

O pedido de benefício da gratuidade judiciária poderá ser formulado na petição inicial ou na contestação (art. 4º, Lei n. 1.060, de 1950). Nada obsta que seja requerido posteriormente no curso do processo (art. 6º, Lei n. 1.060, de 1950). A parte contrária poderá, em qualquer fase do processo, requerer a revogação do benefício, desde que prove a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão (art. 7º, Lei n. 1.060, de 1950). O juiz pode igualmente revogar de ofício o benefício nesses mesmos casos, atendido o direito fundamental ao contraditório (arts. 5º, inciso LV, CRFB, e 8º, Lei n. 1.060, de 1950).

7. Referências bibliográficas

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.), *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Fundamentais*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Il Processo come Fenomeno Sociale di Massa. In: *Giustizia e Società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

_____. La Giustizia è uguale per tutti?. In: *Giustizia e Società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

_____. Povertà e Giustizia. In: *Giustizia e Società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

_____. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

WALTER, Gerhard. I Diritti Fondamentali nel Processo Civile Tedesco, *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*, tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *La Garanzia Costituzionale dell' Azione ed il Processo Civile*. Padova: Cedam, 1970.

GIANNAKOS, Angelo Maraninchi. *Assistência Judiciária no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. I.

MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

WALTER, Gerhard. I Diritti Fondamentali nel Processo Civile Tedesco, *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 2001.

Art. 5º, LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

A – TEXTOS ESTRANGEIROS

1. Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976

Art. 29, n. 6. (Aplicação da lei criminal). Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indenização pelos danos sofridos.

2. Constituição do Reino da Espanha, de 27 de dezembro de 1978

Art. 121. (Indenização por erros judiciais). Os danos causa-

dos por erro judicial, assim como os que sejam consequência do funcionamento anormal da administração da justiça, darão direito a uma indenização a cargo do Estado, conforme a lei.

A Lei Orgânica do Poder Judicial (LOPJ), de 01.07.1985, versou a matéria nos arts. 292-297.

3. Constituição da República Italiana, de 1º de janeiro de 1948

Art. 24. A lei determina as condições e os modos para a reparação dos erros judiciais.

A Lei n. 117, de 13.04.1988, dispôs sobre o ressarcimento dos danos causados no exercício da função judiciária e responsabilidade civil do magistrado.

4. Constituição do Japão, de 3 de novembro de 1946

Art. 40. Qualquer pessoa pode, caso seja absolvida depois que foi presa ou detida, processar o Estado de recurso, conforme previsto por lei.

5. Constituição do Chile, de 21 de outubro de 1980

Art. 19, § 7º La Constitución asegura a todas las personas: [...] 7º. El derecho a la libertad personal y a seguridad individual. En consecuencia: [...] i) Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia.

6. Constituição Política do Peru, de 20 de dezembro de 1993

Art. 139, n. 7. São princípios e direitos da função jurisdicional: a indenização, na forma que determina a lei, pelos erros judiciais nos processos penais e pelas detenções arbitrárias, sem prejuízo da responsabilidade de quem os causou.

B – DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

1. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

Art. 9º Todo homem presume-se inocente enquanto não houver sido declarado culpado; por isso, se se considerar indispensável detê-lo, todo o rigor que não seria necessário para a segurança de sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei.

2. Convenção sobre a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais

Art. 5º, n. 5. Toda pessoa vítima de prisão ou detenção, em condições contrárias às estipulações do presente artigo, terá direito a uma reparação.

3. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

Adotado pela Assembleia das Nações Unidas para ratificação e adesão pela Resolução n. 2.200 (XXI), em 16.12.1966.

Em vigor, de acordo com a art. 49, a partir de 23.03.1976.

Aprovada pelo Decreto Legislativo n. 226, de 1991 (DO de 13.12.1991).

Promulgado pelo Decreto n. 592, de 1992.

Art. 9º, n. 5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à reparação.

Art. 14, n. 6. Se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou se um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente dessa condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, a não revelação dos fatos desconhecidos em tempo útil.

4. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica

Aprovada pelo Decreto Legislativo n. 27, de 1992 (DO de 28.5.1992).

Promulgada pelo Decreto n. 678, de 1992.

Art. 10. Direito à indenização. Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença passada em julgado, por erro judiciário.

C – ANTECEDENTES

1. No Brasil, o conceito de responsabilidade civil do Estado evoluiu da irresponsabilidade absoluta da Fazenda Pública (admitida apenas a pessoal do funcionário) para a responsabilidade direta e objetiva do Estado (com direito de regresso contra o funcionário culpado).

Mas a ideia da responsabilidade estatal por ato jurisdicional pouco avançou na lei e na aplicação dos tribunais, apesar do hoje majoritário apoio da doutrina, preponderantemente favorável à sua plena incidência, e do texto expresso do art. 5º, LXXV, de pouca utilização.

2. A Constituição de 1824 nada referiu sobre a responsabilidade do Estado por ato dos juizes. O importante Decreto n. 737, de 25.11.1850, dispoñdo sobre a ordem do juízo no processo, previa a responsabilidade pessoal do juiz¹.

Logo após a Proclamação da República (1889), o Decreto n. 847, de 11.10.1890, o novo Código Penal, ao tratar da reabilitação, atribuiu ao Estado a responsabilidade direta pelos danos decorrentes de erro judiciário reconhecido em sentença de reabilitação².

A Constituição Republicana de 1891 não seguiu nessa linha, limitando-se a repetir o princípio geral já expresso na Constituição Imperial, de irresponsabilidade do Estado.

A Consolidação das Leis Penais, de Vicente Piragibe, aprovada pelo Decreto n. 22.213, de 14.12.1932, dispunha, em seu art. 86: “A reabilitação consiste na reintegração do condenado em todos os direitos que houver perdido pela condenação, quando for

1. Decreto n. 737, de 25.11.1850: “Art. 677. As nulidades arguidas não sendo supridas, ou pronunciadas pelo Juiz, importarão: § 1º A anulação do processo na parte respectiva, se elas causaram prejuízo àquele que as arguiu. § 2º A responsabilidade do Juiz”.

2. Art. 86, § 2º “A sentença de reabilitação reconhecerá o direito do reabilitado a uma justa indenização, que será liquidada em execução, por todos os prejuízos sofridos com a condenação. A Nação ou o Estado são responsáveis pela indenização”.

declarado inocente pelo Supremo Tribunal Federal, em consequência da revisão extraordinária da sentença condenatória. § 1º A reabilitação resulta imediatamente da sentença de revisão passada em julgado. § 2º A sentença de reabilitação reconhecerá o direito do reabilitado a uma justa indenização, que será liquidado em execução, por todos os prejuízos sofridos com a condenação. A Nação ou o Estado são responsáveis pela indenização”.

O Código de Processo Penal (CPP), em vigor desde 1942, tratou da indenização do erro judiciário, atribuindo essa responsabilidade diretamente ao Estado, condicionando-a não mais à reabilitação do réu, mas à revisão da sentença condenatória³.

A vigente Constituição da República dispõe, ao enumerar os direitos fundamentais: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” (art. 5º, LXXV). Ao traçar os parâmetros constitucionais da Administração Pública, o constituinte acolheu o princípio da responsabilidade objetiva do Estado pelos danos derivados da prestação dos serviços públicos: art. 37, § 6º. “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiro, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

3. A orientação jurisprudencial predominante até aqui tem afirmado a irresponsabilidade do Estado por atos dos juízes, salvo quando o dever de indenizar é expressamente previsto em lei, como ocorre no erro judiciário criminal, após processo de revisão (art. 630 do CPP)⁴.

A negativa encontra fundamento nas teses universalmente difundidas sobre o tema⁵. Três delas são apresentadas com maior ênfase: a soberania exercida pela autoridade judiciária, a força da

coisa julgada e a necessidade de garantir a liberdade e a independência dos juízes.

O Estado não responderia pelo ato jurisdicional porque emanção da própria soberania, de cujo exercício não pode surgir pretensão ressarcitória. Decidiu o STF, em sessão plenária: “O Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos expressamente declarados em lei, porquanto a administração da justiça é um dos privilégios da soberania”⁶. E, mais recentemente: “O pensamento dominante é de que, em se tratando de exercício de atos de soberania, a igual da responsabilidade do legislador, não poderia resultar a responsabilidade de indenizar quem, súbito, sofresse prejuízos daí consequentes”⁷⁻⁸.

O segundo obstáculo reside na existência da coisa julgada: “A irresponsabilidade do Poder Público neste caso é um corolário fatal da autoridade da *res judicata*”⁹. A coisa julgada, tida como expressão da verdade (*res judicata pro veritate habetur*, Ulpiano, D. 12.2.3.1), é instituto processual especialmente importante para a segurança das relações sociais, e a imutabilidade das decisões judiciais tem relevância social preponderante.

