial e anormalmente onerado com um sacrifício pelo bem da sociedade (como é o caso da prisão seguida de absolvição), a proteção jurídica indenizatória será estendida a todos os seus bens, sejam eles pessoais ou patrimoniais.

Ao final da análise de direito comparado aqui proposta, sem prejuízo de um maior detalhamento da mesma em direção a outros países, é possível observar que em Portugal, França e Espanha vigoram dispositivos constitucionais muito similares quanto à consagração do princípio da presunção de inocência, o que não impede a execução provisória da pena. Quanto ao tratamento dado à indenização por prisão indevida, mais especificamente aos casos de prisão preventiva de réu inocente, nota-se que a legislação é clara ao reconhecer tal direito. Na Espanha, a redação do art. 294 da LOPJ causou considerável divergência doutrinária e jurisprudencial quanto aos requisitos para o cabimento da indenização, fenômeno que não se repetiu em Portugal em virtude da precisão do texto do art. 225 do CPP português. Enquanto isso, ao regular a matéria nos art. 149 e seguintes do CPP, a França designou a análise do pleito a uma comissão especial de magistrados vinculados à *Cour de Cassation*, dirimindo os conflitos e unificando o entendimento em busca da solução mais adequada aos casos.

De tudo o que foi exposto, além de registrar o reconhecimento da indenização por execução provisória de pena seguida de absolvição, observa-se também a tendência de diversos ordenamentos regularem de modo mais detalhado as hipóteses de indenização da prisão indevida. No Brasil, HENTZ menciona que o art. 5º, inciso LXXV, da Constituição, estabeleceu uma cláusula geral de indenização da prisão indevida, dotada de aplicabilidade imediata, de modo a viabilizar, desde logo, o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado por execução provisória de pena seguida de absolvição. Porém, o autor recomenda que tal dispositivo seja melhor detalhado em lei específica, garantindo maior segurança jurídica e um caráter pedagógico da lei no cumprimento do dispositivo constitucional²⁷⁴.

Caso seja reconhecida a pertinência da complementação do referido dispositivo constitucional pela via legislativa, seria possível mencionar como dispositivos aptos a receber

²⁷³ *Ibidem*, p. 285-287.

²⁷⁴ “Mas o ideal é que o legislador regule de forma adequada a aplicação do direito inovador, valendo-se de sua prerrogativa de editar leis para obrigatória aplicação, tornando menos difícil a função do juiz e mais segura a iniciativa dos particulares em situação de ingressar com pleitos de indenização contra o Estado” (HENTZ, Luiz Antonio Soares. *A responsabilidade do Estado por Prisão Indevida*. cap. 1)

essa atualização o Projeto do Novo Código de Processo Penal²⁷⁵, o Projeto de Lei de Responsabilidade Civil do Estado²⁷⁶, o próprio Código Civil, por meio de redação mais detalhada do seu art. 954, ou então a criação de uma Lei de Compensações do Processo Penal, como se adotou na Áustria e na Alemanha. Em todos os casos, parece mais adequado a adoção, como paradigma, da redação do art. 225 do CPP português, em virtude da sua clareza e precisão.

2.5 Análise dos principais argumentos contrários e favoráveis à responsabilidade do Estado

Até o momento, procedeu-se o devido enquadramento da questão, mensurado o nível de incidência das absolvições em execução provisória de pena, abordando as possíveis consequências do reconhecimento da indenização e analisado o tratamento da matéria em ordenamentos jurídicos similares ao ordenamento brasileiro. Diante disso, é possível, então, observar o *estado da arte* da doutrina e da jurisprudência nacional, de modo a verificar a admissibilidade, ou não, da indenização por absolvição em execução provisória de pena.

Cabe ressaltar que o sistema brasileiro prevê, expressamente, o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado por ato judicial em caso de erro judiciário ou prisão além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV da Constituição), falta do serviço público da Justiça (art. 37, § 6º da Constituição), prisão ilegal (art. 954, § único, inciso II do Código Civil), condenação desconstituída em revisão criminal (arts. 621 e 630 do Código de Processo Penal), além da responsabilização regressiva do magistrado por falta judicial, em caso de dolo, negligência, incapacidade funcional, quebra de decoro ou denegação da justiça (art. 143 do Código de Processo Civil e arts. 49 e 56 da LOMAN). Porém, não há clareza quanto à questão da privação de liberdade seguida de absolvição por parte da doutrina e da jurisprudência brasileira, observando-se posições divergentes.

Considerando a amplitude do tema, e as contribuições de ambas as fontes, será procedida uma análise em conjunto das mesmas. A organização se dará em argumentos favoráveis e argumentos contrários ao reconhecimento da indenização, buscando-se identificar as principais linhas teóricas. Conforme já alertado anteriormente, a hipótese dessa monografia situa-se, de modo geral, no debate acerca da indenização da prisão seguida por sentença absolutória, tema que é majoritariamente tratado no âmbito dos tribunais em casos de prisão

²⁷⁵ PL 8045/2010, em trâmite na Câmara dos Deputados.

²⁷⁶ PL 126/2015, em trâmite no Senado Federal.

preventiva. Tais casos guardam diversas similaridades com o problema aqui proposto, razão pela qual serão frequentemente mencionados. Nada obstante, as figuras não se confundem, e serão feitos apontamentos sobre sua diferenciação ao longo do texto.

2.5.1 Argumentos contrários à responsabilização

Primeiramente, cabe registrar que atualmente é difícil definir qual o entendimento majoritário na jurisprudência nacional quanto ao tema. Ainda em 1995, AGUIAR DIAS reconhecia estar em minoria ao admitir essa hipótese de responsabilidade civil do Estado²⁷⁷, mas, em virtude da evolução do direito brasileiro, hoje em dia já se menciona um caloroso desenvolvimento por parte da doutrina e um lento avanço na jurisprudência, atribuindo-se, em parte, a um certo conservadorismo das cortes²⁷⁸. Destaca-se, também, que alguns autores, ao firmarem posição em um sentido ou em outro, captam o fenômeno apenas sob um de seus aspectos, valendo aqui mencionar a adequada distinção realizada por VIANNA, ao analisar separadamente os casos de (i) prisão provisória com absolvição por falta de provas, (ii) prisão provisória com absolvição por falta de provas, mas maculada por erro judiciário, e (iii) prisão provisória com posterior comprovação da inocência do acusado²⁷⁹.

O entendimento contrário à indenização por execução provisória seguida de absolvição pode ser sistematizado, basicamente, em três linhas. Para alguns autores, as *hipóteses de responsabilidade civil do Estado são taxativas* e não contemplam a indenização por prisão seguida de absolvição. No julgado encontrado em que se analisou o caso específico da execução provisória de pena, o STF entendeu que *tal medida é tolerada pelo sistema brasileiro, não havendo ato ilícito*. Por fim, outros também adotarão a posição de que *presentes os requisitos para a prisão, não há dano injusto ou ilegal*. Muitas vezes, também, os argumentos são mesclados para compor a justificativa do entendimento.

Para CAVALIERI, a legislação brasileira ampliou consideravelmente o poder cautelar do juiz, fazendo com que aumentassem as ações de indenização contra o Estado em virtude dessas medidas. Porém, por se tratar de ato jurisdicional, o Estado só responderia dentro das hipóteses legais: caso fosse provada a ocorrência de erro judicial, abuso de autoridade ou

²⁷⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. II, p. 636.

²⁷⁸ Nesse sentido, veja-se GREGORIO, Rita de Cassia Zuffo. *A responsabilidade civil do Estado Juiz*. p. 94. Importa destacar que para um melhor detalhamento quanto à definição de qual a posição majoritária, caberia a realização de ampla pesquisa quantitativa sobre o tema.

²⁷⁹ VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Erro Judiciário e sua responsabilização civil...* p. 439-447.

ilegalidade do ato, não bastando a mera absolvição para o reconhecimento da indenização²⁸⁰. De modo mais claro, veja-se excerto do ARE 770.931/SC julgado pelo STF:

A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que, salvo nas hipóteses de erro judiciário e de prisão além do tempo fixado na sentença - previstas no art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal -, bem como nos casos previstos em lei, a regra é a de que o art. 37, § 6º, da Constituição não se aplica aos atos jurisdicionais quando emanados de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico.²⁸¹

Esse também foi um dos argumentos utilizados pelo STF no julgamento do RE 690.105/RS, já analisado aqui no ponto 2.3. O caso versava sobre o pedido de indenização de um réu condenado por omissão no recolhimento previdenciário, submetido à execução provisória de pena quando tal medida era admitida, e que posteriormente teve a punibilidade extinta pela ocorrência de prescrição. Em decisão monocrática, o Min. Gilmar Mendes destacou que a jurisprudência do STF é pacífica ao entender que a responsabilidade por atos jurisdicionais ocorre apenas nos casos expressamente previstos em lei, ou então quando comprovada falta objetiva do serviço público da Justiça, utilizando-se como precedente o julgamento do RE 505.393/PE²⁸².

