



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA
FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE ARARAQUARA/SP

Procedimento Comum nº 1008488-20.2017.8.26.0037

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (“TJSP”), na qualidade de *amicus curiae* (fls. 1.240), em atenção à r. decisão de fls. 1.646, vem, respeitosa e tempestivamente, nos autos da **Ação de compensação por danos morais em epígrafe**, nos termos do art. 1.010, parágrafo 1º do CPC, apresentar

CONTRARRAZÕES AO RECURSO DE APELAÇÃO

interposto às fls. 1.599/1.645 por **HORÁCIO BATISTA DOS SANTOS JUNIOR**.

Termos em que,

P. Deferimento.

São Paulo, 7 de março de 2019.

PILAR ALONSO LÓPEZ CID

Advogada do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

OAB/SP nº 342.389



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação nº 1008488-20.2017.8.26.0037

Apelante : Horácio Batista dos Santos Junior

Apelados : Fazenda Pública do Estado de São Paulo e outros

CONTRARRAZÕES A RECURSO DE APELAÇÃO

COLEDA TURMA,

ÍNCLITOS JULGADORES:

I – BREVE SÍNTESE

Por meio da presente ação, o Autor postula a reparação, pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo e pelo Juiz Dr. José Roberto Bernardi Liberal, dos danos morais sofridos em razão de suposto erro judiciário cometido por aquele magistrado na condução de seu processo de execução penal nº 302.329, em trâmite perante a Vara das Execuções Criminais de Araraquara.

Afirma que foi condenado a penas privativas de liberdade que totalizavam 14 anos, 03 meses e 2 dias de reclusão. Iniciou o cumprimento da reprimenda em 14.09.2000 em regime fechado e, em 30.11.2007, progrediu para o regime aberto, observadas as seguintes condições:

“I – permanecer no local em que lhe for designado durante o repouso noturno, das 20h às 06h e nos dias de folga;

II – não se ausentar da cidade onde reside sem autorização judicial e nem mudar de endereço, sem prévia comunicação;

III – comparecer em juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades”



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Porém, em 04.02.2014, foi preso em flagrante por suposta infração aos arts. 140 e 147 do Código Penal, c.c. Lei nº 11.340/06. Por não ter sido solvida a fiança fixada, foi encaminhado à Cadeia Pública de São Carlos e, posteriormente, ao Anexo de Detenção Provisória da Penitenciária de Araraquara. Sem qualquer chance de defesa e de ofício, o então Juiz da Execução Penal (Dr. José Roberto Liberal), em decisão prolatada em 07.02.2014, determinou a regressão cautelar do apenado para o regime fechado e designou audiência para o dia 02.04.2014 para sua oitiva (fls. 305/317).

Em 11.02.2014, o Juízo da Execução Penal recebeu informação da Penitenciária de Araraquara de que o sentenciado se encontrava em liberdade desde o dia 06.02.2014. Assim, em 18.02.2014, o Magistrado determinou a expedição de mandado de prisão contra o autor. Referido mandado foi cumprido em 29.03.2015, às 21h15, em patrulhamento da Força Tática. Foi marcada audiência para 03.06.2015. Por fim, em 03.02.2016, foi proferida decisão, determinando (a) a regressão em definitivo do sentenciado ao regime fechado; (b) a revogação de 1/3 dos dias remidos; e (c) a elaboração de novo cálculo da pena (fls. 423/434).