Por fim, o abalo à independência do julgador: “A irresponsabilidade do Estado pelos atos e omissões dos juízes advém da independência da magistratura, prerrogativa esta que tem como consequência lógica o tornar exclusivamente pessoal a responsabilidade”¹⁰. No STF, afirmava-se: “Domina, pois, nesse âmbito, o princípio da irresponsabilidade, não só em atenção à autoridade da coisa julgada como também à liberdade e independência dos magistrados, que se sentiriam tolhidos, a cada passo, na sua função de dizer o direito ou resolver as graves questões administrativas que lhe são afetas, pelo temor de engendrar responsabilidade, para si e para o Estado que representam”¹¹.

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

4. O Supremo Tribunal Federal tem reiterados julgados nesse sentido: 1) “O princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei. Orientação assentada na jurisprudência do STF”. RE 219.117/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, AC de 03.08.1999; 2) “A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal”. AgReg no RE 429.518/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, de 05.10.2004; 3) “Domina, pois, nesse âmbito, o princípio da irresponsabilidade, não só em atenção à autoridade da coisa julgada como também à liberdade e independência dos magistrados, que se sentiriam tolhidos, a cada passo, na sua função de dizer o direito ou resolver as graves questões administrativas que lhe são afetas, pelo temor de engendrar responsabilidade para si e para o Estado que representam”. RE 35.500/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Vilas Bôas, AC de 09.12.1958.

5. Philippe Ardant, em sua excelente monografia, enumerou os fundamentos teóricos contrários ao princípio da responsabilidade do Estado por fato da justiça: a responsabilidade eliminaria a liberdade de espírito dos Juízes; as partes não colaboram para o funcionamento correto da justiça; há o risco de colusão entre as partes; a organização dos serviços da justiça e as regras do processo oferecem garantias suficientes para impedir a causação de algum dano; o recurso à justiça é um ato voluntário; o reconhecimento da responsabilidade acarretaria uma carga muito grande para as finanças públicas; a função jurisdicional, como manifestação da soberania, é irresponsável; a autoridade da coisa julgada impede a responsabilização por dano resultante da sentença (ARDANT, Philippe. *La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle*. Paris: LGDJ, 1956, p. 171-186).

6. Acórdão do STF de 13.10.1971, na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, n. 64, p. 689.

7. Acórdão do STF de 25.3.1980, na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, n. 94, p. 423.

8. É apenas a reiteração de precedentes consolidados desde o início do século: “Não é a União civilmente responsável pelas decisões contenciosas ou administrativas, proferidas pelo Poder Judiciário, porque este não é representante ou preposto dela, mas um dos órgãos da soberania nacional” (Acórdão do STF de 29.10.1926, na *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 49, p. 46).

9. LESSA, Pedro. *Do poder judiciário: direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: F. Alves, 1915, p. 164.

10. MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. v. 3, p. 262.

11. Acórdão do STF de 9.12.1958, na *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 194, p. 159. Na Justiça dos Estados, a tese da irresponsabilidade encontrou igual aceitação: TJSP: RDA, 50/239; 53/183; RT, 259/127; TJRS: AJURIS, 19/114; RJTJRG, 113/367.

As manifestações judiciárias em sentido diverso são escassas¹².

4. A doutrina, até meados do século passado, bateu sempre na mesma tecla: o ato jurisdicional é emanção da soberania, reveste-se da força incontestável da coisa julgada, não ofende direitos subjetivos e não gera a responsabilidade civil do Estado¹³.

Essa orientação mudou

As primeiras e mais destacadas manifestações a favor da responsabilização do Estado por ato dos juízes encontramos ainda na década de 1940, na monografia de Alcino de Paula Salazar, *Responsabilidade do poder público por atos judiciais*¹⁴, e na obra clássica no Direito brasileiro, *Da responsabilidade civil*, de José de Aguiar Dias¹⁵.

12. Os julgados de procedência de ações indenizatórias constituem exceção, destacando-se o acórdão do antigo Tribunal Federal de Recursos, de 23.07.1957, que condenou o Estado a indenizar suplente de Deputado indevidamente afastado do exercício do mandato, por sentença judicial (*RDA*, 54/188). Nesse ponto, é indeclinável a referência ao histórico voto do Min. Aliomar Baleeiro, que não chegou a convencer a maioria do STF, proferido no RE n. 70.121, de 13.10.1971, batendo-se pela responsabilidade direta do Estado em razão da desídia do Juiz, que conservou displicentemente consigo, por mais de dois anos, os autos de um processo de réu preso (*RTJ*, 64/689).

13. Além de Carlos Maximiliano e Pedro Lessa, já citados, ver: SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. 1, p. 356; NUNES, Castro. *Da fazenda pública em juízo*: tribunal federal de recursos, juízo dos feitos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950, p. 420-444; MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, [19--]. v. 1, p. 361: "Tornar o Juiz civilmente responsável pelos julgamentos que profere é absurdo que a doutrina jamais pôde tolerar. Nem o Juiz, nem o Estado que o houver investido na função respondem pelos danos [...]"; Hely Lopes Meirelles, um dos mais citados administrativistas brasileiros, em seu *Direito administrativo brasileiro*, p. 557, afirma: "O ato judicial típico, que é a sentença, não enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, salvo na hipótese única do art. 630 do CPP, uma vez obtida a revisão criminal. Nos demais casos, as decisões judiciais, como atos de soberania interna do Estado, não propiciam qualquer ressarcimento".

14. SALAZAR, Alcino de Paula. *Responsabilidade do poder público por atos judiciais*. Rio de Janeiro: Canton & Reile, 1941, p. 95-99.

15. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 2, p. 320.

16. SILVA, Juary C. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 53, n. 351, p. 19, jan. 1965; CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 99, p. 13, jan./mar. 1970; SÉ, João Sento. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976; PINTO, Nelson Luiz Guedes Ferreira. A responsabilidade civil do Estado por atos judiciais. *Cadernos [da] pós-graduação: direito civil comparado II: estudos sobre a responsabilidade civil*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1977, p. 143; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981; ARAÚJO, Edmir Netto de. O Estado Juiz e sua responsabilidade. *BDA: boletim de direito administrativo*, São Paulo, v. 2, p. 20, jan. 1986; PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade do Estado pelos atos dos seus juízes. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 71, n. 539, p. 9, set. 1982; GRINOVER, Ada Pellegrini. A responsabilidade do juiz brasileiro. In: *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 3; CARLIN, Volnei Ivo. A responsabilidade civil do Estado resultante do exercício das funções jurisdicionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 71, n. 557, p. 15, mar. 1982; CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; DELGADO, José Augusto. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 147, out./dez. 1985; DELGADO, José Augusto. Poderes, deveres e responsabilidade do juiz. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 84, n. 301, p. 335, jan./mar. 1988; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade civil do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 24, n. 96, p. 233, out./dez. 1988; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Problemas e soluções na prestação da justiça. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 664, p. 215, fev. 1991; WAMBIER, Luiz Rodrigues. A responsabilidade civil do Estado decorrente dos atos jurisdicionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 77, n. 633, p. 34, jul. 1988; SUANNES, Adauto. A responsabilidade do juiz pelo erro judiciário. *Cadernos de Advocacia Criminal*, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 124, dez. 1988; SUANNES, Adauto. Má prestação judicial e indenização correspondente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo p. 62, dez. 1992. Número especial; ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988; SOUZA, José Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 652, p. 29, maio 1978; SILVA FILHO, Artur Marques da. Juízes irresponsáveis?: uma indagação sempre presente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 674, p. 70, dez. 1991; CO-TRIM NETO, Alberto Bittencourt. Da responsabilidade do Estado por atos de juiz em face da Constituição de 1988. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 55, p. 76, jul. 1992; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 86, n. 311, p. 3, jul./set. 1990.

17. Yussef Said Cahali transcreveu a fundamentação da Comissão: "Constava do Relatório: Estamos propondo, com a inclusão de um novo parágrafo no art. 95 do texto constitucional, a instituição da responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a terceiros por juízes, no exercício de suas funções, assegurando-se o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou fraude. Parece-nos que já seja tempo de afastar, entre nós, a tese da irresponsabilidade do Estado por atos dos juízes, predominante ainda hoje tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Esta a lição do Mestre Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em estudo sobre o tema, publicado na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*: Nos últimos anos está surgindo movimento vigoroso em favor da ampliação do conceito, por motivos de ordem política e razões de ordem jurídica. Do ponto de vista político, porque a marcha para a plena realização do Estado de Direito impõe a gradual extinção da ideia da irresponsabilidade, resquício de privilégios antes concedidos a classes e pessoas para a manutenção de poderes e benefícios injustificáveis à luz do Estado moderno, democrático, igualitário e solidário. Juridicamente, porque o ato estatal praticado através do Juiz não se distingue ontologicamente das demais atividades do Estado, estas geradoras do dever de indenizar, uma vez presentes os requisitos. Isto é, o Estado-Juiz é uma fração do Poder Público que pode, através de seu agente, nessa qualidade, causar dano injusto, não havendo razão jurídica para impor ao lesado o sofrimento do prejuízo daí decorrente". CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 470.