Com todo respeito à decisão, haveria que se questioná-la quanto a um eventual *distinguishing*²⁸³ em relação ao precedente utilizado, uma vez que o RE 505.393/PE tratou de um sujeito acusado de peculato doloso, inicialmente preso provisoriamente e posteriormente condenado pelo extinto Tribunal Federal de Recursos a seis meses de detenção, tendo efetivamente cumprido a pena e posteriormente sendo isento da responsabilidade pelos fatos em questão por decisão do Tribunal de Contas da União, razão pela qual ingressou com revisão criminal e foi, então, absolvido. No julgamento do pedido de indenização pela prisão indevida (RE 505.393), assim se manifestou o relator do caso, Min. Sepúlveda Pertence:

Enfim, teria outras considerações a fazer, mas o que se discute hoje, muito, é o problema da prisão preventiva indevida; são outras hipóteses de indenização por decisões errôneas ou por “faute de service” da administração da Justiça, que não estão efetivamente previstos no art. 5º LXXV, da Constituição, que não barra a discussão infraconstitucional da matéria, porque o art. 5º, LXXV, é uma garantia. **Portanto, um mínimo que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias em hipóteses que não a de erro judiciário *stricto sensu*, mas de evidente falta objetiva do serviço público.** (*grifou-se*)

²⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil...* p. 324. Nesse mesmo sentido, também JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 12º edição. 2016. p. 1221.

²⁸¹ STF, ARE 770.931/SC. 1ª Turma. Rel. Min. Dias Toffoli. j. 19/08/2014.

²⁸² STF, RE 505.393, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1º Turma, j. 26/06/2007.

²⁸³ “Identificar a *ratio decidendi* e saber se essa é aplicável à solução de uma questão constante de um dado caso exigem interpretação. Em especial, exigem a comparação entre semelhanças e distinções entre os casos. Em outras palavras: impõe a identificação de uma *relevant similarity* ou a necessidade de uma *distinguishing* entre os casos.” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2016. p. 116.)

Ao que parece, adotou-se uma interpretação mais restrita quanto ao que se afirmou no referido precedente, de modo que se haveria entendido que a hipótese analisada pelo Min. Gilmar Mendes não se enquadraria na abertura mencionada. Na sequência da decisão, afirmou-se também que a execução provisória de pena era prática lícita, sendo que a jurisprudência da época expressamente admitia a medida, não se caracterizando como ato ilícito o cumprimento da sanção penal antes do trânsito em julgado da sentença.

Esse argumento, inclusive, está em sintonia com considerável parcela da doutrina que não admite a indenização por prisão seguida de absolvição, ao entenderem que, uma vez observados os requisitos para prisão, não há dano injusto ou ilegal a ser indenizado²⁸⁴. Nos dizeres de STOCO, somente quando a prisão se transporte para a ilicitude é que poderá ensejar reparação. Ou seja, a prisão cautelar, pelo só fato da prisão, seja temporária, em flagrante ou preventiva, ou, ainda, qualquer outra medida de caráter provisório, não enseja reparação apenas em razão de o indiciado ou acusado ter sido absolvido.²⁸⁵

Retomando a análise do julgamento do RE 690.105/RS (mencionado no ponto 2.3), não se descuida que a absolvição se deu em virtude de extinção da punibilidade por prescrição intercorrente, oportunidade, inclusive, em que se haveria de questionar se tal situação se enquadra no conceito penal de sentença absolutória propriamente dita. A questão que se coloca, porém, é que, nos termos dos argumentos colocados, e considerando o conhecido brocardo *onde houver a mesma razão, deve haver o mesmo direito*, qualquer pedido de indenização envolvendo a hipótese de absolvição em execução provisória de pena haveria de ser negado pelos argumentos expostos acima, fosse a absolvição por falta de provas, por prescrição, ou então por negativa de autoria, atipicidade da conduta, reconhecimento do princípio da insignificância ou retroatividade de lei mais benéfica. Por esse motivo, há que se explorar os argumentos utilizados por aqueles que reconheceriam a procedência de tal pedido, de modo a verificar critérios seguros para a sua eventual admissibilidade.

2.5.2 Argumentos favoráveis à responsabilização

Ao longo da presente investigação, constatou-se a existência de diversos autores críticos a uma visão mais restrita sobre a indenização da prisão seguida por absolvição, além

²⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil...* p. 325; CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado.* p. 500; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo...* p. 781; COUTINHO, Alessandro Dantas. RODOR, Ronal Kruger. *Manual de Direito Administrativo...* p. 933.

²⁸⁵ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil...* Título IV, capítulo XII, ponto 9.11.

de ser verificada uma jurisprudência que começa a se consolidar sob uma outra perspectiva. Alega-se que, além da hipótese de erro judiciário, deve-se admitir a indenização do sujeito preso preventivamente que tenha sido absolvido com juízo negativo de autoria ou ausência de ilicitude em sua conduta²⁸⁶. Na sua maioria, utiliza-se uma interpretação mais ampla do art. 5º, inciso LXXV da Constituição de 1988 para reconhecer o dever de indenizar nesses casos. Nesse sentido, exemplificativamente, veja-se a posição de CAHALI:

O texto constitucional, (...) por outro lado, impondo ao Estado a obrigação de indenizar àquele que "ficar preso além do tempo fixado na sentença", estará implicitamente também assegurando ao sentenciado o direito de ser indenizado em virtude de prisão "sem sentença condenatória". Com efeito, não se compreende que, sendo injusta a prisão no que exceder o prazo fixado na sentença condenatória, seja, em tese, menos injusta a prisão do réu que nela é mantido, se ao final vem a ser eventualmente julgada improcedente a denúncia pela sentença absolutória.²⁸⁷

Haverá divergência, no entanto, quanto ao fundamento e as justificativas para o reconhecimento dessa hipótese. Para alguns, será operada uma interpretação extensiva do conceito de erro judiciário, para outros a indenização será devida em função do princípio da dignidade da pessoa humana, ou ainda pelo reconhecimento de responsabilidade civil do Estado por ato lícito, entre outras posições. Tais argumentos, então, podem ser sistematizados conforme a seguinte sequência.

2.5.2.1 *Interpretação extensiva do conceito de erro judiciário*

A posição de adotar uma interpretação extensiva do conceito de erro judiciário para analisar o caso da prisão seguida de absolvição é verificada, basicamente, em dois casos da jurisprudência brasileira: primeiramente, o recurso especial nº 427.560/TO, julgado pelo Min. Luiz Fux, e, de modo alternativo, a questão foi levantada pelo Min. Marco Aurélio, do STF, no julgamento do *habeas corpus* nº 90.645/PE.

O cerne da argumentação pode ser encontrado no voto do Min. Fux no REsp. 427.560/TO, em julgamento do ano de 2002 que analisou o caso de um acusado de homicídio, preso por nove meses, posteriormente absolvido pelo Tribunal do Juri, uma vez evidenciado que o crime foi cometido por outra pessoa. Assim, submetida a questão à sua consideração, entendeu que quando o cidadão é preso provisoriamente e depois é absolvido, também se configura situação em que houve erro judiciário. Mencionou-se, também, que este

²⁸⁶ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. p. 440. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil*. p. 39-40.

²⁸⁷ CAHALI, Yussef. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 477.

entendimento encontrava apoio em um precedente julgado pelo STJ no ano de 1996²⁸⁸. Veja-se, assim, excerto da ementa do julgamento:

PROCESSO CIVIL. ERRO JUDICIÁRIO. ART. 5º, LXXV, DA CF. PRISÃO PROCESSUAL. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS.

1. A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5º, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização.

2. **Assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido.** A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar o mais comezinho direito fundamental à vida livre e digna. A absolvição futura revela da ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos. (...) ²⁸⁹.(grifou-se)

No âmbito do STF, a questão foi abordada, em 2007, durante o julgamento do HC 90.645/PE, em que se analisou o pedido de liberdade de um réu que alegava que a execução provisória de pena ofendia o princípio da presunção de inocência, ocasião em que os ministros do Supremo rejeitaram a tese. O relator do caso era o Min. Marco Aurélio, que sabidamente é contrário à medida, não sendo acompanhado pelos demais membros da Corte. Do seu voto, porém, restou o alerta de que, ao impor a execução provisória e registrar-se posteriormente uma reforma da sentença condenatória, abre-se margem para a responsabilidade do Estado. Argumentou, então, que *prevendo a constituição o princípio da não-culpabilidade, todo e qualquer ato contrário a ele consubstancia um erro judiciário*, de modo a desaguar na obrigação de indenizar.²⁹⁰

2.5.2.2 Consagração do princípio da dignidade da pessoa humana

Em face das posições que entendem que tal situação se enquadra no conceito de erro judiciário, alguns autores irão criticar tal posição, ao defender que o verdadeiro fundamento da responsabilização se dá pela incidência do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, VIANNA afirma que, em caso de prisão injusta de um acusado inocente, não é necessária a existência de erro judiciário para haver direito à indenização, pois poderia haver apenas uma falha do *sistema jurídico processual-penal*, e não um erro judiciário em sentido mais preciso do termo, razão pela qual haveria que se encontrar seu verdadeiro fundamento²⁹¹.