Rebate que: (i) foi colocado em liberdade provisória sem fiança no dia seguinte à sua prisão em flagrante (05.02.2014); (ii) o inquérito policial relativo aos supostos crimes previstos nos arts. 140 e 147 do Código Penal, c.c. Lei nº 11.340/06 foi arquivado, a pedido do próprio Ministério Público; (iii) poderia estar em qualquer lugar naquela data e horário, porquanto terminou de cumprir integralmente sua pena em regime aberto em dezembro de 2014; (iv) em 29.04.2015, requereu via FUNAP sua colocação em liberdade, todavia, seu pedido não foi apreciado e sua audiência ocorreu somente em 03.06.2015; e (v) durante sua oitiva, nada havendo a justificar sua regressão de regime, o Magistrado da Execução Penal buscou outro motivo que justificasse sua decisão cautelar, aferindo, então, que ele teria descumprido um dos requisitos do regime aberto, por ter sido preso na via pública, em 29.03.2015, às 21h15.

Aduz serem teratológicas as decisões que determinaram (cautelarmente e em definitivo) sua regressão ao regime fechado. Entende estar patente



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

o erro judiciário cometido pelo Magistrado José Roberto Liberal, que o fez permanecer preso indevidamente por mais de 10 (dez) meses. Requer, assim, a compensação do abalo moral sofrido, no valor correspondente a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

A inicial não foi recebida, determinando-se sua emenda para exclusão do Juiz de Direito do polo passivo (fls. 438/439). Foram opostos embargos de declaração, não acolhidos às fls. 448, e interposta apelação contra a sentença. Contrarrazões às fls. 520 e seguintes. A Associação Paulista dos Magistrados – APAMAGIS requereu seu ingresso no feito (fls. 529/530), o que foi deferido na qualidade de assistente simples do Magistrado requerido. Na mesma decisão, determinou-se a suspensão do feito em razão do Tema de Repercussão Geral nº 940 do STF. Novos embargos de declaração foram opostos por intermédio da Defensoria, os quais foram novamente desacolhidos à fl. 584. Contra tal decisão, o Autor interpôs o Agravo nº 2155617-26.2017.8.26.0000. A APAMAGIS também opôs embargos declaratórios às fls. 660/663, os quais foram acolhidos sem efeito modificativo, às fls. 664/666. Na sequência, a APAMAGIS interpôs o Agravo nº 2187808-27.2017.8.26.0000 e a FESP ofertou contestação. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo requereu seu ingresso no feito na condição de *amicus curiae* (fls. 1220/1234), o que foi deferido às fls. 1240. Foram indeferidos os pedidos de habilitação como *amicus curiae* formulados pelo IBCCRIM, Pastoral Carcerária Nacional, e Conectas Direitos Humanos, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania - ITTC e Instituto Pro Bono. Houve manifestação do Autor às fls. 1477/1486, informando a distribuição perante o E. STF da Reclamação nº 32.080/SP para preservação da competência daquele Pretório Excelso (art. 102, I, “n” da CF). O juízo de Araraquara proferiu, então, decisão mantendo sua competência (fl. 1549). Em cumprimento à r. decisão proferida nos autos do Agravo nº 2187808-27.2017.8.26.0000, o MM. Juiz de Direito Dr. José Roberto Bernardi Liberal foi excluído da lide (fls. 1555/1560).

A ação foi julgada improcedente em r. sentença de fls. 1561/1566, com a seguinte fundamentação: (i) não há prova nos autos de conduta do Judiciário capaz de caracterizar a ocorrência de dano indenizável; (ii) na hipótese, é inviável se cogitar de responsabilidade subjetiva, na medida em que a Defensoria, a



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

despeito de acompanhar a defesa do Autor na Execução nº 302.329, deixou de oportunamente recorrer das decisões que ora imputa absolutamente ilegais e teratológicas (fls. 423/434 e 437), as quais foram proferidas de maneira motivada, prestigiando a melhor doutrina e jurisprudência.

Irresginado, o apela por considerar nula a sentença proferida. Segundo entende, ao lançar a decisão de fls. 438/439, que deixou de receber a inicial, o Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Araraquara já teria encerrado sua jurisdição. *Ad argumentandum tantum*, afirma que a sentença também padece de nulidade por ausência de fundamentação (art. 93, X, CF e art. 489, §1º, I do CPC). Requer, assim, a declaração de nulidade de todos os atos processuais a partir da decisão de fls. 551.