D - COMENTÁRIOS

1. O inc. LXXV não é limitativo. A norma do art. 5º, inciso LXXV, não significa que a ação jurisdicional do Estado somente autoriza indenização nos casos de erro judiciário ou de excesso de prisão. A regra não é limitativa, apenas realça duas situações especialmente graves para considerá-las como ofensivas aos direitos fundamentais¹⁸. Outros casos, que não se enquadrem nesses dois conceitos, podem caracterizar a responsabilização do Estado, segundo o regime geral do art. 37, § 6º¹⁹.

2. Erro na sentença criminal. Erro judiciário está associado à ideia de erro de sentença criminal. Embora o texto constitucional não faça essa especificação, há de se entender que a ofensa grave, cujo direito à indenização mereça ser incluído entre os fundamentais do cidadão, deve resultar de sentença criminal, em ação penal pública ou privada²⁰. Esse entendimento é o que se harmoniza com a história do preceito na evolução do nosso direito, que sempre teve o erro judiciário causador de dano indenizável como sendo o praticado pelo Estado na persecução criminal. A própria localização da regra, ao lado do excesso de prisão, induz essa associação. O erro criminal é o que mais agride a sensibilidade social, porque praticado na função repressiva do Estado e ofende a liberdade e a honra do injustamente condenado.

3. Responsabilidade por ato da jurisdição civil. Não se exclui a possibilidade de indenização dos danos derivados do exercício da jurisdição civil, mas então com fundamento na regra geral do

art. 37, § 6º. A indenização por ato judicial civil é matéria envolta em séria controvérsia, que não deve ser trazida para o âmbito da aplicação do inc. LXXV do art. 5º, uma vez que aqui a própria Carta determina a obrigatoriedade da indenização.

O Prof. Philippe Ardant estende a responsabilização do Estado aos atos praticados na jurisdição civil, pois quaisquer que sejam as diferenças entre a justiça civil e a justiça criminal, a responsabilidade deve englobar o erro de ambas, uma vez que o risco do erro é inerente à função jurisdicional, seja cível ou criminal²¹.

Já o Prof. José Joaquim Gomes Canotilho manifestou-se contrariamente: “A força da verdade legal atribuída à *res judicata* deverá ceder quando um outro interesse público mais valioso lhe sobrelevar. Este outro interesse público é descortinável no erro judiciário penal, dado o valor dos bens sacrificados, mas já no erro judiciário não penal a realização de uma justiça material deverá sustentar-se ante a ineliminável necessidade de paz jurídica visada pelo caso julgado”²².

A solução parece estar em posição intermediária. Não se pode condenar o Estado pelo só fato de resultar dano pela reforma de uma sentença civil, o que seria socializar o prejuízo do vencido e transferir à Fazenda Pública o dano decorrente do exercício da função judicial requerida pelas partes. Porém, se o juiz agir com dolo, fraude ou culpa grave (hipóteses algumas das quais já previstas na legislação ordinária como casos de sua responsabilização pessoal²³), parece inegável a obrigação do Estado de reparar o

18. “Quando se cuida de erro judiciário ou de restrição ao direito à liberdade de locomoção, a gravidade do comportamento estatal patenteia-se pela natureza do direito ofendido e põe-se, de modo inquestionável e salientado constitucionalmente, a garantia da responsabilidade estatal”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 86, n. 311, p. 22, jul./set. 1990.

19. É importante para o estudo do tema, e abre perspectiva de ampliação da responsabilidade do Estado, recente acórdão de lavra do Min. Sepúlveda Pertence: “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, CPP, 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 CPP, 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, LXV, 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” (STF, RE 505.393-PE, 1ª Turma, ac. de 26 de junho de 2007, por maioria. Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

20. Não é compatível com o texto constitucional a restrição contida no art. 630, § 2º, b: a indenização não será devida se a acusação houver sido meramente privada. O processo criminal é sempre o exercício da função pública, pouco importando que a iniciativa seja do agente público ou da vítima.

21. ARDANT, Philippe. *La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle*. Paris: LGDJ, 1956, p. 226. No mesmo sentido, DIAS, Nélia Daniel, *A responsabilidade civil do juiz*. 2ª ed. Lisboa: DisLivro, 2005, p. 607: “Esse erro judiciário pode ocorrer em qualquer tipo de processo judicial, seja ele de natureza criminal, civil, comercial, administrativa, tributária, de trabalho, entre outras. Mas é, sem dúvida, no âmbito do processo penal que assume uma maior relevância já que é nessa esfera que aquele ganha maiores repercussões para a vida dos cidadãos”.

22. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, p. 218-219.

23. Art. 133 do Código de Processo Civil: “Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no n. II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias”.

Art. 43 do Código Civil: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Art. 1.744 do Código Civil: “A responsabilidade do juiz será: I - direta e pessoal, quando não tiver nomeado o tutor, ou não o houver feito oportunamente; II - subsidiária, quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, tanto que se tornou suspeito”.

Art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura: “Responderá por perdas e danos o magistrado, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do Escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de dez dias”.

dano provocado pelo mau funcionamento da Justiça Civil²⁴. Assim como a ocupação ilegal de uma gleba pela ação do funcionário gera o dever de o Estado indenizar o dano, não há razão para entender diferentemente quando essa medida resultar de decisão judicial praticada com dolo, fraude ou culpa grave, ainda que tudo se passe no campo civil. Também no cível, apesar de ordinariamente cuidar-se de direitos patrimoniais disponíveis, muito seguidamente suas decisões envolvem direitos da mesma dignidade dos que são atingidos pela sentença criminal, como acontece na prisão por dívida alimentar, do depositário judicial infiel, na interdição, na destituição da guarda, etc. Porém, para o reconhecimento dessa responsabilidade, outros são os pressupostos, que não os do art. 5º, LXXV, a serem examinados à luz do art. 37, § 6º²⁵.

A prisão civil, ainda que decretada em sentença, não tem a mesma natureza da sentença criminal condenatória. Nesta há a imposição de uma sanção penal, aplicada para a repressão de um delito e tem como efeito a reincidência, enquanto que o decreto de prisão civil não formula um juízo de culpabilidade e não impõe a prisão como uma pena, mas é apenas ato afluente que tem a finalidade de constranger o obrigado à prática do ato devido. Se o decreto de prisão civil é ilegal, a responsabilização do Estado tem por fundamento a regra do art. 37, § 6º. Porém, se o tempo de prisão for superior ao determinado na sentença civil, incide o art. 5º, parágrafo LXXV, segunda parte, uma vez que nesse ponto a Constituição não distingue quanto ao ato originário da prisão.

4. A sentença criminal condenatória, a ação de revisão e o *habeas corpus*. A regra do inciso LXXV se aplica quando houver condenação criminal, isto é, sentença condenatória de mérito proferida pelo juiz criminal. Enquanto não existir o juízo condenatório, não está preenchido esse requisito, e o processo ainda não chegou ao seu final. Depois da condenação e do seu trânsito em julgado, também

não cabe a indenização enquanto persistir o efeito dessa sentença.

Cabível a qualquer tempo a revisão criminal, incumbe ao condenado promover a sua rescisão mediante a ação revisional. Procedente a ação, no mesmo julgamento há de ser reconhecido o direito à indenização; se não, mediante ação autônoma, mas sempre depois da revisão aceita.

A coisa julgada, no nosso sistema processual, corresponde à ideia de que a eficácia natural da sentença se reforça quando precluem todos os recursos, sendo a coisa julgada uma eficácia especial da sentença: “Art. 467 do CPC. Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”²⁶.

O fundamento dessa autoridade está na lei, tendo o legislador optado entre duas alternativas: ou permitir a continuada renovação das lides, na busca incessante de uma sentença melhor, com a conseqüente insegurança para as relações sociais, ou atribuir à sentença, com tal eficácia, a força de lei²⁷. Na Constituição da República de 1988, incluiu-se entre os direitos fundamentais o respeito à coisa julgada: “Art. 5º, XXXVI. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A regra, cujo destinatário imediato é o legislador, com mais razão deve ser preservada pelo Juiz, impedido de apreciar ação que reproduz outra já julgada²⁸. Pontes de Miranda preocupou-se com o problema técnico da sentença *contra legem* e da sentença injusta, concluindo que, do ponto de vista jurídico, “a decisão *contra legem* é coberta pela coisa julgada formal e material. Mau e duro, mas assim tinha de ser para se cortar a antinomia ‘incidência, aplicação injusta’ [...]. O que fica é o dever moral”²⁹.