²⁸⁸ STJ, REsp. 61.899/SP. 6ª Turma. Rel. Min. Vicente Leal. j. 26/03/1996. (Neste julgado, admitiu-se a possibilidade de detração da pena de crime cometido anteriormente pelo réu que, em outro processo, foi preso provisoriamente e depois absolvido)

²⁸⁹ STJ, REsp. 427.560/TO. 1ª Turma. Rel. Min. Luiz Fux. j. 05/09/2002.

²⁹⁰ STF, HC 90.645/PE. 1ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. p/ Acórdão Min. Menezes Direito. j. 11/09/2007.

²⁹¹ VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Erro Judiciário e sua responsabilização civil*. p. 449-450.

Assim, considera que a dignidade da pessoa humana exerce papel relevante no que concerne à justificação dos direitos fundamentais, sendo potencial interpretativo com o objetivo de concretizá-los. Na medida em que a prisão injusta de alguém inocente ofende certos direitos fundamentais, atinge-se por consequência a dignidade da pessoa humana.²⁹²

Ao julgar, em 2008, um caso de um cidadão que ficou custodiado mais de dois anos (741 dias) e depois foi impronunciado por inexistência de autoria, o STJ também já adotou como fundamento do direito à indenização a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. O caso tinha como relator o Min. Francisco Falcão, que votou pela improcedência do pedido, pois a prisão preventiva teria sido decretada cumprindo todos os requisitos legais. Por coincidência, o Min. Luiz Fux abriu divergência, sendo acompanhado pelos demais ministros, deferindo a indenização, 5 anos depois do julgamento analisado aqui anteriormente.

Da leitura do acórdão, é possível verificar a conclusão de que o direito à liberdade compõe a gama dos direitos humanos, sendo que sua proteção e exigibilidade decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual inclui a ampliação da responsabilidade estatal não só para casos de erro judiciário, mas também de hipóteses de prisão provisória injusta, embora formalmente legal²⁹³. Não fica claro no voto do Min. Luiz Fux possíveis causas para a mudança da sua forma de interpretação, o que poderia ter ocorrido em função do excesso de tempo da prisão, porém o voto delimita expressamente essa outra forma de abordagem. Registra-se, também, que o mesmo entendimento é repetido por MOREIRA NETO, em seu *Curso de Direito Administrativo*²⁹⁴.

2.5.2.3 Amplitude das hipóteses de responsabilização

Como foi possível perceber no ponto 2.5.1 desta monografia, o julgamento do RE 505.393/PE costuma ser citado como o grande precedente do STF em relação à matéria de responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. De fato, utiliza-se o trecho da ementa em que se afirma a regra geral de irresponsabilidade do Estado por tais atos, para dizer que a Constituição prevê a indenização apenas em caso de erro judiciário e prisão além do tempo fixado na sentença, ou então de falta objetiva do serviço público da Justiça. Assim, a hipótese de indenização por prisão seguida de absolvição não estaria acobertada pelas taxativas hipóteses legais e constitucionais.

²⁹² *Ibidem*, p. 451-454.

²⁹³ STJ, REsp 872.630/RJ. 1º Turma. Rel. Min. Francisco Falcão. Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux. j. 13/11/2007.

²⁹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2014. p. 652.

Porém, como também já se pode antecipar, não parece ser essa a orientação quando se analisa mais detalhadamente o caso. O recorrido, à época dos fatos, era Reitor da Universidade Federal Rural de Pernambuco, sendo preso preventivamente, com grande alarde, pela suposta prática, em coautoria, de peculato doloso. No primeiro grau, a sentença classificou a imputação como peculato culposo, com pena de sete meses de detenção, a qual foi reduzida para seis meses pelo Tribunal Federal de Recursos. A condenação transitou em julgado em 07/08/1989, até que em 14/01/1991 sobreveio decisão do Tribunal de Contas da União isentando o condenado da responsabilidade pelos fatos em questão, razão pela qual foi concedida a *revisão criminal*.

Ocorre que, proposta a ação de indenização por tais fatos, o autor requereu dois pedidos de reparação: (i) pela condenação desconstituída em revisão criminal, e (ii) pelo período em que esteve preso preventivamente. Assim, o debate nos autos, desde a primeira instância, centrou-se no fato de que o art. 630 do CPP exigiria, ou não, a prova de dolo ou culpa do magistrado para conferir a indenização, além da inadmissibilidade da indenização por prisão preventiva.

O voto do relator, Min. Sepúlveda Pertence, seguido pela maioria da turma, procurou analisar de modo mais profundo os argumentos sobre a responsabilidade em caso de revisão criminal (art. 630 do CPP), afirmando o entendimento de que se trata de responsabilidade objetiva, amparada pelo comando do art. 5º, inciso LXXV da Constituição de 1988. Ao final, porém, afirmou que teria outras considerações a fazer sobre o problema da prisão preventiva, mas deixou claro que existem outras hipóteses de indenização, tanto por decisões errôneas quanto por *faute du service*, de modo que não há barreiras para a discussão da matéria.

Ou seja, a partir da análise do próprio precedente utilizado sobre o tema, percebe-se que o problema da prisão preventiva seguida de absolvição também foi abordado, ainda que subsidiariamente, deixando aberta a admissibilidade da indenização em tais casos. Utilizá-lo, portanto, como o caso paradigma que teria assentado a *taxatividade das hipóteses de indenização*, de modo a afastar a reparação da prisão preventiva, parece uma análise restritiva do caso. Diante dos termos do voto do Min. Sepúlveda Pertence, afigura-se razoável afirmar que se teria admitido uma *amplitude das hipóteses de indenização*, de modo que essa amplitude abarcaria também a indenização da prisão seguida de absolvição.

2.5.2.4 Responsabilidade Civil do Estado por Ato Lícito

Um dos principais argumentos utilizados para afastar a responsabilidade do Estado no caso foi a licitude do ato praticado, seja pela aceitabilidade da execução provisória de pena pelo sistema, seja pelo cumprimento dos requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. Diante disso, diversos autores vão se contrapor à ideia, afirmando que a questão deve ser analisada sob o prisma da responsabilidade civil do Estado por ato lícito.

Um dos primeiros a escrever sobre o tema foi AGUIAR DIAS, na sua clássica obra *Da Responsabilidade Civil*. Afirma que, em sentido mais amplo, a definição de erro judiciário também alcança a prisão preventiva injustificada, pois o que é preciso, e deve ser conseguido, sem excessivo amor às fórmulas, é conceder a reparação à vítima do erro judiciário. Assim, vai registrar a seguinte conclusão:

Longe de constituir um favor ou esmola, como faz crer essa doutrina, a outorga da reparação corresponde a um direito, que decorre do princípio da igualdade perante a lei. (...)

É difícil ocorrer prisão preventiva que se mostre de todo desautorizada. (...) Mas quando ela assume todos os característicos do erro judiciário, a indenização é devida, **porque o fundamento da reparação não é o ato ilícito, mas o risco social, que, embora nem sempre se confesse, se insinua, como expressão da consciência jurídica, na obra legislativa**. Assim, toda privação injusta da liberdade deve gerar reparação, até porque o art. 5º, inciso 75, da Constituição sem dúvida o autoriza.²⁹⁵ (*grifou-se*)

Na mesma linha, HENTZ defendeu que o art. 5º, inciso LXXV da Constituição inaugurou um princípio geral de indenização da prisão indevida, o qual englobaria toda a prisão que não tenha correspondência com a sentença condenatória definitiva. Por isso, o autor registra que o erro judiciário não depende da verificação de prisão, e a prisão indevida não decorre necessariamente de um erro de julgamento.

Assim, observa que a proteção da coletividade e a efetividade da persecução penal justificam o risco das modalidades de prisões provisórias, de modo que ao se analisar o pedido de indenização, não se pode focar apenas na atuação do agente público, pois o Estado (presentes os requisitos legais) podia efetuar a restrição da liberdade do sujeito. Assumiu, portanto, a responsabilidade pela prática de um ato lícito, pois a coletividade, que se beneficia pelo risco assumido, fica também sujeita a responder por eventuais violações de direitos fundamentais (dentre eles, a própria liberdade). Impera, portanto, o princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos, ainda que a responsabilidade seja proveniente de um ato lícito²⁹⁶.

²⁹⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. II, p. 640-641.

²⁹⁶ HENTZ, Luiz Antonio Soares. *A responsabilidade do Estado por Prisão Indevida*. 1996. Disponível em: <<http://www.academus.pro.br/professor/luizhentz/responsabilidade.htm>>. Acesso em 16/12/2017.

Na obra *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*, NERY JR. e ANDRADE NERY vão além, e ainda afirmam que a indenização não se restringiria à absolvição do réu com juízo negativo de autoria, mas também quando houver absolvição por ausência de provas, pelo princípio *in dubio pro reo*. Os autores defendem que tal hipótese não está vinculada à responsabilidade por erro judiciário ou prisão por excesso de tempo, sob pena de criar exceção à regra da responsabilidade objetiva do art. 37, §6º da Constituição. Decorre, portanto, de uma responsabilidade por ato lícito, similar à indenização devida em razão da desapropriação do art. 5º, inciso XXIV da Constituição.^{297 298}

Registre-se que o entendimento de que a prisão provisória seguida de absolvição se enquadra no conceito de responsabilidade civil por ato lícito, em respeito ao princípio da igualdade na distribuição dos encargos públicos, é constantemente verificado na doutrina em outros países. Assim, como foi possível observar anteriormente, em Portugal com CANOTILHO²⁹⁹, e na França com CHAPUS³⁰⁰ e RIVERO³⁰¹.