No mérito, insiste na ocorrência de erro judiciário, passível de indenização, diante da teratologia das decisões proferidas em 07.02.2014 e 03.02.2016 nos autos da Execução Penal nº 302.329 (fls. 305/317 e 423/434, respectivamente). Ressalta que o cumprimento de sua pena se encerrou em 18.12.2014 e que, em 29.03.2015, não estava cumprindo pena em regime aberto. Assinala falhas na atuação da serventia e negativa de prestação jurisdicional quanto aos pleitos do sentenciado, erro no cálculo da pena. Defende ser irrelevante, para fins de reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, a ausência de recurso ou requerimento da Defensoria. Subsidiariamente, pleiteia o reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado por danos causados por seus agentes em decorrência do erro judiciário que ensejou sua prisão indevida por 10 meses.

Aponta, ainda, uma série de irregularidades processuais ocorridas nos autos da presente ação indenizatória, tais como: (i) não prosseguimento da demanda quanto à FESP quando do reconhecimento da ilegitimidade do Magistrado (decisão de fls. 438/439); (ii) a notória ausência de interesse jurídico da APAMAGIS da causa; (iii) admissão do TJSP como *amicus curiae* e inadmissão de idêntico pedido formulado pelo IBCCRIM, Pastoral Carcerária Nacional, e Conectas Direitos Humanos, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania - ITTC e Instituto Pro Bono; (iv) manutenção da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

competência do juízo, embora não caiba ao Juízo de piso dizer se o E. STF é ou não competente.

A FESP apresentou contrarrazões às fls. 1650/1668.

Data maxima venia, o recurso não prospera, devendo a r. sentença de fls. 1.561/1.566 ser integralmente mantida.

II – DA AUSÊNCIA DE NULIDADES PROCESSUAIS

A despeito das combativas razões expostas no apelo, as nulidades suscitadas (por esgotamento da jurisdição e por ausência de fundamentação) não convencem.

A alardeada nulidade decorrente da prolação de decisão após a sentença de indeferimento da inicial às fls. 438/439 já foi apontada pelo Autor por ocasião da interposição do Agravo de Instrumento nº 2155617-26.2017.8.26.0000. Os argumentos trazidos naquele recurso e ora repetidos na presente apelação para embasar a suposta ocorrência de nulidade já foram suficientemente examinados e afastados, nos seguintes termos:

“Primeiramente fica rechaçado o pedido de nulidade da r. decisão ora recorrida, ainda que com fundamentação sucinta e concisa, indicou com clareza os motivos que levaram o nobre juiz a decidir como decidiu, sendo assim não se configura no presente caso, causa de nulidade” (fls. 1.251/1.255).

De igual forma, a admissão da APAMAGIS como assistente já foi deferida na decisão de fls. 551 e reiterada no Agravo nº 2187808-27.2017.8.26.0000. Ao contrário do que quer fazer crer o Apelante, não se trata de decisão judicial sem fundamentação. A propósito, a Colenda 11ª Câmara de Direito Privado, por ocasião do julgamento daquele recurso, assentou que, *in verbis*:

“(…) não há nenhum impedimento quanta a APAMAGIS configurar na presente demanda como assistente simples na presente demanda.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Se trata a agravada de associação representativa dos magistrados, sendo assim, pode pleitear seu ingresso como assistente simples, sempre que se tratar o objeto de litígio, de atos dos magistrados, de modo geral, conforme o presente caso, ficando assim afastada a fundamentação de que a agravada, está pleiteando tão somente interesse de José Roberto Bernardi Liberal (corrêu).

Por fim, agiu acertadamente o nobre magistrado de 1º Grau, doutor Drº João Baptista Galhardo Júnior, na sua r. decisão, ora agravada (fls. 551), que deferiu o ingresso da Associação Paulista de Magistrado, como assistente simples no presente feito” (fls. 339/344 dos autos daquele Agravo).