Portanto, no nosso ordenamento, é irrecusável ser a coisa julgada obstáculo ao surgimento de um direito de indenização contra o Estado, enquanto subsistir a sentença trãnsita em julgado. Do

Art. 56 da Lei Orgânica da Magistratura: “O Conselho Nacional da Magistratura poderá determinar a aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, do magistrado: I - manifestadamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo; II - de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções; III - de escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou cujo proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário”.

Apesar das disposições legais sobre a responsabilidade pessoal do juiz, prevalece o princípio constitucional do art. 37, § 6º, atribuindo ao Estado a responsabilidade direta e imediata pela reparação do dano, que fica com o direito de regresso contra o juiz nos casos de dolo ou fraude.

24. Na Itália, a responsabilidade surge com o ato judicial praticado com dolo ou culpa grave. CIRILLO, Gianpiero Paolo; SORRENTINO, Federico. *La responsabilità del giudice*: legge 177/1988. Napoli: Jovene, 1988, p. 124.

25. A tal respeito, assim já conclui: “O princípio da responsabilidade objetiva, que se satisfaz com a causação do dano, não pode ser aceito no âmbito dos atos judiciais porque sempre, ou quase sempre, da atuação do Juiz na jurisdição contenciosa resultará alguma perda para uma das partes. Se esse dano fosse indenizável, transferir-se-ia para o Estado, na mais absoluta socialização dos prejuízos, todos os efeitos das contendas entre os particulares. É por isso que a regra ampla do art. 37, § 6º, da Constituição, deve ser trazida para os limites indicados no seu art. 5º, LXXV, que admite a indenização quando o ato é falho (erro na sentença) ou quando falha o serviço (excesso de prisão). É quando há defeito no serviço [...]. O Estado responde quando o Juiz age com dolo, fraude (art. 133, I, do CPC; art. 49, I, da LOMAN), ou culpa grave, esta revelada pela negligência manifesta (art. 133, II, do CPC; arts. 49, II, e 56, I, da LOMAN) ou pela incapacitação para o trabalho (art. 56, III, da LOMAN)”. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 20, n. 59, p. 36 e 44, nov. 1993.

26. CPC, art. 467: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Na Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657, de 04.09.1942), consta do art. 6º, § 3º: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

27. CPC, art. 468: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

28. CPC, art. 301, § 1º: “Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada”.

Art. 471: “Nenhum Juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas a mesma lide, salvo [...]”.

29. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. 5, p. 146-147.

ponto de vista meramente processual, poder-se-ia dizer inexistente o impedimento, uma vez que a ação indenizatória não contém os mesmos elementos da ação em que foi proferida a sentença causadora do dano injusto, sendo diferentes as partes, o pedido e a causa do pedir. É preciso reconhecer, porém, que, no sistema jurídico, não podem conviver duas sentenças antagônicas e igualmente eficazes, como ocorreria, por exemplo, entre uma sentença criminal que condena o réu à prisão onde se encontra, e outra sentença, que ordena ao Estado pagar uma indenização a esse mesmo réu, pelo fato da sua condenação. Pela natureza da coisa, e por uma exigência lógica, tal antagonismo deve ser evitado³⁰.

O impedimento é temporário e afastável, porquanto desaparece com o desfazimento da coisa julgada. Se o interessado intentar, em qualquer tempo, a revisão da sentença criminal (art. 622 do CPP), poderá obter, na mesma sentença, ou em outra ação, a pretendida indenização.

Respeitável corrente doutrinária tem flexibilizado a exigência do requisito da prévia ação revisional, quando há deferimento de *habeas corpus* em favor do réu condenado, ou ilegalmente preso preventivamente³¹. É certo que o impedimento para o reconhecimento do direito à indenização, no caso de sentença condenatória, decorre da existência de manifestação estatal condenando o réu, o que inviabilizaria a convivência com outra, de propósito indenizatório. Se uma nova manifestação estatal desfizer aquela sentença no julgamento de *habeas corpus* favorável ao réu, pelos fundamentos que justificariam a procedência da ação revisional e dela decorresse juízo sobre a inocência do réu, é de se atribuir a esse julgado igual efeito ao da sentença revisional, quanto ao direito de indenização que dele exsurge em favor do paciente. Ocorre que, na prática, isso é muito difícil de ocorrer porque o *habeas corpus* tem pressupostos de admissibilidade que ordinariamente impedem a formulação de juízo equivalente ao revisional³². Por isso, a jurisprudência pacificada no Supremo Tribunal Federal não admite a responsabilização do Estado pela via do *habeas corpus*³³. Assim é quanto à sentença condenatória, porque, como acertadamente observa Sergio Cavalieri, “a exigência

de desconstituição do julgado como pré-condição, obviamente, só se refere à decisão de mérito. Casos poderão ocorrer em que o erro judicial fique desde logo evidenciado, tornando possível a imediata ação de indenização, como, por exemplo, o excesso de tempo de prisão por omissão, esquecimento ou equívoco; prisão da pessoa errada por homonomia; atos praticados com abuso de autoridade – prisão sem formalidades legais, não relaxamento de prisão ilegal, etc.”³⁴.

5. Prisão preventiva. Antes da sentença, muitos outros atos jurisdicionais e judiciários podem ser praticados indevidamente, causando dano ao réu. Mas a esses casos não se aplica a regra do art. 5º, I, LXXV, que exige uma sentença condenatória.

No inquérito policial e no processo criminal, a liberdade da pessoa pode sofrer constrangimento com medidas restritivas de liberdade, na forma de prisão cautelar, nas espécies de prisão temporária, prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão por efeito de pronúncia, prisão por efeito da sentença condenatória recorrível, além de outras medidas de natureza patrimonial ou administrativa. A situação mais comum é a da prisão preventiva³⁵, que suscita a questão da indenizabilidade do dano se houver a posterior absolvição do que sofreu a prisão no curso do processo.

É preciso separar: de um lado, o exame da decisão judicial que decreta a prisão cautelar; de outro, o exame da decisão judicial que julga o processo e condena o réu. São atos distintos pelo tempo e pela natureza, e o fato de haver uma absolvição final não significa que o decreto de prisão preventiva tenha sido ilegal, com injustiça que deva ser sempre reparada pelo Estado. Veja-se o caso do denunciado que é preso preventivamente por prejudicar a instrução criminal, subornando testemunhas e peitando peritos e auxiliares do juízo. Ainda que inocente, o seu comportamento processual justificava a medida constritiva; a sua absolvição não significará tenha havido ilegalidade ou abuso da prisão processual. De outra parte, a condenação final do réu não encobre nem justifica eventual ilegalidade do decreto de prisão preventiva. Por isso, a prisão cautelar ilegal e abusiva pode originar direito a inde-

30. PARELLADA, Carlos Alberto. *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional*. Buenos Aires: Astrea, 1990, p. 166. “A remoção da coisa julgada é necessária para poder propor ação de responsabilidade contra o magistrado interveniente no processo danoso e contra o Estado”.

31. “Embora seja certo que ‘não é o *habeas corpus* meio adequado para obter o reconhecimento do erro judiciário’, pretendeu-se que ‘somente a revisão propiciará o exame da questão com pleno conhecimento de causa’. Sempre afirmamos, porém, que a preterição do pedido incidente na revisão criminal, ou a própria inexistência de uma prévia revisão criminal não deve constituir óbice para o exercício da ação indenizatória por erro judiciário”. CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 475.

32. O Superior Tribunal de Justiça indeferiu o pedido de indenização formulado por réu que cumpriu pena por força de sentença proferida por juiz incompetente: “O cumprimento de sentença condenatória proferida por juiz absolutamente incompetente não dá direito a indenização pelo erro judiciário, se não comprovada a inocência do réu” (REsp 149.990/CE, 5ª Turma, AC de 24.03.1998, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzi).

33. 1) “*Habeas corpus* não pode substituir a revisão”, decidiu o STF na Petição de HC n. 32.431/SP, Relator Min. Nelson Hungria, em AC de 13.05.1953; 2) “A alegação de erro judiciário que, a despeito de sua reconhecida relevância, não apresenta liquidez suficiente para exame em rito de *habeas corpus*”, no HC n. 73.523/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Octavio Gallotti, de 26.03.1996; 3) No mesmo sentido: HC n. 71.340/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, de 17.05.1994; HC n. 74.408/SP, 2ª Turma, Rel. Min. José Néri da Silveira, de 12.11.1996.

