

10.2 Jurisprudência Comentada

INDENIZAÇÃO POR PRISÃO INJUSTA
ADAUTO ALONSO S. SUANNES

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - Risco administrativo - Atos do Poder Judiciário.

O princípio estatuído pelo § 6.º do art. 37 da Carta Política no tocante à atividade jurisdicional, sofre temperamento aditado da regra do art. 5.º, LXXV, que restringe a responsabilidade estatal aos casos de erro judiciário ou prisão ilegal. A prisão preventiva, regularmente decretada, tem respaldo constitucional - art. 5.º, LXI - e a superveniente absolvição do preso, fundada em insuficiência de provas, não fazendo coisa julgada no campo civil, não tem o condão de transmutá-la em ato ilegal, capaz de respaldar pretensão indenizatória. O dever do Estado, de manter a tranqüilidade e a ordem públicas, não se compratece com a leniência no trato com delinquentes.

ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível 5.428/96, em que são apelantes - 1.º) Estado do Rio de Janeiro e 2.º) Luiz Carlos dos Santos Cruz. Acordam os Desembargadores da 9.ª Câmara Cível do TJRJ, por unanimidade em prover o primeiro apelo, para julgar improcedente o pedido indenizatório, prejudicado o segundo recurso.

Relatório (f.).

A sentença hostilizada que, forte no princípio do risco administrativo, consagrado pelo texto constitucional - § 6.º do art. 37 da Lei Maior - acolheu a pretensão indenizatória, esta a merecer reforma, posto que tal princípio não guarda adequação à hipótese dos autos.

De efeito foi o autor, ora apelado, submetido à custódia provisória, em decorrência de prisão preventiva contra ele decretada pelo Juízo de

Direito da 27.ª Vara Criminal da Comarca da Capital, nos autos de ação penal em que, juntamente com outros cinquenta indivíduos, foi denunciado como incurso no art. 14 da Lei 6.368/76. Na prisão permaneceu o recorrido por mais de quatro meses - de 14.06.1993 a 05.11.1993 - sendo solto em decorrência da sentença absolutória, lavrada com base no art. 386, VI do Código de Processo Penal, por ter o Juiz sentenciante entendido que, em relação a ele, a prova era "dúvidosa" (sic - f.).

Como é de comum conhecimento, a sentença criminal absolutória só produz efeitos civis quando afirmativa da inexistência do fato ou da autoria. A simples fragilidade da prova penal não significa que, no campo civil, padeça do mesmo mal.

O autor apelado foi denunciado em decorrência de longa investigação policial, retratada no extenso relatório adunado aos autos, a f., onde é apontado como integrante de quadrilha de traficantes de tóxicos, operando no Morro do Borel.

Diante dos indícios evidentes de autoria e da prova da materialidade delitiva, a prisão preventiva contra ele decretada se constituiu em ato regular da autoridade judiciária pro cessante, com respaldo constitucional - art. 5.º, LXI da Carta Republicana - , legalidade essa não maculada pela posterior absolvição do autor, fundada repita-se, em insuficiência de provas.

A teoria do risco administrativo, abraçada pela sentença objurgada, sofre temperamento quando o ato, pretensamente gerador da obrigação de indenizar, é oriundo de autoridade judiciária, no exercício regular do poder jurisdicional. É o que se extrai da regra do art. 5.º,

LXXV da Lei Maior, restritiva da responsabilidade estatal aos casos de erro judiciário ou prisão ilegal.

A autoridade judiciária, ao decretar a prisão preventiva do autor, fê-lo no estrito cumprimento dos seus deveres jurisdicionais, como já foi assinalado, face a prova indiciária suficiente da sua participação no nefando comércio de tóxicos. A posição perflorada pela sentença, adotando a chamada teoria do risco integral, não está a merecer aplausos, por se tratar de modalidade extrema do risco administrativo, conducente ao abuso e à iniquidade social. Nestes tempos de extrema violência, com a segurança pública comprometida pela atividade ressurcada de meliantes que, associados em

COMENTÁRIOS

O acórdão que se acaba de ler merece algumas considerações. De um lado, ele é bem sintomático de uma lamentável tendência que se vai notando no Judiciário brasileiro: temas de relevância são tratados simplesmente *en passant*, a pretexto de tratar-se de coisa sabida e res-sabida e, a par com isso, não poucas vezes suas soluções trazem, como fundamentação, não algum precedente jurisprudencial ou lição doutrinária, mas tão-só a autoridade de quem assinou tal decisão.

Digno de recordar aqui de Mário Guimarães, ele mesmo um magistrado exemplar: "A sentença não é (*veritas*: não deveria ser) ato de puro arbítrio. O juiz está adstrito a cânones jurídicos e a provas. Daí a necessidade de explicar as razões que o levaram a concluir desta ou daquela maneira".¹ E cita, nada obstante sua reconhecida autoridade, o magistrado de outro juiz, Eduardo Coutoure: *La motivación del fallo constituye un deber administrativo del magistrado. La ley se*

quadriplas, empreendem verdadeiras batalhas urbanas, na busca de supremaia guardadora de maiores lucros nas atividades criminosas, não se pode tolher a atividade repressora do Estado, cercamdo-se a facilidade conferida ao judiciário de recolher à prisão, mediante custódia provisória, indivíduos envolvidos nas práticas delitivas. Não é admistível sacrificar-se o princípio da legalidade, de cunho social incontestante, em favor do princípio do risco administrativo, no qual prepondera o interesse individual.

Nesta conformidade, agasalha-se o primeiro apelo, para os fins suso referidos, dando-se por prejudicado o segundo.

Rio de Janeiro, 27 de novembro de 1996 - Des. França, Pres. - Des. Carlos Motta, Relator.

Lo impone como una manera de fiscalizar su actividad intelectual frente al caso, a los efectos de poderse comprobar que su decision es un acto reflexivo, emanado de un estudio de las circunstancias particulares, y no un acto discrecional de su voluntad autoritaria?