Para que não parem dúvidas sobre a questão, mister rememorar a sequência dos atos processuais praticados no bojo desta Ação nº 1008488-20.2017.8.26.0037:

Em 20.06.2017, a inicial foi indeferida por inépcia, determinando-se que o Autor a emendasse a fim de excluir o Juiz de Direito do polo passivo (fls. 438/439). O requerente, por meio da Defensoria, opôs embargos de declaração, consignando que mantinha interesse de ver processada a pessoa física do Magistrado (fls. 444/447). Os embargos foram rejeitados, advertindo-se que, *in verbis*:

“Não sobrevindo petição de emenda da inicial com a exclusão de José Roberto Bernardi Liberal da lide, o feito será arquivado após o trânsito em julgado do presente despacho”.

Na sequência, a Defensoria interpôs recurso de apelação (fls. 451/499), o qual foi processado à fl. 520. Ato contínuo, a APAMAGIS requereu seu ingresso no feito (fls. 529/530), na qualidade de assistente simples do magistrado requerido. O pedido foi deferido às fls. 551 e, na mesma oportunidade, foi determinada a suspensão do processo nos seguintes termos:

“Melhor compulsando os autos, verifico está suspenso o trâmite das ações que versam sobre a controvérsia constante no processo, conforme r. decisão proferida pelo Egrégio Supremo Federal no Recurso Extraordinário nº 1027633, Tema 940, que trata da



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

responsabilidade civil subjetiva do agente público por danos causados a terceiros, no exercício de atividade pública.

Conquanto não tenha o E. Relator determinado expressamente a suspensão vertical de todos os processos que versem sobre o tema, não se pode deixar de considerar que, uma vez afetado o recurso, a paralisação de todas as ações é medida que se impõe, vez que o escopo da norma que trata dos recursos repetitivos é evitar decisões conflitantes sobre uma questão já afetada, buscando pacificar a questão, trazendo maior segurança jurídica.

Assim, com base nos arts. 1.035, §5º e 1037, inciso II, do CPC, determino a suspensão do processo, até final decisão do RE mencionado”.

Insiste o Recorrente que, por já ter sido lavrada sentença nos autos, não poderia o Juízo de primeira instância proferir qualquer outra decisão no feito, porquanto sua jurisdição já estaria esgotada.

Com a devida vênia, tal entendimento não se sustenta, notadamente porquanto havia pedido da APAMAGIS para ingresso no feito como assistente pendente de apreciação às fls. 529/530, o qual, à luz do disposto no art. 119, parágrafo único, da Lei Processual Civil, deveria ser analisado pelo juízo de piso. Ressalte-se que, havendo pedido não apreciado nos autos, seria de todo equivocado remete-los à instância superior sem antes aprecia-lo.

Assim, ao decidir sobre a admissão daquela i. Associação, o julgador assentou a necessidade de suspensão da ação por força do Tema nº 940 de Repercussão Geral, objeto do Recurso Extraordinário nº 1027633, em trâmite perante o Pretório Excelso, ressalvando expressamente que a determinação de suspensão era fruto de melhor reflexão sobre a questão (fl. 551).

Referida decisão foi impugnada tanto pela Defensoria quanto pela APAMAGIS, respectivamente, por meio dos Agravos nºs 2155617-26.2017.8.26.0000 e 2187808-27.2017.8.26.0000. O primeiro foi desprovido e o segundo provido para o fim de reconhecer a ilegitimidade passiva do Juiz de Direito incluído no polo passivo da presente ação indenizatória, em acórdão assim ementado:



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de indenização ajuizada em face de Juiz de Direito e da Fazenda Pública por dano supostamente causado pelo agente público no exercício de suas funções – Ilegitimidade passiva do magistrado - Possibilidade – Inteligência do art. 37, § 6o, da CF - Não há responsabilidade concorrente em face de eventuais prejuízos causados a terceiros por magistrado no exercício de suas funções - Ilegitimidade passiva configurada- Precedentes (TJSP- STF) - Recurso provido”.