2.5.2.5 Responsabilidade Civil Processual do Estado

Em uma outra ordem argumentativa, os defensores públicos CAMELO e PASSADORE vão alegar que o Estado deve indenizar o preso cautelar posteriormente absolvido com fundamento na responsabilidade civil objetiva pelas medidas cautelares deferidas no processo³⁰². Ou seja, advertem que não se trata de indenização com base no art. 5º, LXXV da Constituição, mas sim a aplicação do art. 302 do Código de Processo Civil, uma vez tal dispositivo afirma que *a parte autora responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se a sentença lhe for desfavorável*³⁰³.

²⁹⁷ ANDRADE NERY, Rosa Maria de. NERY JR., Nelson. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. 2ª ed. em e-book baseada na 6ª ed. impressa. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2017. Ponto 104.

²⁹⁸ Nesse mesmo sentido, defendendo a responsabilidade por ato lícito e a aplicação também à absolvição por falta de provas, no direito português, veja-se AFONSO, Tiago Manuel de Lourenço. *A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por acto da Função Jurisdicional*. p. 17-35.

²⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. p. 222.

³⁰⁰ CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. p. 899-900.

³⁰¹ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. SOARES, Rogério Ehrhardt. p. 343.

³⁰² CAMELO, Fabíola Parreira. PASSADORE, Bruno de Almeida. *Estado deve indenizar preso cautelar posteriormente absolvido*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-13/tribuna-defensoria-estado-indenizar-presos-cautelares-posteriormente-absolvidos>>. Acesso em 16/12/2017.

³⁰³ Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

Assim, aquele que se beneficiou com a efetivação de uma tutela de urgência (no caso, o Estado, por meio da persecução penal), deve ser responsabilizado pelos danos causados quando a tutela não é corroborada por uma decisão terminativa. Os autores estariam tratando da aplicação da *teoria do risco proveito*, pois, se a tutela cautelar concedida em sede de cognição sumária foi proveitosa para a parte autora, essa também deve suportar eventuais riscos de não confirmação quando ocorra a decisão por meio da cognição exauriente. Ademais, os autores defendem a responsabilização em todos os casos, inclusive em absolvição por falta de provas.

2.5.2.5.1 *Uma distinção necessária: a execução provisória*

A análise de tal argumento deve ser realizada com muita cautela, uma vez que os autores utilizam a simples transposição de um dispositivo do Código de Processo Civil para a lógica do Processo Penal, matéria que demandaria, por si só, um estudo específico. Porém, aberta certa margem de argumentação nesse sentido, é possível vislumbrar também uma análise da responsabilidade processual no caso do *cumprimento provisória de sentença*. Tal comparação, inclusive, foi feita no próprio julgamento do HC 126.292/SP, que instituiu, na seara criminal, a execução provisória de pena.

No âmbito civil, o Código de Processo Civil de 2015 dispôs, em seu art. 520, sobre o cumprimento provisório da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, conforme segue:

Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II - fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos;

III - se a sentença objeto de cumprimento provisório for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução;

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. (*grifou-se*)

Diante desse dispositivo, o Min. Ricardo Lewandowski, em seu voto, demonstrou a preocupação de que o sistema jurídico sempre dera maior valor à propriedade do que à liberdade. Tal desigualdade de tratamento poderia ser verificada na relação entre a execução

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

provisória, os direitos de propriedade e a defesa da liberdade, posto que, em se tratando de direito de propriedade, o legislador pátrio se cercou de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, por meio da restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior pelos Tribunais Superiores. Porém, quanto à defesa da liberdade, finaliza com a seguinte reflexão:

(...) Vejam Vossas Excelências, com todo o respeito, (...) há uma certa disparidade, há uma certa incongruência ante o novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor dentro de poucos dias, no dia 16 de março vindouro.

Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo.³⁰⁴

Assim, utilizando-se da mesma lógica de CAMELO e PASSADORE, se possível for transpor tais disposições para a lógica do Processo Penal, haveria também uma possibilidade de solução do caso por meio do art. 520 do Código de Processo Civil. Afinal, admitindo-se a aplicação do regime de cumprimento provisório de sentença à execução provisória da pena, poder-se-ia dizer que *a execução provisória de pena corre por iniciativa e responsabilidade do exequente* (Estado), *que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido*, restituindo o acusado ao estado anterior e apurando-se eventuais prejuízos.

2.5.2.6 Uma provocação: sobre o conceito de sentença

Como já se afirmou em diversas oportunidades, o art. 5º, LXXV da Constituição reconhece a responsabilidade objetiva do Estado para indenizar *o condenado que ficar preso além do tempo fixado na sentença*. De fato, sabe-se que o objetivo original da norma era garantir um mínimo de reparação às pessoas que efetivamente permaneciam encarceradas por períodos maiores do que aquele definido em suas respectivas guias de recolhimento ou cartas de execução penal (art. 105 da Lei de Execução Penal), geralmente por falha do serviço. Porém, a questão que se coloca é a seguinte: *qual o conceito de sentença utilizado pelo dispositivo e a que ele se refere?*

Para PACELLI, a decisão que extingue o processo e aprecia o mérito da pretensão punitiva é a sentença, que pode ser absolutória, condenatória ou, ainda, absolutória imprópria,

³⁰⁴ STF, HC 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki. j. 17/02/2016.

nos casos de medida de segurança aplicada a inimputável. Cite-se também a absolvição sumária, que ocorre de forma antecipada, mas igualmente se aprecia o mérito dos casos³⁰⁵.

A partir da obra *Vocabulário Jurídico*, de SILVA, observa-se que a sentença sempre decide, ou julga, a questão ou a causa trazida ao conhecimento do juiz, e, consoante sua espécie, autoridade prolatora, momento em que se profere, ou conforme seu conteúdo, ela será nomeada sob diferentes formas.³⁰⁶ Assim, PRATA irá definir que sentença é a decisão final de um litígio proferida pelo juiz, sendo que quando for oriunda de um tribunal coletivo será designada *acórdão*³⁰⁷.

Agora, considerando o caso da execução provisória de pena, claro está que o réu será preso em virtude de uma sentença condenatória, mantida por um tribunal de segunda instância, em virtude da ausência de efeito suspensivo para os recursos especial e extraordinário. Porém, sobrevindo uma decisão absolutória por parte do STJ ou STF, pode-se considerar que foi emitida uma nova “sentença” no processo, e dessa vez sem nenhuma previsão de tempo de pena, porque se trata de absolvição.

Se, em um exercício hermenêutico, o intérprete optar por analisar tais fatos sob a ótica do art. 5º, inciso LXXV, seria possível aplicar o conceito de sentença ali utilizado para considerar a decisão absolutória ao final do processo em que se operou a execução provisória de pena? Caso a resposta seja afirmativa, seria possível dizer, então, que o tempo de encarceramento do réu terá excedido o que foi fixado na sentença, uma vez que se operou uma sentença absolutória.

2.5.3 Posição que se adota

Diante do percurso percorrido pela doutrina e jurisprudência brasileira, entende-se que é possível adotar a posição pelo reconhecimento da responsabilidade civil do Estado em caso de execução provisória de pena seguida de absolvição a partir de uma interpretação extensiva do art. 5º, inciso LXXV da Constituição de 1988. Afigura-se, pois, razoável o argumento de STOCO ao afirmar que a regra constitucional não é taxativa, porque a mesma estabelece princípios e não casuísmos³⁰⁸, aceitando-se, assim, a afirmação de HENTZ de que a referida

³⁰⁵ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. p. 291-292.

³⁰⁶ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 1277.

³⁰⁷ PRATA, Ana; VEIGA, Catarina; VILALONGA, José Manuel. *Dicionário Jurídico – Direito Penal e Direito Processual Penal*. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2009. p. 461.

³⁰⁸ STOCO, Rui. *Responsabilidade do Estado Por Erro Judiciário...* p. 99.

norma constitui um princípio geral de indenização da prisão indevida, o qual englobaria toda a prisão que não tenha correspondência com a sentença condenatória definitiva³⁰⁹.

O argumento de que a execução provisória de pena é aceita pelo sistema brasileiro, sendo medida legítima que exime de qualquer dever de indenizar por se tratar de ato lícito, nos termos como foi exposto, não parece suficiente para afastar a responsabilidade civil do Estado. Com base na doutrina majoritariamente encontrada pela presente investigação, o fundamento do dever de indenizar baseia-se na responsabilidade civil do Estado por ato lícito, de modo a concretizar o princípio da igualdade de distribuição dos encargos públicos, o qual não tem aplicação apenas quanto aos direitos patrimoniais, mas também à garantia da liberdade.