Não fica ele aí. Vai buscar em Giasson a bela frase: *Il ne suffit pas que'ils en soient justes, il faut encore que'ils en donnent la preuve*. E arremata algo tão óbvio com a lição de Watlomot: *On a dit que la motivacion ne doit pas être, uniquement, considéré comme une marque de méfiance, imposée au magistrat par le législateur, mais comme un privilège, accordé au premier, de justifier sa sentence devant les justiciables*.²

Sidnei Beneti pondera: "Fala-se que a decisão realiza um silogismo perfeito cuja premissa maior é a lei e cuja premissa menor são os fatos, seguindo-se a

¹ Cf. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*, p. 189.

² *In Le Magistrat son Statut et as Fonction*, p. 282, apud Mário Guimarães, ob. e loc. citis.

³ Cf. *O Juiz e a Função Jurisdicional*, Forense, 1958, n. 207.

extração da conclusão, que é a decisão judicial. E assim realmente é. Mas muitas vezes a matéria não se exaure no exame da legislação, assim como, no sistema anglo-americano, a interpretação não estanca na análise dos precedentes".⁴ Longe está isso de ser uma tarefa mecânica "A formação da decisão, em si, é ato aninhado nas profundezas do sistema psíquico do juiz, cujas trilhas, nos casos realmente complexos, nem o próprio juiz possui meios de reconstituir". E esse amálgama de elementos não díspares que constituirá o fundamento da decisão. "O silogismo jurídico objetivo em verdade toma corpo para o juiz especialmente no momento da concretização da decisão no escrito, na motivação, com a qual obedece ao disposto na Constituição Federal e nos Códigos de Processo, textos que, em verdade, apenas explicitam a necessidade de fundamentação inerente à etimologia de qualquer julgamento".⁵

E por que isso? Porque, se "até os ditadores, nos regimes discricionários, sentem o imperativo de expor ao público as razões dos seus decretos, o que fazem, geralmente, antepondo-lhes *consideranda* justificativos",⁶ com maior razão isso há de ocorrer em um regime democrático, em que os atos judiciais, tanto quanto os administrativos, emanam de um agente do Estado que recebe seus proventos não só para decidir desta ou daquela maneira, mas, principalmente, para dizer os motivos pelos quais decide desta e não daquela maneira.⁷ E se ao prejudicar o fundamento da decisão,⁸ como fazê-lo sem os conhecer? Onde dizer o insigne

administrativista Gaston Jéze: *Cuando un agente público está obligado, según las leyes y reglamentos, a motivar su acto, debe hacerlo, bajo pena de nulidad del acto. La ausencia de motivos es entonces un vicio radical. Esta lacuna hace suponer que el motivo determinante no es un motivo de interesse público.*⁹

Além dessa suposição, há outra, igualmente relevante: "a fundamentação é que dá a prova de haver o juiz tomado conhecimento do processo. Ora, se não houve o estudo, ludibriou-se o princípio das duas instâncias, que assenta na validade de ser a causa examinada por juizes de hierarquias diferentes."¹⁰

Longe, muito longe vai o tempo em que se afirmava que *cessat in claris interpretatio*. O simples fato de afirmar-se ser o texto claro já sugere haver sido ele lido e entendido (*i.e.*, interpretado). Logo, aquela afirmação contém um contra-senso. Onde dizer outro ilustre magistrado: "o mal de argumentar somente com adágios redundava nisto: tornam-se a esmo, isolados do repertório em que regiam muitas vezes casos particulares, e, descuidadamente, generalizam disposição especial".¹¹ A lição dos doutos era, como não poderia deixar de ser, exatamente a inversa: *quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio eius*. "Embora claríssimo o edito do pretor, não se deve descuidar da respectiva interpretação", determinava a lição de Ulpiano.¹²

⁸⁸ Cf. art. 5.º, LV.

⁸⁹ *Principios Generales del Derecho Administrativo*, v. III, p. 232, apud Mario Guimarães, *op. et loc. cit.*

¹⁰⁰ Mario Guimarães, *op. et loc. cit.*

¹⁰¹ Cf. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 7.ª ed., Ed. Freitas Bastos, p. 52.

¹⁰² Carlos Maximiliano, *op. et loc. cit.*

⁴ Sidnei Agostinho Beneti, "Deontologia da Linguagem do Juiz", in *Curso de Deontologia da Magistratura*, Saravia, p. 116.

⁵ *Op. cit.*, p. 117.

⁶⁰ Mario Guimarães, *op. et loc. cit.*

⁷ Cf. Constituição Federal, art. 93, IX e X.

Assim também pondera Alípio Silveira, que tem por inaceitável aquela regra que dispõe no art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, pois, como dizia Ruggiero, "interpretar significa procurar o sentido e o valor da norma para medir a sua extensão precisa e avaliar a sua eficiência concreta sobre as relações jurídicas, não apenas no que respeita às normas legislativas obscuras e incertas, mas também no que respeita às normas de direito consuetudinário e às que são claras e não ambíguas".¹³

Afirma, de fato, o mestre italiano: "não é, pois, verdadeiro que a interpretação pressuponha a dificuldade de entender à primeira vista o sentido da lei e se deva excluir quando não exista tal dificuldade. Só aparentemente é que o processo de interpretação não tem lugar para os preceitos não obscuros; nesse caso, é menos evidente somente por ser mais rápido e quase instantâneo. Se a aplicação da norma implica um trabalho de inteligência para a solução ou adaptação do caso particular e concreto na figura do caso geral e abstrato formulado pelo legislador, é impossível tal aplicação sem prévia interpretação".¹⁴

Verdade que o primeiro autor citado atribui o prestígio do brocardo aos exauros a que estava levando tal lição, criando-se um trabalho exegeticó que por vezes delirava do texto interpretando, donde dizer causticamente Cujácio, a respeito de tais exegetas: *verbosi in re facili, in difficili mult, in angustia diffusi*.¹⁵

Hoje prevalece o entendimento (que se aplica antes e acima de tudo ao juiz)

¹⁰³ Cf. *Hermenêutica Jurídica*, 2.ª ed., Ed. Brasiliense, v. I, p. 130

¹⁰⁴ Apud Alípio Silveira, *ob. cit.*, p. 131.