Consoante dicção expressa do art. 485, parágrafo 3º, do CPC, a ilegitimidade de parte – assim como qualquer outra condição da ação – pode ser reconhecida em qualquer tempo e grau de jurisdição, não se vislumbrando qualquer nulidade a este respeito. Bem por isso, a ação prosseguiu somente contra a Fazenda Pública, restando prejudicada a decisão de indeferimento da inicial (fls. 438/439) e o recurso de apelação interposto às fls. 451/499.

A segunda nulidade noticiada no apelo, por ausência de fundamentação da sentença, também não comporta acolhida. Segundo o Recorrente, a sentença teria se limitado a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida, em violação ao disposto no art. 489, parágrafo 1º, I, do CPC. Teria, ainda, invocado o julgamento do Agravo nº 1057501-37.2017.8.26.0053 sem afirmar em que medida ele se aplicaria ao caso concreto.

Ora, na exordial, o Autor pleiteou a reparação, pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo e pelo Juiz Dr. José Roberto Bernardi Liberal, dos danos morais (arbitrados em R\$ 1.000.000,00) decorrentes de erro judiciário cometido na condução de seu processo de Execução Penal nº 302.329, em trâmite perante a Vara das Execuções Criminais de Araraquara (fls. 38).

Após a determinação de exclusão do magistrado José Roberto Bernardi Liberal do polo passivo da ação, a demanda prosseguiu contra a Fazenda Pública. Ao cabo, o pedido foi julgado improcedente por não se vislumbrar qualquer conduta estatal passível de ensejar erro judiciário ou dano moral. Afinal, a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

regressão do regime se deu em decisão devidamente fundamentada, por descumprimento de obrigações legais inerentes ao regime aberto. Confira-se o seguinte trecho da sentença:

“**No caso vertente**, não se vislumbra qualquer conduta de agentes do Judiciário que possa caracterizar a ocorrência de dano indenizável, o que seria imprescindível para a existência da responsabilidade objetiva do Estado.

E nem mesmo de responsabilidade subjetiva pode-se cogitar, **diante da análise dos documentos juntados aos autos**.

Conforme se depreende dos autos, o autor cumpria pena no regime aberto. Durante o cumprimento deste, acabou preso em flagrante por suposta prática de novos delitos, sendo esta informação lançada na sua execução criminal. O Juízo da Execução Criminal promoveu a regressão cautelar do autor para o regime fechado, prosseguindo-se, a partir de então, com regular tramitação da execução criminal, requisitando-se informes sobre antecedentes, designando-se audiência, dentre outras providências. Após, sobreveio decisão de regressão para o regime fechado, em razão de notícia de descumprimento de determinadas condições impostas no regime aberto. É de se destacar que, ao contrário do que sustenta o autor, sua pena não se mostrava extinta quando da decisão de regressão para o regime fechado.

É certo que o novo inquérito policial lançado contra o autor fora arquivado. Entretanto, **a regressão de regime se deu por descumprimento de obrigações impostas no regime aberto, mostrando-se a decisão devidamente fundamentada**.

Nesta senda, não há falar em decisão teratológica ou erro grosseiro do Judiciário, visto que a execução criminal seguiu regular tramitação, sendo que as decisões se mostraram fundamentadas e lançadas de acordo com a melhor doutrina e majoritária jurisprudência.

Das peças extraídas da execução criminal juntadas aos autos pode-se notar, de maneira inquestionável, que o autor foi devidamente acompanhado por Defensor do Estado em todos os atos processuais, não se podendo falar que houve, por parte do Judiciário, qualquer conduta que tenha obstruído a defesa do cidadão.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

E chama atenção a ausência de irresignação lançada contra a decisão de fl. 423/434, por parte da Defesa do autor, conforme se verifica da certidão de trânsito em julgado de fl. 437.