Nada obstante à aplicação imediata de tal preceito, recomenda-se um maior detalhamento dos dispositivos vigentes na legislação brasileira, seguindo a tendência internacionalmente verificada de regulamentar a matéria. O art. 225 do Código de Processo Penal Português, fruto de recente reforma no ano de 2007, pode fornecer um parâmetro de redação apto a garantir maior segurança jurídica nos julgamentos sobre tal responsabilidade.

Assim colocada a questão, entende-se que o modelo proposto teria como requisitos a *gravidade do dano* e o *juízo negativo de autoria ou ausência de ilicitude em sua conduta*. Outro requisito que poderia ser utilizado, inspirando-se na jurisprudência francesa, é restringir a indenização quando a pessoa também está, ao mesmo tempo, detida por outra causa³¹⁰. O requisito da gravidade do dano justifica-se em virtude das críticas de alguns autores³¹¹, contrários ao reconhecimento da proposta, que argumentam que ao admitir a responsabilidade do Estado em tais casos, estaria comprometida a prestação jurisdicional, uma vez que o simples fato de ser investigado ou processado poderia gerar uma condenação ao Estado. De fato, o dano deve ser grave, configurando-se desproporcional a comparação entre a gravidade de uma prisão indevida e simples esclarecimentos prestados à Justiça no âmbito do processo.

Com o segundo requisito, restariam excluídos das hipóteses de indenização os casos de absolvição por falta de provas e pelo reconhecimento da prescrição, evitando-se o risco de se indenizar um possível caso de *falso negativo* e seus respectivos efeitos. Nada obstante, a eleição desse requisito não elimina outros problemas que podem ser encontrados. Assim, permanecem alguns questionamentos: *teria direito à indenização o réu absolvido pelo princípio*

³⁰⁹ HENTZ, Luiz Antonio Soares. *A responsabilidade do Estado por Prisão Indevida*. 1996. Disponível em: <<http://www.academus.pro.br/professor/luizhentz/responsabilidade.htm>>. Acesso em 16/12/2017.

³¹⁰ CNRD, 20 septembre 2010, n° 9C-RD.069

³¹¹ COUTINHO, Alessandro Dantas. RODOR, Ronal Kruger. *Manual de Direito Administrativo...* p. 933; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo...* p. 781.

da insignificância? E o réu que, nas Cortes Superiores, obteve o reconhecimento da nulidade do processo? Diante da revisão bibliográfica alcançada, não se encontraram elementos na doutrina da responsabilidade civil do Estado para analisar tais perguntas, podendo-se, no entanto, vislumbrar uma possível solução por meio de uma definição mais precisa do conceito de *culpabilidade*, tomando por base a doutrina de direito penal.

O modelo proposto, portanto, procura reduzir a disparidade entre a tutela da propriedade e a tutela da liberdade, conforme alertado por LEWANDOWSKI³¹². Assim, ao menos em parte, estaria evitando que a “expropriação da liberdade” tenha um tratamento mais desfavorável que a expropriação da propriedade³¹³. Afinal, a indenização da privação injusta da liberdade não constitui um favor ou esmola, mas um direito decorrente do princípio da igualdade³¹⁴.

³¹² STF, HC 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki. j. 17/02/2016.

³¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos...* p. 222.

³¹⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. II, p. 640-641

CONCLUSÃO

Ao longo das investigações aqui relatadas sobre a responsabilidade civil do Estado por prisão seguida de absolvição, é possível extrair as seguintes conclusões:

1. A evolução do instituto da responsabilidade por atos jurisdicionais sofreu forte mudança nos últimos anos. Em sua origem, os dispositivos legais previam, como regra geral, a responsabilidade pessoal do magistrado pelas suas decisões, evoluindo-se, paulatinamente, para uma defesa da independência da magistratura, passando a responsabilidade a ser deferida apenas em casos excepcionais, atribuindo-se ao Estado o dever de indenizar.

2. De modo mais técnico, é possível dizer que *atos judiciários* serão um gênero configurado por toda atividade oriunda, *ratione personae*, do Poder Judiciário. Em algumas ocasiões, serão praticados apenas por magistrados para dar andamento ao processo judicial ou emitir decisões sobre as questões jurídicas apresentadas (*atos jurisdicionais*). Em outras, serão praticados também por servidores desse Poder, na administração de seus serviços (*atos administrativos propriamente ditos*), ou, então, buscando dar cumprimento a uma decisão judicial (*atos de administração da justiça*). Sendo emitidos por agentes públicos, claro está que o dano injusto que os atos administrativos e de administração da justiça causarem ao cidadão será indenizável pela incidência do art. 37, § 6º da Constituição, uma vez que não é lícito diferenciar os “poderes” do Estado para eximi-los da obrigação de ressarcir o dano.

3. Assim, o atual sistema brasileiro, amparado fortemente pela Constituição de 1988, prevê, expressamente, o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado por ato judicial em caso de erro judiciário ou prisão além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV da Constituição), falta do serviço público da Justiça (art. 37, § 6º da Constituição), prisão ilegal (art. 954, § único, inciso II do Código Civil), condenação desconstituída em revisão criminal (arts. 621 e 630 do Código de Processo Penal). Além disso, haverá responsabilização regressiva do magistrado por falta judicial, em caso de dolo, negligência, incapacidade funcional, quebra de decoro ou denegação da justiça (art. 143 do Código de Processo Civil e arts. 49 e 56 da LOMAN). Porém, não há clareza quanto à questão da privação de liberdade seguida de absolvição por parte da doutrina e da jurisprudência brasileira, observando-se posições divergentes.

4. A decisão tomada pelo STF no HC 126.292/SP, admitindo a execução de acórdão penal condenatório antes do trânsito em julgado do processo, inegavelmente, está inserida em um contexto de busca de soluções para a crise de efetividade da persecução penal. Não se descuida que o assunto seja delicado e recentemente venha despertando decisões

contrárias à medida pelos próprios ministros do STF. Porém, até que se decida o contrário (o que pode ocorrer no julgamento de mérito das ADCs 43 e 44), segue válido o entendimento exarado pela Corte, permanecendo o desafio relativo à responsabilidade civil do Estado em caso de posterior absolvição do réu que sofrera execução provisória da condenação.

5. A partir de uma análise quantitativa do caso, observa-se que a taxa de reversão em favor do réu poderá variar de acordo com o tipo de recurso, o tipo de provimento e o tipo de pedido (cálculo da pena, tipo de regime inicial, absolvição, etc.). Pelos critérios adotados, conclui-se que o provimento de recursos em favor do réu para absolvê-lo (*taxa de absolvição*) ocorre em 0,035% dos casos. Dessa amostra, observa-se que a principal causa de absolvição se dá em um juízo de atipicidade da conduta do agente, seja por considerar que a conduta não constituiu crime, seja por declarar a inconstitucionalidade de um tipo penal. Após, verifica-se a incidência da prescrição, seguida por casos específicos de absolvição por falta de provas, retroatividade de lei mais benéfica, nulidade processual e aplicação do princípio da insignificância.

6. A nível de projeções, seria possível dizer que o impacto da execução provisória de pena na população carcerária brasileira seria em torno de 3.460 novos presos, o que representa cerca de 0,6% da população carcerária. Essas pessoas poderiam ficar encarceradas, aguardando a decisão do STJ e/ou STF, de 279 a 602 dias. A partir dos dados analisados, projeta-se a ocorrência de um provável caso de indenização a cada 1 ano, 4 meses e 15 dias. Ademais, o custo de encarceramento de cada réu ao Estado calcula-se em uma quantia de R\$ 22.320,00 e R\$ 48.160,00, a depender do período de encarceramento de cada um.

7. Quanto à quantificação a indenização, caso admitida, tal hipótese poderia ser arbitrada em cerca de R\$ 5.638,33 por cada mês de prisão indevida, a partir da jurisprudência do STJ e STF. Ou seja, com base no tempo médio em que o réu poderia ficar encarcerado, projeta-se que as indenizações seriam arbitradas em uma média de R\$ 52.436,46 a R\$ 113.142,48. Note-se que eventuais argumentos defendendo a reparação *in natura* do dano não seriam aplicáveis ao caso, pois a indenização em pecúnia segue como mecanismo principal de compensação, utilizando-se a outra modalidade apenas em casos excepcionais e condizentes com a natureza da obrigação, conforme a análise do julgamento do RE 580.252/MS.

8. Alguns autores argumentam que, ao se reconhecer esse tipo de indenização, estaria afetando-se a independência da magistratura. Trata-se, pois, de uma argumentação consequencialista, que parece não estar configurada, tampouco se verifica eventual efeito preventivo nessa hipótese de responsabilidade, pois não há vinculação entre a independência do magistrado e o órgão responsável pelo ressarcimento (Fazenda Pública). Se fosse o caso de

cogitar alguma espécie de prevenção, no caso específico do erro judiciário, esta não se daria por intermédio do instituto da responsabilidade civil do Estado. Outros autores ainda argumentam que, ao se admitir tal hipótese, incrementam-se os incentivos para ser inocente e evitam-se condutas indesejadas dos réus, mas também alertam para o risco de possíveis alterações na aplicação do princípio do *in dubio pro reo* pelos tribunais, além do risco de se indenizar os casos classificados como *falsos negativos*. Embora tais alegações careçam de maior comprovação, é possível considerar tais riscos ao avaliar a exigência de que, para a admissibilidade da indenização, o sujeito deva provar a sua inocência, não bastando o mero juízo absolutório na esfera penal para ensejar a reparação.