¹⁰⁵ "Proibidos ao abordarem questões fáceis, mudos nas questões difíceis e dispersivos naquelas mais complexas" (cf. Carlos Maximiliano, *op. cit.*, p. 53).

de que *scire leges non est verba eorum tenere, sed vim ac potestatem*.¹⁶ Do hemeroteca se exige que não conheça apenas as palavras das leis, mas sua força e poder. "Os domínios da hermenêutica se não estendem só aos textos delituosos; jamais se limitam ao invólucro verbal: o objetivo daquela disciplina é descobrir o conteúdo da norma, o sentido e o alcance das expressões do Direito. Obscuras ou claras, deficientes ou perfeitas, ambíguas ou isentas de controvérsia, todas as frases jurídicas aparecem aos modernos como suscetíveis de interpretação".¹⁶ Feita, assim, a fundamentação justificadora de nossa intervenção, vejamos algumas passagens do Aresto em exame.

Inicialmente, dá ele como coisa inquestionável que "a sentença criminal absolutória só produz efeitos civis quando afirmativa da inexistência do fato ou da autoria". Trata-se de questão "de comum conhecimento", o que dispensa o ilustre relator de recordar que isso está dito tanto no art. 66 do Código de Processo Penal como no art. 1.525 do Código Civil, ambos esses diplomas vindos à luz há tantos lustros que a primeira questão que deveriam suscitar é se, em face das Constituições que vieram depois, ainda têm *vis ac potestas*. E não têm, como se demonstra a seguir.

A Constituição Federal, tanto no inc. XXXVI como no inc. LV do art. 5.º cuida do chamado *due process of law*. O prestígio da decisão transita em julgado decorre não tanto da autoridade que a lançou nos autos mas, acima de tudo, por haverem sido observados determinados princípios, sem os quais tal sentença seria de considerar-se nula, ou mesmo, no dizer de alguns, inexistente.¹⁷ Assim,

¹⁰⁶ Carlos Maximiliano, *op. cit.*, p. 54.

¹⁰⁷ Cf. Michele Taruffo, "La Motivazione della Sentenza Civile", citado por Theresa Arruda Alvim Pinto, in *Nulidades da Sentença*, Ed. RT, p. 154.

a regularidade do processo criminal (e, *a fortiori*, a produção de efeitos além do processo onde foi ela proferida, quando disso seja o caso), torna indispensável a presença de defensor que se desincumbam satisfatoriamente de seu mister,¹⁸ pressuposta a citação pessoal do acusado.¹⁹ Feita a citação pessoal e havendo o réu constituído defensor ou sendo-lhe nomeado um, prossegue a causa entre duas partes específicas: de um lado, o autor (na quase totalidade dos casos, o Ministério Público — que, recorde-se, atua em nome da sociedade e não como substituto processual da vítima); do outro, o acusado ou réu. Assim, por força de elementar princípio processual, tudo o que for decidido nesse processo atingirá única e exclusivamente as partes que estiveram a oportunidade de expor suas pretensões, buscar comprová-las e recorrer das decisões que lhes foram desfavoráveis.

É princípio antiquíssimo aquele segundo o qual a *res judicata* pode vir a fazer do branco preto e do redondo quadrado. Isso decorre do fato de, em vista da falibilidade humana, o processo, seja o civil, seja o criminal, não ter por escopo a busca da *verdade real*, mas tão-somente a obtenção de uma decisão definitiva, a partir da qual se terá uma *verdade processual*. E exatamente porque às partes se deu oportunidade de argumentar e comprovar, em uma sucessão dialética de atos, a coisa julgada, fruto da exaustão dos recursos, dirá respeito somente ao objeto contido no processo ("limite objetivo") e somente às partes que nele intervieram, naquilo que os autores chamam de "limite subjetivo".²⁰

Verdade que se vai notando uma discutível tendência a quebra desse princípio, em nome da necessidade de tratamento uniforme de interesses difusos.²¹ O melhor entendimento no caso referido é, porém, aquele segundo o qual a impossibilidade de se propor outra ação civil pública com o mesmo objeto e mesma causa de pedir. Qualquer interessado poderá, no entanto, com os mesmos fundamentos e com o mesmo propósito (certamente com melhor fundamentação) ingressar, individualmente, em Juízo para buscar obter o que fora negado ao autor da ação civil pública (não poucas vezes, o Ministério Público).²²

Ora, quando a lei diz caber à vítima acionar civilmente quem foi condenado criminalmente, pode-se entender que isso ocorre porque, por uma *factio juris*, se aceita que o Ministério Público, que sempre figurou na relação processual penal como representante da sociedade, apareça já agora também como substituto processual da parte, naquilo que os tratadistas chamam de *representatividade adequada*.²³ Assim, obtido o título executivo sentencial a favor do autor da ação penal (o Ministério Público, em tal momento encarado como substituto processual ou adequado representante da vítima do crime), pode o representado assumir pessoalmente seus interesses civis, até porque muito se discute sobre haver sido ou não recepcionado pela atual Constituição Federal o art. 68 do Código de Processo Penal.²⁴

(18) Cf. CF, art. 134.

(19) Cf. Código de Processo Penal, art. 366, com a redação dada pela Lei 9.271/96.

(20) Cf. Código de Processo Civil, arts. 468 e 472.

(21) Cf. Lei 7.347/85, art. 16 e art. 103 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), cujo § 4.º se refere expressamente à sentença penal condenatória.

(22) Cf. Ada Pellegrini Grinover, *Código de Defesa do Consumidor*, 4. ed., Forense Universitária, p. 574, *et seq.*

(23) Cf. Ada Pellegrini Grinover, *op. cit.*, p. 575.