No Superior Tribunal de Justiça, tem sido igualmente julgada imprópria a via do *habeas corpus*: “O *habeas corpus* constitui meio impróprio para o exame de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório – como a sustentada existência de grave erro judiciário, máxime quando ataca a atuação de policiais na condução do inquérito policial, pois que implica inafastável dilação probatória, incabível na via estreita do *habeas corpus*” (HC 26.865/SP, 6ª Turma, de 08.04.2003).

34. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 212.

35. Sobre as questões relacionadas à indenização por prisão preventiva, ver: GALLI BASUALDO, Martín. *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 179-212.

nização pelo Estado, e assim deve ser apreciada, independentemente do conteúdo da sentença³⁶.

Porém, o dano desse indevido decreto de prisão processual não se inclui no conceito de condenação por erro judiciário, pela simples razão de que condenação não há. A falta desse pressuposto impede a incidência do art. 5º, LXXV, deslocando a matéria para o princípio geral do art. 37, § 6º, com o reconhecimento do direito à indenização, independentemente de sentença revisional³⁷.

6. A função jurisdicional e a função judiciária. A função jurisdicional compreende o ato jurisdicional *stricto sensu*, praticado pelo juiz na sua atividade específica, consistente no julgamento de questões controvertidas³⁸, que “culmina com a prolação da sentença judicial”³⁹. A maioria da doutrina localiza essa função estrita na sentença de mérito, apta a ter a eficácia de coisa julgada, distinguindo-a da atividade jurisdicional em sentido amplo, exercida no processo, antes ou depois da sentença, no processo de conhecimento, no cautelar e no de execução, na jurisdição contenciosa ou na voluntária.

A função judiciária tem sido usada como termo genérico, que compreende, além dos atos jurisdicionais, todos os demais atos praticados pelo juiz e a atividade dos serviços judiciários, prestados pelo pessoal de cartório e auxiliares da justiça. Ato judiciário é uma designação genérica que “corresponde a todos os desempenhos do Poder Judiciário, específicos ou não, sem se indagar da natureza intrínseca, contenciosa ou voluntária, do desempenho”.

A Constituição, ao se referir ao “erro judiciário”, não o estendeu a todos os casos de atuação do juiz (atos judiciários), mas limitou-o ao caso de condenação, isto é, ao erro cometido no exercício da função jurisdicional em sentido estrito, porquanto a condenação exige uma sentença⁴⁰.

36. “Não basta, por outro lado, a ilegalidade da medida para qualquer preso preventivo ter direito a indenização; é necessário que haja manifesta contrariedade à lei” (PEREIRA, João Aveiro. *A responsabilidade civil por actos jurisdicionais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, p. 213).

37. 1) O Supremo Tribunal Federal exclui o decreto de prisão preventiva do âmbito do art. 5º, LXXV, e afasta a possibilidade da indenização, quando suficientemente fundamentado e obediente aos pressupostos que o autorizam, como se recolhe do voto do Min. Carlos Velloso, em acórdão assim ementado: “[...] II. Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com erro judiciário – CF, art. 5º, LXXV – mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido”. (AgRg no RE 429.518/SC, 2ª Turma, ac. de 05.10.2004).

2) Na doutrina, Cahali e Aguiar Dias incluem no conceito de “erro judiciário” o decreto de prisão preventiva injustificada: “Aliás, Aguiar Dias, [...] já observava que, ordinariamente, considera-se erro judiciário a sentença criminal de condenação injusta. Em sentido mais amplo, a definição alcança, também, a prisão preventiva injustificada. Com efeito, não há base para excluí-la do direito à reparação. Se há erro judiciário em virtude da sentença condenatória, haverá também em consequência da prisão preventiva ou detenção. Danos e tragédias decorrem, por igual, de uma e de outros. Onde existe a mesma razão, deve valer a mesma disposição” (CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 475).

3) O Superior Tribunal de Justiça tem decidido assim: “Assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido” (REsp 427.560/TO, 1ª Turma, ac. de 05.09.2002, Rel. Min. Luiz Fux).

4) O que se afirma no texto é que a indenizabilidade do dano decorrente da prisão preventiva abusiva tem por fundamento não o disposto no inciso LXXV, restrito à condenação, mas a cláusula do art. 37, § 6º. A tendência da doutrina em ampliar o conceito de erro judiciário decorre da oposição dos Tribunais à ideia de indenização por erro judiciário em geral, que seria superada com a inclusão da hipótese no conceito de erro judiciário. O esforço é justificável, mas desnecessário, porquanto o art. 37, § 6º, inclui também esse caso de responsabilização. Desnecessário e incompatível com o texto porque o erro da prisão preventiva, embora seja um erro judiciário, não decorre de sentença condenatória.

38. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 8, t. 1, p. 22-23.

39. CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, v. 2, p. 826.

40. Essa denominação tem sido criticada, pois na verdade o caso é de erro no exercício da função jurisdicional, sentido estrito, e não da função judiciária. M.C. Lacerda adjectiva o erro de “judicial” (LACERDA, M. C. *Erro judicial: dever constitucional do Estado de indenizar*. Campo Grande: OAB-MS, 2001, p. 52).

41. Vale ressaltar que o exercício da função jurisdicional, judiciária ou administrativa, que não tipifique condenação criminal errônea ou excesso de prisão pode ensejar a responsabilização do Estado, mas então nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República.

42. FRISON-ROCHE, Marie-Anne. L'erreur du juge. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 4, p. 824, oct./déc. 2001.

Já os serviços penitenciários, localizados na órbita da Administração Pública centralizada, integrante do Poder Executivo, praticam atos administrativos e atuam como *longa manus* do juízo.

O enunciado no inciso LXXV do art. 5º da Constituição enseja a classificação das funções estatais em quatro planos: a) a atividade jurisdicional exercida pelo juiz na sentença de mérito que transita em julgado; b) a função jurisdicional exercida antes e depois da sentença, como o decreto de prisão preventiva e de reabilitação; c) a atividade judiciária do juiz e dos serviços judiciários, praticada pelos servidores e cartorários; d) atividade de órgãos da Administração Pública incumbidos dos serviços penitenciários.

A alínea *a* corresponde à primeira hipótese do art. 5º, LXXV – erro judiciário –, presente na sentença criminal com trânsito em julgado. O exercício das funções classificadas nas demais alíneas ensejará a incidência do inciso LXXV, segunda parte, quando a decisão ou a falta cartorária ou administrativa implicarem prisão com excesso do tempo fixado na sentença⁴¹.

7. O erro. O juiz, na sentença, procura alcançar a verdade, contentando-se com uma verdade substancialmente provisória, mas processualmente definitiva⁴². Essa verdade processual significa a sua incontestabilidade. Isto é, enquanto não for afastada a sentença, prevalece o que nela ficou decidido como sendo a verdade. Mas a sentença pode expressar uma inverdade, ou por defeito de representação atribuível ao juiz, na equivocada apreciação dos fatos, ou do direito, com ou sem culpa, dolo ou fraude, ou por outra causa que não possa ser imputável a ele, mas provocada por terceiro, pelo próprio réu, pela falha do serviço, pelo desconhecimento de elementos de prova depois descobertos, ou por insuficiência de conhecimentos científicos, posteriormente aperfeiçoa-

dos⁴³. Essa diversidade de situações justifica a classificação que se faz: “erro do juiz”, por equívoco pessoal na interpretação dos fatos e do direito que lhe são submetidos, e “erro do juízo”, que não pode ser imputável ao juiz, mas resultado desses outros fatores externos. Por isso se diz que o erro do juízo, sob a denominação de erro judiciário, pode “se produzir fora de qualquer falta do serviço público. É 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 surgir [...]”⁴⁴. Erro do juiz ou erro do juízo, ambos constituem “erro judiciário”, no sentido que lhe empresta a Constituição, e levam à mesma responsabilização, podendo estar presente em sentença criminal proferida em qualquer jurisdição ou instância.

Erro de fato corresponde à má percepção da realidade, enquanto erro de direito é a equivocada subsunção das normas jurídicas, caso em que o juiz deixa de aplicar a que incidiu, ou aplica a que não incidiu. “Cabe pontualizar que não é qualquer interpretação que dará lugar à reparação; se ela recai sobre uma matéria juridicamente opinável, não é factível extrair irregularidade alguma, como também se o juiz elege uma interpretação dentro do marco de possibilidades que a norma oferece [...]. Em suma, cabe atribuir erro judicial à decisão emitida em um processo que, objetivamente considerada, aparece contrária aos fatos provados na causa ou ao direito diretamente aplicável”⁴⁵.