9. Diante de uma análise de direito comparado, conclui-se que Espanha, França e Portugal admitem a execução provisória de pena e sua respectiva indenização em caso de absolvição. Observa-se também a tendência de diversos ordenamentos regularem de modo mais detalhado as hipóteses de indenização da prisão indevida, o que parece ser uma alternativa viável para o tratamento da matéria. Sem prejuízo da aplicabilidade imediata da hipótese no direito brasileiro, a partir dos dispositivos já consagrados em nosso ordenamento jurídico, seria possível mencionar oportunidades de melhoria em possíveis redações de projetos de lei já em tramitação, aprimoramento da legislação vigente ou, ainda, a criação de legislação específica para o caso. Tal medida garantiria maior segurança jurídica e um caráter pedagógico da lei no cumprimento das disposições constitucionais. Assim, a partir dos dispositivos analisados, parece mais adequada a adoção, como paradigma, da redação do art. 225 do CPP português, em virtude da sua clareza e precisão. Ademais, a análise jurisprudencial da questão encontra rica fonte de decisões a partir da *Commission Nationale de Réparation des Détentions*, na França, vinculada à *Cour de Cassation*.

10. No âmbito do direito brasileiro, é difícil definir qual o entendimento majoritário quanto ao tema. Os argumentos contrários à indenização costumam alegar que a execução provisória de pena é ato lícito e tolerado pelo sistema brasileiro, além do fato de que as hipóteses de responsabilidade civil do Estado são taxativas e não contemplam a indenização por prisão seguida de absolvição. Ou seja, uma vez presentes os requisitos legais para a prisão, não há dano injusto ou ilegal para ensejar a reparação.

11. Quanto aos autores favoráveis à medida, constata-se uma linha teórica que começa a se consolidar sob uma outra perspectiva. Alega-se que, além da hipótese de erro judiciário, deve-se admitir a indenização do sujeito preso preventivamente que tenha sido absolvido com juízo negativo de autoria ou ausência de ilicitude em sua conduta. Na sua

maioria, utilizam uma interpretação mais ampla do art. 5º, inciso LXXV da Constituição de 1988 para reconhecer o dever de indenizar nesses casos.

12. Haverá divergência, no entanto, quanto ao fundamento e as justificativas para o reconhecimento dessa hipótese. Alguns utilizam uma *interpretação extensiva do conceito de erro judiciário*, outros defendem que se trata da *consagração do princípio da dignidade da pessoa humana*. Da leitura de um dos precedentes mais citados do STF, seria possível questionar uma fundamentação a partir da *amplitude das hipóteses de responsabilização*. Ainda, diversos doutrinadores, nacionais e internacionais, observam que o caso se enquadra em uma dimensão da *Responsabilidade Civil do Estado por Ato Lícito*. Ademais, é possível aventar uma fundamentação por meio da *Responsabilidade Civil Processual do Estado*, ou ainda provocar uma interpretação do inciso LXXV do art. 5º da Constituição a partir do *conceito de sentença* utilizado.

13. De tudo o que foi analisado, afigura-se razoável adotar a posição pelo reconhecimento da responsabilidade civil do Estado em caso de execução provisória de pena seguida de absolvição a partir de uma interpretação extensiva do art. 5º, inciso LXXV da Constituição de 1988, aceitando que tal norma constitui um princípio geral de indenização da prisão indevida, o qual englobaria toda a prisão que não tenha correspondência com a sentença condenatória definitiva. Ademais, o argumento de que a execução provisória de pena é medida lícita e aceita pelo sistema brasileiro, não parece suficiente para afastar a responsabilidade civil do Estado, pois, com base na doutrina majoritariamente encontrada pela presente investigação, o fundamento do dever de indenizar baseia-se na responsabilidade civil do Estado por ato lícito, de modo a concretizar o princípio da igualdade de distribuição dos encargos públicos.

14. Assim colocada a questão, entende-se que o modelo proposto teria como requisitos a *gravidade do dano* e o *juízo negativo de autoria ou ausência de ilicitude em sua conduta*. De fato, o dano deve ser grave, configurando-se desproporcionais as comparações entre a gravidade de uma prisão indevida e simples esclarecimentos prestados à Justiça no âmbito do processo penal. Com o segundo requisito, restariam excluídos das hipóteses de indenização os casos de absolvição por falta de provas e pelo reconhecimento da prescrição, evitando-se o risco de se indenizar um possível caso de *falso negativo* e seus respectivos efeitos.

15. O modelo assim desenhado, atento aos alertas já registrados sobre o tema, procura reduzir a disparidade entre a tutela da propriedade e a tutela da liberdade no ordenamento jurídico brasileiro. Então, será possível, ao menos em parte, evitar que a “expropriação da liberdade” tenha um tratamento mais desfavorável que a expropriação da

propriedade. Afinal, a indenização da prisão indevida não constitui um favor ou esmola, mas um direito decorrente do princípio da igualdade.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Tiago Manuel de Lourenço. A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por acto da Função Jurisdicional. Universidade do Porto. 2013. Disponível em < <http://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/16850>>. Acesso em 11/12/2017.

AGUIAR JR., Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. Revista Ajuris, v. 59. 1993.

ALEMANHA. Lei de Compensações no Processo Penal. Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/streg/BJNR001570971.html>. Acesso em 09/12/2017.

AMARAL, Thiago Bottino do. “Os Problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena”. Disponível em <<https://www.jota.info/colunas/supra/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena-18022016>>. Acesso: 07/11/2017.

_____. Relatório Final Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores”. 2014. Disponível em http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/relatorio_final_pesquisa_hc_ipea-mj_-_junho_-_2014_-_para_publicacao.pdf. Acesso em 21/11/2017.

ANDRADE NERY, Rosa Maria de. NERY JR., Nelson. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. 2ª ed. em e-book baseada na 6ª ed. impressa. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2017.

ARAUJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. 7º Edição. Ed. Saraiva. 2015.

ARRUDA, Thais Nunes de. Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011. p. 38 e 221-222. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/pt-br.php>. Acesso em 09/12/2017.

AUSTRIA. Lei de Compensação de Direito Penal. Disponível em <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20003749>. Acesso em 09/12/2017.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 1764. Trad. Ed. Ridendo Castigat Mores. Pg. 40. Disponível em http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select_action=&co_autor=150. Acesso em 07/10/2017.

BONAVIDES, Paulo. MIRANDA, Jorge. AGRA, Walber de Moura. Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

BRASIL, Câmara dos Deputados. A construção do artigo 5º da Constituição de 1998. Brasília: Edições Câmara, 2013. p. 352-356. Disponível em < <http://livraria.camara.leg.br/direito-e-justica/a-construc-o-do-artigo-5-da-constituic-o-de-1988.html>>. Acesso em 02/11/2017

_____. Jornal da Constituinte n° 61. 11 de setembro de 1988. Brasília: Órgão Oficial de Divulgação da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em <www.senado.gov.br/noticias/especiais/constituicao30anos/pdf/JConstituinteN61.pdf>. Acesso em 24/12/2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 22/12/2017.

_____. Código Civil. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Planalto. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm . Acesso em 22/12/2017.

_____. Código de Processo Civil. Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. Planalto. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 22/12/2017.

_____. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n° 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 22/12/2017.

_____. Decreto n° 737, de 25 de novembro de 1850, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm. Acesso em 12/10/2017.

_____. Decreto n° 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em 22/12/2017.

_____. Projeto de Lei da Câmara n° 126 de 2015. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123063>>.

_____. Projeto de Lei n° 8045 de 2010. Disponível em <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em 22/12/2017.

_____. Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984. Planalto. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em 22/12/2017.

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. 1° Edição. Salvador: Ed. Juspodium. 2016.

CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 1° edição Em e-book baseada na 5° edição impressa. Editora Revista dos Tribunais.

_____. Responsabilidade Civil do Estado. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. "Custos dos direitos" e reforma do estado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CAMELO, Fabíola Parreira. PASSADORE, Bruno de Almeida. Estado deve indenizar preso cautelar posteriormente absolvido. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-13/tribuna-defensoria-estado-indenizar-presos-cautelar-posteriormente-absolvido>>. Acesso em 16/12/2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva. 2013

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos. Ed. Almedina. 1974

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Digesta – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico e da sua metodologia e outros. Coimbra Editora. Coimbra. 1995.

CASTRO, Alexandre Samy de. O método quantitativo na pesquisa em direito. 2017. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/320772695> O metodo quantitativo na pesquisa e m direito. Acesso em 20/11/2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11º Edição. Editora Atlas: São Paulo. 2014.

CHAPUS, René. Droit Administratif Général. Tomo 1, 5º edição. Paris: Ed. Montchrestien. 1990.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. "Cármén Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil". Disponível em: www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil. Acesso em 21/11/2017.