(24) Cf. João Francisco Moreira Viagas, "O Ministério Público e a Ação Reparatória

Quando se tratar, porém, de decisão penal absolutória, mesmo que afirme a inexistência do fato ou negue a autoria atribuída ao acusado, é de todo em todo óbvio que tais verdades processuais somente podem referir-se a quem foi parte no feito. E, em tal caso, a vítima poderá afirmar, com carreadas de razão, que não conferiu ao Ministério Público procuração para representá-la na causa. Se não foi parte no processo, contra a vítima não se aplicam as limitações objetivas e subjetivas da *res judicata penalis*.

Verdade é que nossos civilistas não se debrucam mais profundamente sobre tal questão. Tanto Aguiar Dias²⁵ como Carlos Roberto Gonçalves²⁶ e Rui Stocco,²⁷ para citarmos um autor clássico e dois autores mais atuais, dão como certo, ainda que implicitamente, que *cessat in claris interpretatio*. Como, entretanto, em face das normas constitucionais, se haverá de sustentar que a absolvição do réu, no processo criminal, deva ser respeitada pela vítima, que, por não haver atuado no processo, não teve assegurada nem o princípio do contraditório nem o duplo grau de jurisdição? Trata-se aquela decisão, em relação ao ofendido ou seus dependentes, de autêntica *res inter alios acta*.

Justamente por isso, os processualistas distinguem entre duas situações muito diversas, embora lastreadas no mesmo fato: a coisa julgada material (restrita às partes) e a eficácia natural da sentença transitada em julgado (oponível a todos).

(25) de Damos", in RT 671/262. 1.º TAC/SP RT 719/162; TSP RT 653/113; STJ Rec. Esp. 57.092-1/MG, rel. Min. Costa Leite, julgado em 04.06.1996.

(26) José de Aguiar Dias, *Responsabilidade Civil*, 6. ed., Forense, p. 521.

(27) *Responsabilidade Civil*, 6. ed., Saraiva, p. 371, resumo.

(28) *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, 2. ed., Ed. RT, p. 97.

Assim, se alguém consegue obter, em um processo judicial, que seja anulada uma escritura e, portanto, alterada a matrícula no Registro Imobiliário, temos aí dois fatos distintos: de um lado, a coisa julgada material, que impede que aquele réu questione contra aquele autor o acerto ou desacerto da decisão (pressuposto o descabimento da ação rescisória); de outro lado, o fato natural do cancelamento daquela matrícula, o que, como todo os atos da vida, poderá ser questionado por qualquer pessoa que não tenha sido parte naquele feito, desde que demonstre seu interesse processual em fazê-lo. E nem necessita ele de valer-se de ação rescisória, pois esta se refere, em princípio, aos que haviam contido nas vias ordinárias.

"Se a declaração de falsidade não tivesse eficácia natural contra o terceiro estranho ao processo, este poderia impunemente utilizar o documento público ou privado reconhecido falso, contrariando a proibição, penalmente sancionada, contida no art. 489 do Código Penal italiano. A declaração tem, pois, eficácia plena e total; apenas, não é imutável com relação aos terceiros, juridicamente prejudicados, que podem opor-se a seus fundamentos", conclui Ada Pellegrini Grinover, em oportuno estudo sobre o tema.²⁸

É de todo evidente que tais considerações se aplicam aos chamados efeitos civis da condenação penal. "O caráter público do processo, civil ou penal que seja, justifica a distinção de Liebman: enquanto não for demonstrada sua contrariedade ao direito, a sentença deve ser reconhecida como válido exercício do poder jurisdicional e se reveste, portanto, de uma eficácia normal, *erga omnes*, como consequência direta da presunção

(29) Cf. "Eficácia e Autoridade da Sentença Penal", in *Revista do Processo*, v. 28, p. 34.

de legitimidade de que se reverse. Mas os direitos constitucionais de defesa, o princípio do contraditório, a bilateralidade da ação e da exceção fazem com que a imutabilidade da sentença somente possa valer *inter partes*. Eis aí a natureza da coisa julgada, enquanto qualidade da sentença e de seus efeitos²⁹, pondera a ilustre processualista de São Paulo.²⁹

Como se vê, aquela afirmação que se lê no V. Aresto merecia um pouco mais de mediação.

Quanto ao ponto fulcral da decisão em estudo, não podemos deixar de fazer uma digressão, que as circunstâncias justificam.

O povo norte-americano pode ser considerado um povo *espetacular*, na medida em que sua grande vocação dirige-se invariavelmente para o espetáculo pessoal. Andy Warhol sintetizou, melhor do que ninguém isso, ao afirmar o direito a cinco minutos de glória que cada um de nós buscava ter na vida. E os espetáculos teatrais e cinematográficos em que os norte-americanos conseguem transformar os fatos mais banais do cotidiano também nos mostram isso. Nem que seja necessário atropelar a História (o endeuamento de Evita Perón e de outros tantos heróis que jamais o foram estão aí para testemunhar isso), a máxima *the show must go on* preside o cotidiano dos norte-americanos e, por influência de sua avassaladora mídia, boa parte do globo terrestre.

Ilude-se, no entanto, quem imaginar que tudo isso decoreta de infantilismo daquele povo. Muito pelo contrário, há por trás de muitas dessas manifestações culturais claros propósitos de manipulação de corações e mentes em prol de ideologias. O veículo mais utilizado para canalizar isso (paralelamente aos *comics*, ou histórias em quadrinhos, como com-

prova o prestígio de Superman, nascido precisamente na época da grande crise econômica que antecedeu a II Guerra Mundial) é, sem sobra de dúvidas, o cinema, no qual, graças aos recursos tecnológicos (a empresa Magic Lights, do mago George Lucas, pai da simbiótica trilogia Guerra nas Estrelas, confessadamente inspirada na obra de Joseph Campbell³⁰ — que se notabilizou pelos estudos em torno da importância dos mitos e dos heróis míticos — torna viável a realização cinematográfica do mais delirante dos delírios, contribuindo, assim, para a criação de novos mitos em nossa sociedade), a fantasia vem a confundir-se com a realidade, sem que saiba muito onde termina o real e tem início o chamado mundo virtual.