O erro de que se trata é o *error in iudicando*, o erro no julgar, especificamente no julgamento final da causa, que se distingue do *error in procedendo*, erro no procedimento, praticado no desenvolvimento do processo.

8. Os pressupostos. A responsabilidade do Estado por erro da sentença ou excesso de prisão é de natureza patrimonial, extracontratual, e tem como requisitos: (I) ato lícito ou ilícito⁴⁶, comissivo ou omissivo⁴⁷, praticado pelo juiz, na sentença condenatória, ou por ele ou outros funcionários no excesso de prisão; (II) a falta do serviço, consistente no erro na sentença condenatória ou na execução da pena de prisão⁴⁸; (III) o dano, isto é, a diminuição do patrimônio jurídico do condenado, material ou imaterial (moral), dano esse que deve ser injusto, no sentido de

que a pessoa não estava obrigada a suportar a ofensa; (IV) a relação de causalidade entre a ação e o resultado.

A responsabilidade está fundada nos princípios que organizam o Estado de Direito, limitadores da ação repressiva do Estado contra o crime, que deve ser exercida sem ofensa à liberdade do indivíduo, à dignidade da pessoa humana e à igualdade⁴⁹. Não se perquire a existência de culpa ou dolo, bastando a comprovação da existência da sentença condenatória com trânsito em julgado e o nexo de causalidade entre esse fato e o resultado danoso. Mas não basta a ação estatal e o dano, é preciso que haja erro na sentença, ou abuso no tempo de prisão, o que significa dizer que é requisito para a responsabilização do Estado a existência de um serviço defeituoso.

A atribuição é objetiva: “El derecho a una indemnización por los daños causados por el error judicial o por el funcionamiento anormal de la administración de justicia queda desligado de la eventual culpa del causante”⁵⁰.

No caso de erro da sentença, o fato judicial (lícito ou ilícito), gerador da indenização, surge com a procedência da ação de revisão criminal, ou com o deferimento de *habeas corpus* com o mesmo efeito. O art. 621 do Código de Processo Penal enumera as hipóteses de procedência da ação de revisão⁵¹: “A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autoriza a diminuição especial da pena”.

O número I refere o “erro do juiz”; os números II e III descrevem “erros do juízo”, isto é, falsa representação provocada no juiz pela prova falsa ou pelo desconhecimento de provas ou circunstâncias, só posteriormente revelados. Todos se incluem no conceito de “erro judiciário” da alínea LXXV, do art. 5º, da Constituição. Ainda que fatores absolutamente alheios ao juiz e invencíveis ao tempo tenham levado ao equívoco da sentença, pelo dano dela decorrente responde o Estado⁵².

43. Frison-Roche distingue o erro do juiz (a má representação que ele teria feito da realidade) do erro judiciário, que pode ser apurado a partir de provas novas, não conhecidas ao tempo da sentença, ou de dados científicos descobertos posteriormente. FRISON-ROCHE, Marie-Anne. L'erreur du juge. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 4, p. 826-827, oct./déc. 2001.

44. DUEZ, Paul. *La responsabilité de la puissance publique*: en dehors du contrat. Paris: Dalloz, 1927, p. 143, nota.

45. GHERSI, Carlos Alberto. *Responsabilidad de los jueces y juzgamiento de funcionarios*. Buenos Aires: Astrea, 2003, p. 76-77.

46. O ato estatal pode ser lícito e dele resultar a responsabilidade do Estado. É a lição do Prof. Canotilho: “A reparação dos erros judiciários configura-se, a nosso ver, como uma responsabilidade por atos lícitos” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, [1972?], p. 211). Essa é a situação da maioria dos casos, mas, quando o juiz, no exercício da função jurisdicional, ou o funcionário, no desempenho da função judiciária, agirem com dolo ou fraude, o ato é ilícito, e a responsabilidade assume essa natureza. Do ponto de vista prático, a distinção não tem relevância, porque os efeitos são os mesmos, quanto à indenização.

47. A omissão é hipótese presente na prisão excessiva, quando a falta de providência é causadora do abuso no tempo da prisão.

48. “Este é o fator de atribuição objetivo” (GALLI BASUALDO, Martín. *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 75).

49. “Daí por que parece-me que a responsabilidade do Estado tem como fundamento jurídico o regime político eleito pelo sistema” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 86, n. 311, p. 7, jul./set. 1990).

50. ACOSTA GALLO, Pablo. *La responsabilidad del Estado-Juez: error judicial y funcionamiento anormal de la administración de justicia*. Madrid: Montecorvo, 2005, p. 105.

51. “Mesmo que a absolvição seja por falta de provas (art. 386, VI, do CPP) subsiste o dano causado, devendo, pois, ser ressarcido ou compensado de tal evento” (AgRg no AI 415.834/RJ, 1ª Turma, ac. de 06.06.2002, Rel. Min. Garcia Vieira).

52. O tema foi recentemente submetido ao Supremo Tribunal Federal, que admitiu a responsabilidade da União depois da procedência da ação de revisão, com voto vencido do Min. Ricardo Lewandowski, que enumerou as três hipóteses do art. 621 do CPP e se fixou no enunciado pelo número III, para assim

9. Excludentes. Não é aceitável a teoria do risco integral, podendo ser excluída a responsabilidade em certos casos.

O § 2º do art. 630 do Código de Processo Penal reza que não será devida a indenização: “a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder; b) se a acusação houver sido meramente privada”.

A regra da alínea *b* é unanimemente rejeitada, pois não há diferença, para a definição do erro judiciário e do dano ao indivíduo, que o processo penal tenha sido de iniciativa da vítima ou do Ministério Público.

A alínea *a* exclui a responsabilidade, porque a causa do erro não está na ação do Estado, mas na conduta do próprio condenado. As hipóteses de confissão ou ocultação de provas são meramente exemplificativas, uma vez que de muitos modos pode o réu provocar o erro da sentença, como a apresentação de documentos falsos, a indicação de testemunhas corrompidas, etc. No Supremo Tribunal, foi julgado recurso que versava sobre o seguinte caso: “O Promotor denunciou um certo Sebastião Silva, que não era o ora paciente. Mas este não apelou, concorrendo, assim, para que se mantivesse o erro. Não tem, pois, direito à indenização”⁵³. A doutrina questiona a referência à confissão, uma vez que, segundo as regras sobre a prova, ela, só por si, não pode sustentar a condenação. Na verdade, isso é assim, mas também não deixa de ser verdade que a confissão do réu, somada a outras provas diretas ou indiciárias, é forte elemento de convicção, além de a própria lei penal qualificar a confissão espontânea como uma atenuante, daí por que a confissão falsa justifica a exclusão da responsabilidade indenizatória.

10. O excesso do tempo de prisão fixado na sentença. O excesso de prisão pode resultar de ato comissivo, praticado pelo juiz, que expede ordem de prisão por tempo superior ao determinado na sentença, ou por qualquer funcionário dos serviços carcerários da Justiça ou dos serviços administrativos penitenciários, que alteram o tempo de prisão nos registros ou nos mandados. Pode também ser provocado pela omissão em expedir mandado de soltura ao término do prazo prisional.

É uma espécie de mau funcionamento ou funcionamento anormal do serviço judiciário e do serviço auxiliar penitenciário. Se houver excesso de prisão ordenado na sentença, é sinal de que o serviço não funcionou, funcionou mal ou funcionou tardiamente no acompanhamento da execução da sentença condenatória de pena privativa da liberdade. O mau funcionamento do serviço pode resultar da culpa de seu agente, determinado e individualizado, ou da culpa anônima, simples falta do serviço.

Manter alguém preso além do tempo, por falha no serviço judiciário ou administrativo, é o caso mais flagrante do mau funcionamento do serviço, pela gravidade do dano e pela facilidade

de se evitar o excesso, diante dos recursos que a informática hoje disponibiliza.

O Estado é o garante da integridade do preso, inclusive do seu direito à liberdade, ao termo da sua prisão. Por isso, a simples omissão satisfaz o requisito da responsabilidade, que se completa com a verificação material do excesso do prazo.

Não se exige aqui que a sentença em execução seja condenatória criminal. Nos casos em que se admite a prisão civil (art. 5º, inciso LXVII, CF, prisão do alimentante inadimplente e do depositário infiel), o excesso de tempo no cumprimento dessa prisão também gera a obrigação de indenização do dano.

Em um caso é possível excluir a responsabilidade. Quando o erro da execução da pena decorre da conduta do próprio condenando, que se apresenta com mais de uma identidade ou usa nomes diversos, criando com o seu comportamento dificuldade invencível para a administração penal verificar o cumprimento das penas impostas à mesma pessoa, com diversas identidades falsas.