COUTINHO, Alessandro Dantas. RODOR, Ronal Kruger. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Método. 2015.

CRETELLA JR., José. Direito Administrativo Comparado. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

DEL SAZ, Silvia. La obligación del Estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado. Revista de Administración Pública, nº 195. p. 55-98. Set.-Dez./2014. Disponível em <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40136>. Acesso em 25/11/2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30. ed. São Paulo: Forense. 2017.

DIAS, José Aguiar. Da Responsabilidade Civil. Vol. II. 10º Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 1997.

DOMENECH-PASCUAL, Gabriel. El Error De La Responsabilidad Patrimonial Del Estado Por Error Judicial. Revista de Administración Pública, 199, 2016. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2776998>. Acesso em 23/12/2017.

_____. Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a um inocente sin compensación? Revista para el analisis del derecho. Barcelona. 2016. pg. 29. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2696988 . Acesso em 12/10/2017.

ESPAÑA. Constitución Española, de 31 de outubro de 1978. Disponível em <<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>>. Acesso em 22/12/2017.

_____. Ley Orgánica del Poder Judicial, de 01 de julho de 1985. Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>>. Acesso em 22/12/2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga., ROSENVALD, Nelson. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. 2º Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2017.

FON, Vincy. SCHÄFER, Hans-Bernd. State Liability for Wrongful Conviction: Incentive Effects on Crime Levels. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 163, n.º. 2, 2007. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=942691>. Acesso em 09/12/2017.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação? In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Ano XVII - n. 77 - maio/junho - 2006. pgs. 35/61

FRANÇA, Cour de Cassation. La réparation de la détention provisoire: explications. Disponível em https://www.courdecassation.fr/autres_juridictions_commissions_juridictionnelles_3/commission_nationale_reparation_detentions_620/reparation_detention_provisoire_explications_11885.html. Acesso em 10/12/2017.

_____. Rapport d'activités 2012. Disponível em https://www.courdecassation.fr/autres_juridictions_commissions_juridictionnelles_3/commission_nationale_reparation_detentions_620/rapports_activite_4151/rapport_activites_2012_26751.html. Acesso em 10/12/2017.

_____. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Disponível em <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em 22/12/2017.

_____. Code de procédure pénale. Disponível em <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>>. Acesso em 22/12/2017.

FRANCO, João Honório de Souza. Indenização do erro judiciário e prisão indevida. Tese (Doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22042013-085935/es.php>. Acesso em 27/10/2017.

FREITAS, Juarez. A Hermenêutica Jurídica e a Ciência do Cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da AJURIS* – v. 40 – n. 130 – Junho 2013.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. p. 453-477. In: CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2013.

GAMMELTOFT-HANSEN, Hans. Compensation for Unjustified Imprisonment in Danish Law, *Scandinavian Studies in Law*, n.º 18, 1974. p. 27-70. Disponível em <<http://www.scandinavianlaw.se/pdf/18-2.pdf>>. Acesso em 09/12/2017.

GREGORIO, Rita de Cassia Zuffo. A responsabilidade civil do Estado Juiz. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11112011-111330/pt-br.php>. Acesso em 21/10/2017.

HARTMANN, Ivar A. et alii. O Impacto No Sistema Prisional Brasileiro Da Mudança De Entendimento Do Supremo Tribunal Federal Sobre Execução Da Pena Antes Do Trânsito em Julgado no HC 126.292/Sp - Um Estudo Empírico Quantitativo. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2831802>. Acesso em 21/11/2017.

HARTMANN, Ivar A. Execução provisória da pena: defendendo os 2%. Disponível em <https://jota.info/colunas/supra/execucao-provisoria-da-pena-defendendo-os-2-06092016>. Acesso em 21/11/2017.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. A responsabilidade do Estado por Prisão Indevida. 1996. Disponível em: < <http://www.academus.pro.br/professor/luizhentz/responsabilidade.htm>>. Acesso em 02/11/2017.

HOLANDA Código de Processo Penal Holandês. Disponível em <http://wetten.overheid.nl/BWBR0001903/2017-06-17>. Acesso em 09/12/2017.

IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. AMARAL, Thiago Bottino do. Memorial de Amicus Curiae nos autos das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 12º edição. 2016.

KNIJNIK, Danilo. O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LIMA, Thais. Execução antecipada da pena e o mercado de estatísticas: uma resposta aos números da FGV. Disponível em <<https://jota.info/colunas/a-defesa/defesa-execucao-antecipada-da-pena-e-o-mercado-de-estatisticas-03102016>>. Acesso em 21/11/2017.

MAFFINI, Rafael. Responsabilidade civil do Estado por dano moral e a questão da prioridade da reparação in natura. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 274, p. 209-234, mai. 2017. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/68747>. Acesso em: 07/11/2017.

MANNS, Jeffrey. Liberty Takings: A Framework for Compensating Pretrial Detainees. The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series. Disponível em http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Manns_512.pdf. Acesso em 08/12/2017.

MESQUITA, Maria José Rangel de. Âmbito e pressupostos da responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional. Revista do CEJ, nº 11. Lisboa. 2009.

MICHELS, Johan David. Compensating Acquitted Defendants for Detention Before International Criminal Courts. Journal of International Criminal Justice, Vol. 8, nº 2, p. 407-424, 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1612670>. Acesso em 25/11/2017.

MIRAGEM, Bruno. Direito Civil – Responsabilidade Civil. São Paulo: Ed. Saraiva. 2015.

MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. Estudos a propósito da responsabilidade objetiva. Ed. Principia. 2014.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2014.

MUNGAN, Murat C., KLICK, Jonathan, Reducing False Guilty Pleas and Wrongful Convictions through Exoneree Compensation. The Journal of Law and Economics. Vol. 59, nº 1, fev. 2016. Chicago: The University of Chicago Press. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2490518. Acesso em 29/10/2017.

NORUEGA. Código Norueguês de Ajuizamento Criminal, capítulo 31, sessão 444. Disponível em <http://app.uio.no/ub/ujur/oversatte-lover/data/lov-19810522-025-eng.pdf>. Acesso em 09/12/2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 5º Edição. São Paulo: Saraiva. 2017.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo: Atlas. 2017.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 25 de abril de 1974. Assembleia da República. Disponível em www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx. Acesso em 22/12/2017.

_____. Código de Processo Penal. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Disponível em www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis. Acesso em 22/12/2017.

_____. Lei nº 67, de 31 de dezembro de 2007. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Disponível em www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2073&tabela=leis. Acesso em 22/12/2017.

PRATA, Ana; VEIGA, Catarina; VILALONGA, José Manuel. *Dicionário Jurídico – Direito Penal e Direito Processual Penal*. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2009.

RESENDE, Ranieri Lima. VIEIRA, José Ribas. “Execução Provisória – Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?”, disponível em <https://jota.info/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016>. Acesso em 07/11/2017.

RIVERO, Jean. Direito Administrativo. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Ed. Almedina. 1981.

_____. Droit Administratif. 3º edição. Paris: Ed. Dalloz. 1965.

ROCHA, Matheus Pereira. et alii. As Varas de Saúde: uma experiência na efetivação do direito à saúde. Disponível em

<[https://www.academia.edu/25719178/As Varas de Saúde uma experiência na efetivação do direito à saúde](https://www.academia.edu/25719178/As_Varas_de_Saude_uma_experiencia_na_efetivacao_do_direito_a_saude)>. Acesso em 22/10/2017

ROSENTHAL, Lawrence. Second Thoughts on Damages for Wrongful Convictions. *Chicago-Kent Law Review*, n° 85, pgs. 127-161. 2010. p. 133-136. Disponível em <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol85/iss1/8/> . Acesso em 08/12/2017.

SALGUEIRO, Ângela dos Anjos Aguiar. et. alii. Ordenações Filipinas. Disponibilizadas pelo Instituto de História e Teoria das Ideias da Universidade de Coimbra em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/13p663.htm> . Acesso em 12/10/2017.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 2° Ed. São Paulo: Atlas. 2009

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privé*. Paris, Rodstein, 1947.

STOCO, Rui. Responsabilidade do Estado Por Erro Judiciário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 21. Jan-mar./1998.

_____. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 2ª ed. em e-book baseada na 10ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. "Os filhos ou o café da manhã influenciam as decisões judiciais?". Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jul-20/senso-incomum-filhos-ou-cafe-manha-influenciam-decisoes-judiciais>. Acesso em 24/11/2017.

_____. "Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional", disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Acesso em 07/11/2017.

TIBERG, Hugo. Compensation for Wrongful Imprisonment. *Scandinavian Studies in Law*, n° 38, 2005. p. 479-487. Disponível em < <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/48-28.pdf>>. Acesso em 09/12/2017.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Erro Judiciário e sua responsabilização*. São Paulo: Ed. Malheiros. 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. "Decisão do STF sobre prisões não viola a democracia, afirma pesquisador", disponível em <http://m.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1740916-decisao-do-supremo-nao-viol-a-democracia-afirma-pesquisador.shtml>. Acesso em 07/11/2017.