E tudo isso seria apenas isso, não tivesse o cinema o poder mágico de reescrever a História, como denunciou recentemente um historiador norte-americano, censurando a levandade com que foram tratadas em filmes as vidas de Kennedy e Nixon, para citarmos figuras mais recentes. Voltássemos ao passado e muito haveria que escrever sobre os vilões impostos pelo cinema aos menos avisados (Silvester Stallone massacrando um loiro russo em uma de suas inúmeras encarnações de Rocky tem muito a ver com a queda do muro de Berlim e o esfacelamento da União Soviética, da mesma forma como seu Rambo era, aos olhos dos membros da geralmente acrítica *audience*, para os

⁽²⁹⁾ "Quando a máscara de Darth Vader é retirada, você vê um rosto informe, de alguém que não se desenvolveu como indivíduo humano", comenta o mitólogo em interessante e longa entrevista publicada sob o título "O Poder do Mito" (Editora Palas Athena, 1990). Aliás, o nome do vilão é uma corruptela de Dark Father.

nelfandos comunistas o mesmo que era John Wayne, ao ver dos mesmos espetadores, para os carniceiros sioux e apaches: o resgatador da lei e da ordem).

Um desses fazedores de mágica é o eternamente jovem Steven Spielberg. A ingenuidade de seu feíssimo E.T. (e seu desesperado bordão *phone home*, repetido à exaustão quando toma conhecimento da maldade dos terraqueos), à simpática criminalidade de seus Gremlins (figurinhas naturalmente boas, que, talvez por força dos efeitos do meio ambiente, se tornam capazes dos atos mais atrozes) e à pacífica visita de novos seres extraterrestres e sua mensagem de paz (Cocoon, Contatos Imediatos do 3.º Grau) seguiu-se, porém, um curioso MIB (*Men in Black*), não dirigido por ele, como os citados, mas por ele produzido, o que vem a dar na mesma.

Tal como o nome do simpático Jedai Bem Kenobi de Guerra das Estrelas, dirigido por seu amigo George Lucas, seria uma homenagem à maçomaria,³¹ será o nome do filme produzido por Spielberg uma homenagem (ou orientação?) à Magistratura?

Resumamos a aparente comédia: considerando que a Terra (isto é, os Estados Unidos) estão sendo invadidos por extraterrestres (isto é não-nascidos naquele país), cria-se um grupo de elite (os tais MIB), com poderes superiores (se isso for possível) aos dos membros da CIA e do FBI. Compete-lhes *fiscalizar* esses seres que, assumindo a forma humana, tanto podem ser benéficos à Humanidade (leia-se, Estados Unidos da América do Norte), trabalhando, por exemplo, na própria sede dos MIB (o número de pesquisadores estrangeiros arrematados pelos *brain hunters* e regularmente remunerados que trabalham naquele país é simplesmente incontável) como preju-

ditais a ela, traficando armas e/ou drogas proibidas (a Máfia não é composta de norte-americanos típicos, pois não?). Com pouco tempo de filme descobre-se que esses extraterrestres são, na verdade, eourmes baratas (ou, em castelhano, *cucarachas*, que é como são chamados nos EUA os americanos nascidos em terras situadas abaixo do rio Grande), que somente podem ser destruídos se um dos *black men* se infiltrar (literalmente, ser devorado pela barata) entre eles. E esses guardiães da sociedade contam com um elemento relevante para que sua atuação não seja exposta ao público: apagam da memória das pessoas todas as suas atividades, que se caracterizam essencialmente pela arbitrariedade.

E basta recordar o início do filme para verificar que não se trata de uma visão deturpada de uma obra cinematográfica sem pretensões. Nele, um grupo de mexicanos é detido pela polícia exatamente quando tentava ingressar (no meio deles havia, sem que soubessem, um extraterrestre) no território norte-americano.

Cômodo será ver nessa crítica pura manifestação paranoide. Mas se considerarmos que a ideologia da *law and order*³² (pura e simplesmente uma *refilmagem* da ideologia da segurança nacional, que tanto estrago fez na América Latina poucas décadas passadas³³) vem ganhando adeptos em nossa sociedade, seja na elaboração afanada de leis penais que julgam poder eliminar a criminalidade com a adoção de sanções cada vez mais rigorosas (sem que haja estabelecimentos penais adequados para o

⁽³²⁾ Cf. Alberto Zacharias Toron, "O Indevído Processo Legal, a Ideologia da *Law and Order* e a Falta de Cidadão do Réu Preso para o Interrogatório", in *RT* 685/277.

⁽³³⁾ Cf. Joseph Comblin, *Ideologia da Segurança Nacional*, 1. ed. *passim*, Duas Cidades.

⁽²⁹⁾ Ada Grinover, *op. cit.*, p. 17.

cumprimento da pena imposta), seja na postura de juízes que não se pejam de negar princípios constitucionais, como o da presunção de inocência, que é lido como se apenas significasse princípio da não-culpabilidade (criando-se arbitrariamente um *tertium genus*, tibiçado entre inocência e culpabilidade),³⁴ seja tratando o princípio que assegura o direito ao silêncio, lido como silenciosa administração de culpa,³⁵ ou minimizando seus efeitos processuais,³⁶ tudo parece ter

sentido. É sob tal ótica que se devem ler (i.e., interpretar) algumas afirmações constantes do Acórdão *supra*, cujas incongruências certamente passaram despercebidas aos demais membros da Câmara.