Se o excesso está na manutenção de um regime prisional mais gravoso, deve ser admitida aí a hipótese de incidência do inciso LXXV, se implicou maior tempo de privação da liberdade.

A sentença poderá ter condenado o réu a pena não privativa da liberdade, e sua execução em excesso não pode ser objeto de aplicação do art. 5º, LXXV, da Constituição, que apenas se refere à prisão, isto é, à medida privativa da liberdade, e não à meramente restritiva.

O art. 41, inciso XVI, da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11.07.1984), com a redação dada pela Lei n. 10.713, de 13.08.2003, inclui entre os direitos do preso a expedição de “atestado de pena a cumprir, sob pena de responsabilidade da autoridade judiciária competente”. A falta da prática desse ato poderá determinar a responsabilização patrimonial do Estado, se dela decorrer excesso de tempo no cumprimento da pena. A responsabilidade prevista na lei especial é de natureza funcional.

11. Indenização. A indenização deve cobrir o dano em toda a sua extensão, na esteira do art. 944 do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Compreende o dano patrimonial e o extrapatrimonial, que a Constituição denomina dano moral (art. 5º, V e X, da Constituição), o dano emergente, que o réu sofreu de modo direto e imediato, e o lucro cessante. O juiz deve ter em vista não a gravidade da ação causadora do dano, e a partir dela avaliar o quantitativo da indenização, mas ponderar as consequências danosas sofridas pelo cidadão, e com base nesses elementos definir a reparação devida.

O dano moral independe de prova, pois decorre da condenação ou do excesso de prisão⁵⁴.

concluir: “Será que nessa hipótese nós poderemos generalizar? [...] Essa terceira hipótese, claramente, a meu juízo, ou pelo menos numa primeira reflexão, não acarretaria a responsabilidade objetiva do Estado” (RE 505.393/PE, 1ª Turma, ac. de 26.06.2007, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, por maioria, com voto majoritário da Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha).

53. Recurso Extraordinário Criminal n. 35.603/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, de 27.08.1957, assim ementado: “Não tem direito à indenização quem concorreu para que se mantivesse o erro judiciário”.

54. STJ, REsp 427.560/TO, 1ª Turma, ac. de 05.09.2002, rel. Min. Luiz Fux. REsp 445.666/MG, 1ª Turma, ac. de 13.04.2004, Rel. Min. Teori Albino Zavascki.

12. Ação regressiva. O Estado tem o direito de propor a ação regressiva contra o juiz causador do dano, desde que este tenha agido com dolo, fraude (art. 133, I, do CPC), ou culpa grave, por negligência manifesta (art. 133, II, do CPC, e art. 56, I, da LOMAN) ou inaptidão (art. 56, III, da LOMAN), e nos casos previstos nos arts. 43 e 1.744 Código Civil.

Réu na ação de indenização promovida pelo lesado, pode o Estado denunciar a lide ao juiz que praticou o ato, a fim de obter nesse mesmo processo sentença sobre o seu direito de regresso (art. 70, III, do CPC). A jurisprudência predominante tem recusado ao Estado o direito de denunciar a lide ao servidor culpado, sob o argumento de que se estaria embutindo, em ação na qual se discute a responsabilidade objetiva, o tema subjetivo da culpa, matéria estranha à relação jurídica sobre que versa a ação⁵⁵. É a melhor corrente.

13. Competência. A competência para o processo e julgamento da demanda contra o Estado, em sendo caso de erro judiciário, é do Tribunal competente para a ação de revisão. Se o condenado não requereu ou o Tribunal não se manifestou sobre a indenização, ou para a indenização por excesso de tempo de prisão, cabe deduzir o pedido em ação civil autônoma, então perante o juiz competente para julgar as ações contra a Fazenda Pública⁵⁶.

E - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACOSTA GALLO, Pablo. *La responsabilidad del Estado-Juez: error judicial y funcionamiento anormal de la administración de justicia*. Madrid: Montecorvo, 2005.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 20, n. 59, p. 5-48, nov. 1993.

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ALMAGRO NOSETE, José. *Responsabilidad judicial*. Córdoba: El Almendro, 1983.

ARAÚJO, Edmir Netto de. O Estado Juiz e sua responsabilidade. *BDA: boletim de direito administrativo*, São Paulo, v. 2, p. 20-27, jan. 1986.

_____. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

ARDANT, Philippe. *La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle*. Paris: LGDJ, 1956.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1959.

BRASIL. Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1800-1850/D737.htm>.

BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>.

BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/_quadro.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Agravo de Instrumento n. 415.83-RJ*. Agravante: Estado do Rio de Janeiro. Agravado: José de Souza Alves. Relator: Ministro Garcia Vieira. Brasília, DF, 6 de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência n. 4876-9-DF*. Suscitante: Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal. Suscitado: Juízo Federal da 1ª Vara-DF. Relator Ministro: Peçanha Martins. Brasília, DF, 15 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 26.865-SP*. Impetrante: Amílton Antônio Rodrigues Novais. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Paulo Medina. Brasília, DF, 8 de abril de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 149.990-CE*. Recorrente: Getúlio Tarcizo Pereira. Recorrido: Ministério Público do Estado do Ceará. Relator: Ministro Cid Flaquer Scartezzini. Brasília, DF, 24 de março de 1998. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 176.652-DF*. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Marcelo Jose dos Santos. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, DF, 22 de setembro de 1998. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 427.560-TO*. Recorrente: Estado do Tocantins. Recorrido: Antônio Pereira Batista. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 5 de setembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 445.666-MG*. Recorrente: Estado de Minas Gerais. Recorrido: Eurípedes Lopes Magalhães. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 13 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

55. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade civil do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 24, n. 93, p. 245, out./dez. 1988. "A denúncia não causaria, ao que penso, prejuízo ao direito do autor da demanda [...]. O STF, entretanto, não tem entendido da mesma forma".

56. No CCComp 4.876/DF, o STJ atribuiu à Justiça Federal a competência para processar e julgar o pedido de indenização por erro judiciário cometido no âmbito da Justiça do Distrito Federal: "Sendo a Justiça do DF pertencente ao PJ da União, a competência para julgar ação proposta por seus funcionários contra a União é do Juiz Federal, inclusive quanto à responsabilidade do alegado erro judiciário" (1ª Seção, de 15.06.1993, Rel. Min. Peçanha Martins).

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AG. REG. no Recurso Extraordinário n. 429.518-1- SC*. Agravante: Eduardo Francisco dos Santos. Agravado: Estado de Santa Catarina. Relator: Carlos Velloso. Brasília, DF, 5 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 73.523-1-SP*. Paciente: José Edesio da Silva. Impetrante: Cid Ferreira Paulo. Relator: Ministro Octavio Gallotti, Brasília, DF, 26 de março de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 32.431-SP*. Relator: Ministro Nelson Hungria. Brasília, DF, 13 maio de 1953. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 35.500-SP*. Recorrente: Antônio Joaquim Gomes e outros. Recorrida: Fazenda do Estado. Relator: A. Vilas Boas. Brasília, DF, 9 de dezembro de 1958. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 70.121-MG*. Recorrente: Júlio Batista da Silva. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Aliomar Baleeiro. Brasília, DF, 13 de outubro de 1971. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 219.117-4-PR*. Recorrente: Estado do Paraná. Recorrido: Maria de Lourdes Dalri. Relator Ilmar Galvão. Brasília, DF, 3 de agosto de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 505.393-8PE*. Recorrente: União. Recorrido: Waldecy Fernandes Pinto. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 26 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário Criminal n. 35.603-SP*. Recorrente: Edson Wanderley. Recorrida: A Justiça Pública. Relator: Ministro Hahnemann Guimarães. Rio de Janeiro, 27 de agosto de 1957. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.
- BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes de. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, [1972?].
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis*. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- CARLIN, Volnei Ivo. A responsabilidade civil do Estado resultante do exercício das funções jurisdicionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 71, n. 557, p. 15-26, mar. 1982.
- CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsó, 1957.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CHILE. Constituição (1980). *Constitución Política de la República del Chile*. Disponível em: <<http://www.senado.cl>>. Acesso em: 11 mar. 2008.
- CIRILLO, Gianpiero Paolo; SORRENTINO, Federico. *La responsabilità del giudice: legge 177/1988*. Napoli: Jovene, 1988.
- COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. Da responsabilidade do Estado por atos do juiz em face da Constituição de 1988. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 55, p. 76-103, jul. 1992.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. v. 2.
- _____. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 99, p. 13-32, jan./mar. 1970.
- DELGADO, José Augusto. Poderes, deveres e responsabilidade do juiz. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 84, n. 301, p. 335-346, jan./mar. 1988.
- _____. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 147-156, out./dez. 1985.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 2.
- DIAS, Nélia Daniel. *A responsabilidade civil do juiz*. 2. ed. Lisboa: DisLivro, 2005.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. Appunti sulla responsabilità dello Stato in Spagna: il c. d. funzionamento anormale dell'amministrazione della giustizia. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 44, n. 1/2, p. 581-599, 1990.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DIREITOS HUMANOS: instrumentos internacionais: documentos diversos. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 1997.
- DUEZ, Paul. *La responsabilité de la puissance publique: en dehors du contrat*. Paris: Dalloz, 1927.
- ESPAÑA. Constitución (1978). *Constitución Española*. Disponível em: <<http://www.consuladoespanhasp.org.br>>. Acesso em: 11 mar. 2008.
- FALCÃO, Alcino Pinto. Responsabilidade patrimonial das pessoas jurídicas de direito público. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 11, p. 45, jan./mar. 1948.
- FIGURELLI, Adelaide Notarbartollo. La responsabilità disciplinare del giudice: il dibattito più recente e la prospettiva di soluzioni nuove. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p. 260-278, 1982.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne. L'erreur du juge. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 4, p. 824, oct./déc. 2001.
- GALLI BASUALDO, Martín. *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1986.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Responsabilidad de los jueces y juzgamiento de funcionarios*. Buenos Aires: Astrea, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A responsabilidade do juiz brasileiro. In: *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982.