ANEXO A – Quadro comparativo da taxa de reversão em favor do réu

Referência	Período	Base de Dados	Recursos Utilizados	Tipo de provimento	Taxa de êxito (provimento geral/ favorável ao réu/absolvição)
JANOT, Rodrigo. As estatísticas estão ao lado da prisão antes do trânsito em julgado. CONJUR. Abr./2016.	2009/2016	3.015	Rext	provimento geral/ provimento réu	0,60% (211/41/1)
STF - Voto Min. Barroso	2009/2016	25.707	Rext e ARE	total ou parcial/ absolvição	1,12% e 0,035% (784/31/9)
HARTMANN, Ivar A. Execução provisória da pena: defendendo os 2%. JOTA. Set./2016.	2014/2015	Baseado no estudo do IBCCRIM e adiciona o AREsp, mas não informa o recálculo da base de dados	Resp e Aresp	total ou parcial	9,10%
DPU - Amicus Curiae ADC 43 e 44	01/2016 a 06/2016	5.161	HC, RHC, AI, AREsp, Resp	total ou parcial	13,77% (711)
FGV - Pesquisa HC nos Tribunais Superiores	2008/2012	13.888	HC	total ou parcial/ stj ou stf	27,8% STJ e 8,2% STF (3722 – STJ, 1139 – STF)
DPESP - Amicus Curiae ADC 43 e 44	02/2015 a 04/2015	635	Resp e Aresp	total ou parcial	41% (261)

DPE/RJ. Memoriais nas ADCs 43 e 44. 2016	2014/2015	876	HC, RHC, AREsp, Resp	total ou parcial	41% (376) Resp e 49% (245) HC
AMARAL, Thiago Bottino do. Memorial de Amicus Curiae IBCCRIM nas ADCs 43 e 44. 2016.	2014/2015	9.384	Resp	total ou parcial	45,99%

ANEXO B – Quadro de análise das indenizações por prisão indevida nos Tribunais Superiores³¹⁵

Recurso	Número	Origem	Corte	Data	Tempo de prisão	Indenização	Média de cálculo	Observações
RE	505393	TRF-5	STF	2007	nada consta	R\$100.000,00	prejudicado	Análise prejudicada
AgRE	662105	TJPE	STF	2015	3 anos de prisão processual	R\$ 156.730,59	R\$ 4353,62/mês de prisão	
AgRE	385943	TJSP	STF	2009	1 mês + torturas	100 SM (100x R\$465,00) + 6x R\$ 208= R\$ 47.748,00	R\$ 47.748,00/mês de prisão	Maior média
Resp	427560	TJTO	STJ	2002	9 meses	550 SM (500 x R\$ 200) = R\$ 100.000,00	R\$ 11.111,11/mês de prisão	
Resp	872630	TJRJ	STJ	2007	741 dias de prisão cautelar	100.000,00	R\$ 4.048,58/mês de prisão	
RESP	1030890	TJPR	STJ	2011	9 anos	500 SM + 1SM/mês (608 x R\$ 540) = R\$ 328.320,00	R\$ 3040,00/mês de prisão	
RESP	1209341	TJSP	STJ	2010	7h	10.000,00	R\$ 1.428,57/hora de prisão	Análise prejudicada
RESP	1089132	TJSP	STJ	2009	1 ano em regime mais gravoso que o da condenação	10.000,00	R\$ 833,33/mês de prisão	Menor média

Projeção do valor médio da indenização: Considerando que no RE 505393 não se encontraram informações sobre o tempo de prisão, e que o REsp 1209341 a indenização foi por horas de encarceramento, projetou-se a média das demais indenizações. Devido à peculiaridade dos casos, foram excluídos o maior valor de indenização (AgRE385943) e o menor valor de indenização (REsp 1089132). Assim, foi possível identificar, nos casos analisados, **uma média de R\$ 5.638,33 por cada mês de prisão indevida.**

³¹⁵ Trata-se aqui de singelo levantamento de casos por nós realizado, em que se adotou a opção metodológica de se selecionar apenas casos já submetidos à apreciação do STJ ou STF quanto à admissibilidade da indenização, sendo muitos deles precedentes já consagrados pela prática jurisprudencial. Tal opção também foi adotada por considerar que STJ e STF atuam como filtros frente a eventuais excessos realizados na delimitação do *quantum indenizatório*. Por essas razões é que a amostra é reduzida. Alerta-se também que os valores tomaram por base o salário mínimo de cada ano de julgamento, mas não foi realizada a atualização monetária para valores de 2017.

ANEXO C – Jurisprudência Nacional Citada

- STF, AI 599.501/PR, Rel. Min. Carmen Lúcia, 2ª Turma, j. 19/11/2013
 STF, AI 794971/RJ. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 14/09/2011.
 STF, AI 803.831 AgRE/SP, Rel.Min. Dias Toffoli, 1º Turma, j. 19/03/2013.
 STF, ARE 770.931/SC. 1ª Turma. Rel. Min. Dias Toffoli. j. 19/08/2014.
 STF, HC 111.081/RS. 1º Turma. Rel. Min. Luiz Fux. j. 28/02/2012
 STF, HC 126.292/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Teori Zavascki. j. 17/02/2016.
 STF, HC 133.984/MG. 2ª Turma. Rel. Min. Carmen Lúcia. Julgado em 17/05/2016
 STF, HC 137.063. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. j. 12/09/2017
 STF, HC 68.726/RJ. Rel. Min. Néri da Silveira. DJ. 20/11/1992
 STF, HC 79.814. 2ª Turma. Rel. Min. Nelson Jobim. j. 23/05/2000
 STF, HC 90.645/PE. 1ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. p/ Acórdão Min. Menezes Direito. j. 11/09/2007.
 STF, RE 191.400/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão. J. 21.11.2000. DJE 02.02.2001.
 STF, RE 228.977, Rel. Min. Neri da Silveira, 2ª Turma, j. 05/03/2002
 STF, RE 505.393, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1º Turma, j. 26/06/2007.
 STF, RE 690.105/RS. Rel. Min. Gilmar Mendes. 22/11/2012.
 STF. ADC 43 e 44. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 05/10/2016.
 STF. AgRE 662.105/PE. 2ª Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 27/10/2015.
 STF. HC 84.078/SP. Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau. j. 05/02/2009
 STF. RE 385.943/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Celso de Melo. j. 15/12/2009.
 STF. RE 580.252. Tribunal Pleno. Relator Min. Teori Zavascki e Rel.p/acórdão Min. Gilmar Mendes. j. 16/02/2017. DJ 11/09/2017.
 CNJ, Pedido de Providências n. 0002150-61.2012.2.00.0000. Plenário. j. 06/08/2013
 STJ, HC 366.907. 6ª Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 06/12/2016.
 STJ, HC 373.364. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Julgado em 16/02/2017.
 STJ, REsp 1.409.051/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro. Julgado em 20/04/2017.
 STJ, REsp 872.630/RJ. 1º Turma. Rel. Min. Francisco Falcão. Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux. j. 13/11/2007.
 STJ, REsp. 427.560/TO. 1ª Turma. Rel. Min. Luiz Fux. j. 05/09/2002.
 STJ, REsp. 61.899/SP. 6ª Turma. Rel. Min. Vicente Leal. j. 26/03/1996.
 STJ. MS nº 20.875/DF, Rel. Min. Og Fernandes. Corte Especial. J. 03/09/2014
 STJ. REsp 1030890/PR. 2ª Turma. Rel. Min. Castro Meira. j. 14/04/2011.
 STJ. REsp 1209341/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Humberto Martins. j. 21/10/2010.
 STJ. REsp. 1.089.132/SP. 1ª Turma. Rel. Min. Benedito Gonçalves. j. 10/11/2009.
 TJRJ. Apelação Cível 0096462-07.2006.8.19.0001. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Ana Maria Oliveira. j. 05.02.2009.
 TJRS, Apelação 70069060606. 1º Grupo Criminal Rel. Des. Rosaura Marques Borba. Julgado em 05/08/2016.
 TJRS. Ap. Civ. 70014413009. Rel. Des. Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard. 11º Câmara Cível. j. 12/07/2006.
 TJRS. Apelação Cível Nº 70074404641, Décima Câmara Cível. Relator: Túlio de Oliveira Martins. j. 26/10/2017
 TJSP, 7ª Câmara, Ap. 215.005-1/0, 17/10/1994.
 TJSP. Apelação cível nº 0178121-12.2017.8.26.0000. Rel. Des. Alves Bevilacqua, 2ª Câmara de Direito Público. j. 20/09/2011;

TRF4. Agravo de Instrumento n° 5003372-68.2010.404.0000/PR. 4ª Turma. Rel. Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia. j. 29/09/2010.

TRF4. Apelação Cível n° 5000702-21.2015.4.04.7004/PR. 3ª Turma. Rel. Des. Federal Marga Inge Barth Tessler. j. 05/08/2015.

TRF4. Apelação Cível n° 5000707-43.2015.4.04.7004/PR. 4ª Turma. Rel. Des. Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle. j. 24/08/2016;

TRF4. 1ª Vara Federal de Umuarama/PR, Ação Penal n° 5004815-86.2013.4.04.7004/PR