Eis a premissa: "nestes tempos de extrema violência, com a segurança pública comprometida pela atividade treilhoucada de meliantes que, associados em quadrilhas, empreendem verdadeiras batalhas urbanas, na busca de supremacia garantidora de maiores lucros nas atividades criminosas, não se pode toliher a atividade repressora do Estado, cercarando-se a faculdade conferida ao Judiciário de recolher à prisão, mediante custódia provisória, indivíduos envolvidos nas práticas delitivas". Nota-se claramente aí a referência à *segurança pública* (que poderia chamar-se segurança nacional, já que estamos diante de "verdadeiras batalhas urbanas") como justificativa para o cercamento da liberdade individual. E nota-se que se deve garantir ao Poder Judiciário recolher à prisão, não os suspeitos, mas "indivíduos envolvidos nas práticas delitivas". Ninguém jamais buscou tolher isso, nem mesmo em nome do respeito devido aos direitos humanos.

Uma coisa, porém, é alguém *estar* ou *ter estado* envolvido em práticas criminosas. Outra coisa é o Delegado de Polícia ou o Ministério Público convenecer o Juiz de que determinada pessoa *estaria* envolvida em prática criminal. Como se sabe, a verdade que antecede a sentença definitiva de mérito é sempre uma verdade processual provisória.

te - Direito de recorrer em liberdade pleiteado pelo condenado com base no princípio da presunção de inocência consagrado no inc. LVIII do art. 5.º da CF - Inadmissibilidade - Prisão provisória decorrente da determinação legal do art. 35 da Lei 6.368/76, presumida a periculosidade do agente" (STJ RT 657/342).

Logo, sendo o réu inocente por presunção constitucional e em face de norma internacional inscrita pelo Brasil, após longos lustros de reflexão, não tendo havido decisão condenatória, continua ele a ser inocente e os *indícios* de que estaria a participar da prática criminosa não mais subsistem.

Como pode, então, o Acórdão afirmar que o interessado *estive envolvido* em práticas delitivas se foi ele absolvido? Pouco importa que isso se tenha dado por insuficiência de provas, pois não pode mais haver, diante dos preceitos constitucionais, distinção entre réu absolutamente absolvido e réu restritamente desfrutar do estado de inocência, que somente seria destruído por uma sentença condenatória definitiva, que não houve. Também aqui tal tema não é pacífico nos Tribunais.³⁷

Para fugir à consequência lógica da absolvição (não é preciso esforço algum para concluir que o ato judicial implicou em evidentes prejuízos a alguém que teve cercado seu direito constitucional de ir e vir), busca o Aresto amparo em outro argumento, que não esconde um sofisma e que assim pode ser apresentado: a) premissa maior: a lei autoriza o Juiz a decretar a prisão de alguém quando haja prova da ocorrência do delito e indícios evidentes da autoria; b) premissa menor: havia indícios suficientes de autoria e prova do delito; c) logo, tratou-se de ato de legalidade indiscutível, incapaz de gerar direitos à indenização.

³⁷⁾ "Presunção de inocência - Art. 5.º, LVII, da CF - Consagração que não impoñou revogação do inc. VI do art. 386 do CPP, que prevê a absolvição do réu por insuficiência de prova para a condenação - Dispositivo que apenas impede que, antes de passar em julgamento a sentença condenatória, se aplique ao acusado quaisquer das consequências que a lei atribui como sanção punitiva" (TACrimSP RT 677/370).

Estamos, portanto, bem próximos de equipararmos os atos judiciais aos *acts of God*, que, nas apólices de seguro, desoneram a seguradora. Atribuir aos atos do juiz um tal alcance será, positivamente, um exagero.

A sentença colocara - e bem - que não se trata de discutir a culpa do agente do Estado. Tal discussão, como se sabe, tem relevância quando se trata de estabelecer a responsabilidade civil do agente, não quando se cuida da responsabilidade do Estado. Esta se rege, como consta da sentença, pelo risco administrativo, expressamente acolhido na Constituição Federal.³⁸ A melhor doutrina entende que tal princípio é o que melhor distribui entre todos os encargos decorrentes do mau funcionamento do serviço público.

Não se trata de advogar a adoção da teoria do risco integral, pela qual "a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima".³⁹ Basta, para bem solucionar casos como o presente, a teoria do risco administrativo pela qual "não se cogita de culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público".⁴⁰ Ressalte-se que se não exige que o ato seja *ilegal*, bastando seja *ilijusto*, que é coisa diversa, pois a prisão de alguém pode ser legal, porém injusta, como, sem a menor dúvida, será aquela de alguém que venha a ser, a final, absolvido da acusação que motivara tal prisão. Recorde-se que a lei processual penal nem exige a comprovação da ocor-

³⁴⁾ Eis o que diz a Convenção Americana dos Direitos Humanos, adotada, em 22.11.1969, na Conferência Especializada nos Direitos Humanos, realizada em San José da Costa Rica, porém já ratificada (com reservas) pelo nosso país em 25.09.1992, 23 anos depois: "Toda pessoa acusada de um delito *tem direito a que se presume sua inocência*, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa" (cf. Pacto de San José, art. 8.º, n. 2).

³⁵⁾ Cf. Ap. 1.001.23517, de Taquaritinga, julgado pelo TACrimSP, cuja ementa reza: "embora a opção pelo silêncio derive de previsão constitucional, ela não inviabiliza o convencimento judicial no sentido desfavorável ao réu, pois a reação normal do inocente é proclamar, com insistência e ênfase, a sua inocência e não reservar-se para prestar esclarecimentos apenas em juízo." Isso mereceu do jurista argentino Luiz Fernando Nifo o seguinte comentário: "ninguém brasileiro deveria dormir tranquilo à la luz de lo resuelto en Taquaritinga", in "Hay Juceses en Brasil?", *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, v. 16, p. 343 *et seq.*

³⁶⁾ Cf. "Princípio da Presunção de Inocência - Art. 5.º, LVII, da CF - Postulado constitucional que não se qualifica como obstáculo jurídico à imediata decretação de prisão do acusado" (STF RT 716/542); "Crime Hediondo - Liberdade provisória - Concessão vedada pela Lei 8.072/90 - Princípio da presunção de inocência, ademais, não é óbice ao recolhimento provisório - Inteligência da Súmula 9 do STJ" (TJSP RT 701/316); "Crime contra a Saúde Pública - Tráfico de entorpecen-

³⁸⁾ Cf. art. 37, § 6.º

³⁹⁾ Cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 22.ª ed., Malheiros, p. 563.