- ITÁLIA. Costituzione (1948). *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<http://www.senato.it/istituzione>>. Acesso em: 11 mar. 2008.
- JAPAN. Constitution (1947). *Constitution of Japan*. Disponível em: <<http://www.pt.emb-japan.go.jp>>. Acesso em: 11 mar. 2008.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 8, t. 1.
- LACERDA, M. C. *Erro judicial: dever constitucional do Estado de indenizar*. Campo Grande: OAB-MS, 2001.
- LAUBADÈRE, André. *Traité de droit administratif*. Paris: LDGJ, 1990.
- LESSA, Pedro. *Do poder judiciário: direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: F. Alves, 1915.
- LÉVY, Denis. *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents en Angleterre*. Paris: LGDJ, 1957.
- LOMBARD, Martine. La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet 1972. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, n. 3, p. 585-634, maio/jun. 1975.
- MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, [19--]. v. 1.
- MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. *História do direito nacional*. Rio de Janeiro: Typographia da Empresa Democrática, 1895.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. v. 3.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Apostamentos sobre agentes e órgãos públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- _____. Responsabilidade patrimonial do Estado por atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 132, p. 41-56, abr./jun. 1978.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge (Dir.). *Responsabilidad civil: teoría general, presupuestos, responsabilidades específicas*. Buenos Aires: Hammurabi, 1992.
- NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil: crônica dos tempos coloniais*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça, 1975.
- NUNES, José de Castro. *Da Fazenda Pública em juízo: Tribunal Federal de Recursos, juízo dos feitos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950.
- PARELLADA, Carlos Alberto. *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional*. Buenos Aires: Astrea, 1990.
- PEREIRA, João Aveiro. *A responsabilidade civil por actos jurisdicionais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.
- PERU. Constitución (1993). *Constitución Política del Peru*. Disponível em: <<http://www2.congreso.gob.pe>>. Acesso em: 11 mar. 2008.
- PICARDI, Nicola. Problemi attuali della responsabilità del giudice. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 33, n. 4, p. 1485-1505, dic. 1979.
- PINTO, Nelson Luiz Guedes Ferreira. A responsabilidade civil do Estado por atos judiciais. In: *Cadernos [da] pós-graduação: direito civil comparado II: estudos sobre a responsabilidade civil*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG 1977.
- _____. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 5.
- PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade do Estado pelos atos dos seus juizes. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 71, n. 563, p. 9-14, set. 1982.
- PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.portugal.gov.pt>>. Acesso em: 11 mar. 2008.
- REBOLLO, Luis Martín. *Jueces y responsabilidad del Estado: el artículo 121 de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- RIGHETTI, Enrico. La responsabilità civile del giudice nel diritto francese. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 46, n. 1, p. 178-224, genn./mar. 1991.
- RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 13. ed. Paris: Dalloz, 1990.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 86, n. 311, p. 3-25, jul./set. 1990.
- SALAZAR, Alcino de Paula. *Responsabilidade do poder público por atos judiciais*. Rio de Janeiro: Canton & Reile, 1941.
- SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. 1.
- SÉ, João Sento. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.
- SILVA, Clóvis do Couto e. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*. [S.l.: s.n.], 1988. Datilografado.
- _____. Le droit civil brésilien: aperçu historique et perspectives. In: *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*. [S.l.: s.n.], 1988. Datilografado.
- SILVA, Juary C. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 53, n. 351, p. 19-50, jan. 1965.
- SILVA FILHO, Artur Marques da. Juizes irresponsáveis?: uma indagação sempre presente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 674, p. 70-80, dez. 1991.
- SOUZA, José Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 652, p. 29-49, maio 1978.
- STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: L. Rodstein, 1947.
- SUANNES, Adauto. A responsabilidade do juiz pelo erro judiciário. *Cadernos de Advocacia Criminal*, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 124-130, dez. 1988.

Má prestação judicial e indenização correspondente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, p. 62-69, dez. 1992. Número especial.

TAWIL, Guido Santiago. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

TROCKER, Nicolò. La responsabilita del giudice. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p. 1283-1322, 1982.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Problemas e soluções na prestação da justiça. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 664, p. 215-235, fev. 1991.

Art. 5º, LXXVI – são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

a) o registro civil de nascimento;

b) a certidão de óbito;

LXXVII – são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania;

1. Introdução

O direito constitucional brasileiro anterior não contava com previsões similares àquelas constantes dos incisos LXXVI e LXXVII do art. 5º, CRFB. Trata-se de inovação do direito constitucional vigente. No plano internacional, não existem igualmente normas jurídicas dessa mesma ordem, nada obstante o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, já tenha previsto que os seus signatários têm o dever de assegurar a “homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos” (art. 3º)¹, o que obviamente passa pelo registro civil de nascimento da pessoa e pelos atos necessários ao exercício da cidadania.

2. Âmbito de proteção

O art. 5º, incisos LXXVI e LXXVII, CRFB, declara que são gratuitas, para quem quer que seja, a impetração de *habeas corpus* (art. 5º, inciso LXVIII, CRFB) e de *habeas data* (art. 5º, inciso LXXII, CRFB), e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania. Aos reconhecidamente pobres, na forma da lei, são gratuitos o registro civil de nascimento e a certidão de óbito, bem como as certidões que atestam tais atos.

1. Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 289.

2. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 384.

Responsabilidade civil do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 24, n. 96, p. 233-253, out./dez. 1988.

VINCENT, Jean et al. *La justice et ses institutions*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1991.

WALKER, Ronald Jack; WALKER, Michael George. *The english legal system*. 5. ed. London: Butterworths, 1980.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A responsabilidade civil do Estado decorrente dos atos jurisdicionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 77, n. 633, p. 34-42, jul. 1988.

Luiz Guilherme Marinoni

Daniel Mitidiero

3. Funções

Os incisos LXXVI e LXXVII do art. 5º, CRFB, têm nítida função de prestação social – outorgam “direito do particular de obter algo através do Estado”².

4. Titulares

Toda e qualquer pessoa tem direito à gratuidade do *habeas corpus*, do *habeas data* e dos atos necessários ao exercício da cidadania. Toda e qualquer pessoa reconhecidamente pobre tem direito à gratuidade do registro civil de nascimento e da certidão de óbito.

5. Destinatários

O legislador infraconstitucional é o primeiro destinatário dos direitos fundamentais postos nos incisos LXXVI e LXXVII do art. 5º, CRFB. Daí a razão pela qual editou as Leis ns. 7.844, de 1989, 10.215, de 2001, que alteraram a Lei n. 6.015, de 1973, e 9.265, de 1996. Também o administrador público e a administração da justiça estão vinculados à força normativa dos direitos fundamentais precitados, na medida em que devem observar a gratuidade constitucional.

J. J. Gomes Canotilho
Gilmar Ferreira Mendes
Ingo Wolfgang Sarlet
Lenio Luiz Streck

coordenação científica

Léo Ferreira Leency

coordenação executiva

comentários à

CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

1ª edição
2013

2ª tiragem
2014

Data de fechamento da edição: 2-10-2013

Divulgar? Acesso: www.editorasaraiva.com.br/direito

Manuseio neste livro: publicação em papel com acabamento em encadernação miúda. O livro não é vendido separado. A edição de 1984 do Cód.

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Procurador do Dis.



REFERÊNCIA:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Art. 5º, LXXV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. Coordenação executiva [de] Léo Ferreira Leony. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 493-506.