⁴⁰⁾ Lopes Meirelles, *op. cit. loc. cit.*

rência do crime e de indícios de autoria para que alguém seja preso temporariamente: basta que a autoridade policial represente ao juiz criminal declarando que tal prisão (quem quer que seja seu alvo!) seja "imprescindível para as investigações do inquérito policial" ou se o metro indiciado "não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade".⁴¹

A adoção da mencionada teoria representa aplicação de elemental princípio de equidade, pois "baseia-se ela no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do Erário, representado pela Fazenda Pública". E conclui com toda razão o ilustre administrador pátrio: "O risco e a solidariedade são, pois, os suportes desta doutrina que, por sua objetividade e paridade dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF de 1946".⁴²

Aliás, quando o Acórdão sustenta que atos praticados de acordo com a lei não podem gerar indenização, esquece-se do caso evidente das desapropriações. E que a doutrina não distingue a responsabilidade extrac contratual do Estado pela prática de atos lícitos ou ilícitos, como parece buscar fazer o V. Aresto. "No caso dos atos lícitos" — pondera D. Diógenes Gasparini, exemplificando com a construção de um calçadão que interessa à

coletividade, não obstante impeça a utilização de um prédio, construído e regularmente utilizado como garagem — o fundamento da responsabilidade do Estado é o princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargos a que estão sujeitos os administrados".⁴³

No que diz com a prisão cautelara, enquadra-se ela perfeitamente no escaninho em tela, pois "se o serviço ou a obra é de interesse público, mas, mesmo assim, causa dano a alguém, toda a comunidade deve responder por ele, e isso se consegue através da indenização. Para isso todos concorrem, inclusive o prejudicado, já que este, como os demais administrados, também paga tributos".⁴⁴

Admira que o Aresto sob comento desconheça o tema, que é hoje albergado em todos os Estados democráticos.⁴⁵ E nem se diga que os autores excluem da responsabilidade extrac contratual os atos praticados pelo Poder Judiciário. Longe vai o tempo em que isso era tranqüilo na doutrina e na jurisprudência, pois implica em uma visão imperial de uma atividade estatal como outra qualquer, embora com características peculiares.⁴⁶ Onde dizer Maria Emília Mendes Alcântara que nada justifica não seja responsabilizado, ao menos por danos morais, o Estado em caso de

prisão preventiva decretada contra quem afinal veio a ser absolvido.⁴⁷

Dizer que o art. 5º, LXXXV, da Constituição Federal constitui exceção a tal princípio é contrariar tudo o que se conhece sobre o tema (aliás, nenhum autor é citado pelo culto relator defendendo tal tese). Aquela inciso diz, com efeito, que "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença". Tal dispositivo se aplica ao caso ali julgado? Salta aos olhos que não, pois tal inciso não se refere à prisão processual que, portanto, deve ter disciplina em outro lugar da *Magna Charta*, que, como vimos, não só cogita da responsabilidade pelo cometimento de atos ilícitos, como também pelo cometimento de atos lícitos necessários que podem redundar em prejuízo a determinados administrados, como no caso da prisão cautelara.

Sem o dizer, a decisão colegiada aplicou — e mal — o princípio segundo o qual *inclusio unius exclusio alterius est* (referindo-se à condição do condenado, sem se referir ao que foi absolvido, quis o legislador constituinte deixar de fora da proteção este segundo). O latínório, porém, deveria ser outro: *condissimium est id accipi quo res de qua agitur magis valet quam perari*. Em vernáculo: *prezira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, em vez da que os reduza à inutilidade*.⁴⁸

Se o legislador constituinte quis cuidar da específica situação do condenado (como o demonstra quando fala em condenação injusta — erro judiciário — e retardar na expedição ou no cumprimento de alvará de soltura relativo ao cumprimento da pena imposta — preso além do tempo fixado na sentença), que motivos o levaria a cuidar da situação do absolvido?

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, até mesmo decisões de conteúdo menos dramático geram a responsabilidade do Estado, como, por exemplo, a não concessão de liminar nos casos em que seria cabível, fazendo perecer o direito, ou retardamento injustificado de decisão ou de despacho interlocutório, causando prejuízos à parte. "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 idéia de intangibilidade, inacessibilidade e infalibilidade do magistrado, não reconhecida aos demais agentes públicos, gerando o efeito oposto de liberar o Estado de responsabilidade pelos danos injustos causados àqueles que procuram o Poder Judiciário precisamente para que seja feita justiça".⁴⁹

Fiquemos, porém, com o argumento do V. Aresto: figure-se que o réu tenha estado preso provisoriamente durante a instigação do processo. Apelou em liberdade, vindo a ser condenado em Segunda Instância. Pergunta-se: uma vez recolhido ao cárcere, o tempo da prisão temporária será computado no tempo de execução da pena imposta? É a própria lei que dá a resposta, ao cuidar da detração penal.⁵⁰ Fiquemos então que tal réu tenha sido absolvido em sede revisional, afirmando-se, por hipótese, a ocorrência de erro judiciário. Indaga-se: o tempo a ser considerado para efeito da fixação da indenização será apenas aquele relativo ao encarceramento decorrente da sentença condenatória, ou também se levará em conta o tempo da prisão processual? Nada justifica que se faça a distinção, pois a lei não distingue. Logo, se a prisão provisória será indenizável em um caso, deverá necessariamente ser indenizada no outro, já que *ubi eadem ratio ibi idem jus*.

(41) Cf. Lei 7.960/89, art. 1º.

(42) Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, p. 562.

(43) Cf. *Direito Administrativo*, 4. ed., Saraiva, p. 587.

(44) *Id.*, *ib.*

(45) Cf. Jean Rivero, *Droit Administratif*, 3. ed., Ed. Dalloz, p. 254, *apud* Celso Antonio Bandeira de Melo, *Curso de Direito Administrativo*, 9. ed., Malheiros, p. 608.

(46) Cf. Adauto Suannes, "Má Prestação Judicial e Indenização Correspondente", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número de lançamento, p. 62 *et seq.*; Artur Marques da Silva Filho, "Jurtes Irresponsáveis?", in *RT 674/70 et seq.*

(47) Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 8. ed., Atlas, p. 419.

(48) Cf. Carlos Maximiliano, *op. cit.*, p. 310.

(49) *Op. et loc. cit.*

(50) Cf. Código Penal, art. 42.

Como se vê, a questão não era tão singela assim, sendo oportuno recordar que um texto de lei não pode ser lido sem consideração da totalidade do corpo onde está inserido. "Não se encontra um princípio isolado em ciência alguma. Achase cada um em conexão íntima com outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituam elementos autônomos operando em campos diversos. Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo".⁵¹

O ilustre processualista e Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, embora por outros caminhos, chega ao mesmo resultado, pois dá como certo que o tempo da prisão processual, incluindo-se no tempo de cumprimento da pena, caso venha a ocorrer condenação, não pode ter tratamento autônomo, argumentando com o contido no aludido art. 5.º, LXXXV, da CF: "Ora, se a Constituição assegura a presunção de inocência e reconhece o direito de indenização ao réu que ficar preso além do tempo fixado na sentença, parece claro que o tempo de prisão provisória sempre deve merecer reparação: havendo uma sentença absolutória, o tempo de prisão cautelar será sempre maior do que o fixado na sentença".⁵² Logo, se houver absolvição, incide o dever de indenizar.

De fato, se quem propôs a ação indenizatória não teve contra si sentença condenatória (logo, não poderia ficar preso, além do prazo previsto em sentença — pois esta não houve — nem fora condenado por erro judiciário — simplesmente porque foi absolvido), qual o fundamento ético para dizer que sua situação deve permanecer fora do Direito, como se não tivesse ocorrido?

Imagine-se que alguém, por homonímia, seja preso indevidamente sob a acusação de ser depositário infiel. Rigorosamente a prisão decorreu de um ato legal, pois a lei autoriza o juiz a decretar tal tipo de prisão. O nome do preso coincide com o nome que constou da decisão e do mandado que a tomou cumprida. Alguém sustentará que, por se tratar de prisão legal não determinada em processo penal, tal pessoa não terá direito de ser indenizada, porque o inc. LXXV do art. 5.º da Constituição Federal se referiria apenas à prisão efetuada em decorrência de ação penal?

Em estímulo, eis os dois fundamentos da decisão sob comento: a lei autorizava a prisão de uma pessoa que o Estado vem a afirmar posteriormente ser inocente; sua prisão era necessária para preservar a ordem, pouco importando se se tratava de algum desocupado, de um pai de família ou de alguém que veio a perder o emprego em razão da prisão indevida. O que se verifica é que, em nome da lei e da ordem, um homem presumido inocente pela Constituição Federal e por Tratado Internacional subscrito pelo Brasil, que tem o direito de ter respeitada sua dignidade,⁵³ teve seu direito de ir e vir violado pelo Estado, o que seguramente lhe causou transtornos irreparáveis. Em nome de se tratar de decisão lastreada em preceito constitucional, lhe foi denegado o mínimo a que faria jus em uma sociedade democráti-

ca, ser indenizado pelo evidente dano moral (se não provado dano material) que isso lhe causou. É como se os MIB de Spielberg actionassem sua lanterna e apagassem da memória de todos o ato que haviam praticado.

O argumento em que se lastreia a improcedência da ação de indenização prova além do pretendido. De fato, como justificaremos o tão decantado poder do Estado de restringir os direitos individuais em proveito da coletividade? Será caso de legítima defesa? de Estado de necessidade?

Ocorre que, se considerarmos que a sociedade está a defender-se de uma agressão injusta, como é, de fato, a conduta criminosa, uma vez absolvido o acusado, segue-se que estávamos diante de uma legítima defesa putativa. Se se entender que o direito de quem é preso provisoriamente decorre na necessidade de instruir-se adequadamente o proces-

so, esse estado de necessidade também não justifica a isenção da indenização.

De fato, "embora a lei declare que o ato praticado em estado de necessidade não é ato ilícito, nem por isso quem o praticou se libere de reparar o prejuízo que causou", anota Carlos Roberto Gonçalves.⁵⁴ E assim tem entendido a jurisprudência.⁵⁵ Igualmente quando se tratar de legítima defesa putativa (se o réu foi absolvido, força é convir em que o Estado tomara a nuvem por Juno, detendo-se de quem, na realidade, não estava atacando a sociedade), dívidas não há de que a indenização é devida.⁵⁶

O que tudo nos demonstra que a reforma da sentença foi, a nosso sentir, absolutamente afronosa da necessária tutela dos direitos individuais, um dos quais o de ninguém ser molestado em seus afazeres normais da vida. Como todo direito, uma vez desrespeitado, fez surgir o dever de indenizar.

⁵¹ Carlos Maximiliano, ob. cit., p. 165.

⁵² Cf. Antonio Magalhães Gomes Filho, "Prisão Cautelar e o Princípio da Presunção de Inocência", in *Fascículos de Ciências Penais*, Sérgio Fabris editor, ano 5, v. 5, n. 1, p. 24.

⁵³ Cf. Constituição Federal, art. 1.º, inc. III.

⁵⁴ Ob. cit., p. 497.

⁵⁵ Cf. STF RTJ 81/542; TJSP RT 509/69.

⁵⁶ Cf. Carlos Roberto Gonçalves, ob. cit., p. 502; Rui Stocco, ob. cit., p. 102.