Ora, se a própria Defesa não ofertou recurso, se convenceu de que não se tratou de decisão teratológica ou equivocada.

E de fato, não há nos autos notícia de interposição, por parte dos Defensores, de habeas corpus (ou de outros instrumentos jurídicos) visando afastar as decisões apontadas, somente agora na presente ação, como ilegais ou teratológicas.

O certo é que as decisões – todas – proferidas nos autos de execução criminal do autor se mostraram devidamente fundamentadas e contra elas o autor teve oportunidade de ofertar os recursos cabíveis, não se vislumbrando a ocorrência de dano indenizável.

É cediço que o ato judicial enseja a responsabilidade do Estado, nas hipóteses do art. 5º, LXXV, da CF (“o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”).

Porém, é afastada a ideia de erro judiciário quando a decisão está suficientemente fundamentada e em consonância com os pressupostos que a autorizam.

É o que se verifica no caso, visto que as decisões foram tomadas prestigiando a melhor doutrina e predominante jurisprudência. Tanto assim, repita-se, que contra as decisões não foram manejados recursos.

O certo é que, para a caracterização de erro judiciário, exige-se a presença do dolo, da fraude ou da culpa dos agentes estatais.

In casu, restou provado que não houve qualquer ilicitude praticada pelos agentes do Judiciário. Ao contrário, as decisões foram embasadas, operando-se o trânsito em julgado das mesmas.

Desse modo, não houve ato doloso, culposo, ilegal ou abusivo do Estado (leia-se: de seus agentes), bem como nenhuma falha da máquina Judiciária, que tenha se caracterizado como injusto para o autor e que possa gerar dano ressarcível.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A prisão ocorreu de forma legal, porque pautada no direito vigente, não se podendo falar em erro do Judiciário a que se refere o art. 5º, LXXV, da Constituição Federal.

(...)

Aqui, sem sombra de dúvida, impera o exercício regular da atividade dos agentes estatais.

A ação, portanto, é improcedente” (grifos).

Basta uma rápida leitura do excerto acima para se concluir que a sentença contém todos seus elementos essenciais, encontrando-se devidamente fundamentada (art. 489, *caput*, CPC). **Os trechos acima grifados demonstram haver clara pertinência e correlação entre os fundamentos por ela invocados e caso concreto. Há menção expressa às folhas onde constam os documentos que comprovam a ausência de conduta estatal ensejadora de dano moral.**

Ao citar o art. 5º, LXXV, da CF (“Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”), o juiz cuidou de esclarecer que o caso concreto não dizia respeito a erro judiciário, justificando que as decisões que supostamente teriam ensejado a prisão além do tempo encontravam-se suficientemente fundamentadas e em consonância com seus pressupostos legais (fls. 1.565).

Data maxima venia, a fundamentação da sentença encontra perfeita consonância com os fatos trazidos aos autos.

De igual forma, a referência ao acórdão prolatado no Agravo nº 1057501-37.2017.8.26.0053 não foi feita em vão. Ainda que suscintamente, declarou-se como aquele aresto se ajustava à hipótese dos autos. **Após concluir pela ausência de ato doloso, culposo, ilegal ou abusivo do Estado a ensejar dano moral, a sentença citou aquele precedente, cuja ementa – por si só – já seria suficiente para comprovar a pertinência ao caso concreto. Não obstante, explicitou ainda que se tratava de julgado relacionado à indenização por erro judiciário.** Confira-se:



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“O Eminentíssimo Magistrado Relator do Agravo que excluiu, com sapiência, o Juiz de Direito da lide, **em relação ao tema Indenização por Erro Judiciário**, assim já se pronunciou:

‘TJSP - 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO APELAÇÃO nº 1057501-37.2017.8.26.0053 APELANTE: ALEXANDRE FERNANDES COSTA APELADO: ESTADO DE SÃO PAULO COMARCA: SÃO PAULO VOTO Nº 13279 Apelação - RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação de indenização por danos materiais e morais – Prisão do autor – Inocorrência de prova de eventuais erros ou abusos cometidos durante a instrução processual – Não configurada a hipótese de erro judiciário - Legitimidade da atuação estatal – Indícios suficientes para a prisão - Posterior absolvição por insuficiência de provas que não macula a prisão, se, à época, presentes seus requisitos – **Exercício regular de direito dos agentes estatais envolvidos que consubstancia excludente da responsabilidade civil do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da CF** – Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça – Sentença de improcedência mantida – Recurso improvido – Relator Des. MARCELO L THEODÓSIO’ (grifei)”.

Destarte, e ao contrário do que se argumenta no Apelo, a sentença é fruto de acurada análise das provas constantes dos autos, de profunda reflexão e do livre convencimento motivado do julgador. O magistrado enfrentou detidamente a questão de mérito posta dos autos. Nenhum precedente ou dispositivo legal foi transcrito, parafraseado ou genericamente citado, não havendo que se falar em nulidade da sentença por ausência de fundamentação. Nesse sentido, tem se posicionado a jurisprudência:

“O art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 impõe a necessidade de enfrentamento, pelo julgador, dos argumentos que possuam aptidão, em tese, para infirmar a fundamentação do julgado. Na hipótese dos autos, a questão de mérito foi detidamente analisada e entregue a prestação jurisdicional de forma adequada, não se vislumbrando a fundamentação genérica capaz de gerar a nulidade pretendida pela ora Agravante” (STJ – AgInt no AgInt no REsp nº1.731.585/SC, DJe 26.09.2018).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – DESPESAS CONDOMINIAIS – Deferida a penhora sobre o imóvel – Nulidade da decisão, por ausência de fundamentação – Inocorrência (TJSP - AI nº 2066403-87.2018.8.26.0000 SP, DJe 28.11.2018).

“Alegação de nulidade da decisão por falta de fundamentação legal - Inocorrência- Sentença que atende aos requisitos do art. 489 do CPC, estando em consonância com o art. 93, inc. IX da CF – Razões que levaram ao acolhimento do pleito inicial que constam expressamente do decisum impugnado – Recurso improvido, sentença mantida” (TJSP – AP nº 1000644-52.2016.8.26.0102, DJe 07.08.2018).

III – DA AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ERRO JUDICIÁRIO

No mérito, a questão cinge-se a desvendar a ocorrência (ou não) de danos morais ao Autor. Para tanto, mister, identificar os pressupostos da responsabilidade civil do Estado no tocante aos atos judiciais.

Como é cediço, em regra, o Estado responde objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa¹. Recentemente, o Plenário do E. STF reafirmou a jurisprudência sobre a questão ao julgar o Recurso Extraordinário nº 842.846, com repercussão geral reconhecida (Tema nº 777). Contudo, a jurisprudência do Pretório Excelso sedimentou o entendimento de que tal regra “*não se aplica aos atos judiciais, salvo nos casos de erro judiciário, de prisão além do tempo fixado na sentença e nas hipóteses expressamente previstas em lei*”²:

¹ O Plenário do E. STF reafirmou jurisprudência da Corte segundo a qual o Estado tem responsabilidade civil objetiva para reparar danos causados a terceiros por tabeliães e oficiais de registro no exercício de suas funções cartoriais. Por maioria de votos, o colegiado negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 842846, com repercussão geral reconhecida, e assentou ainda que o Estado deve ajuizar ação de regresso contra o responsável pelo dano, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa (Tema 777).

² STF - AgRg no AI nº 803.831/SP - Rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 19/03/2013.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“A responsabilidade objetiva do Estado por atos judiciais só é possível nas hipóteses previstas em lei, sob pena de contenção da atividade do Estado na atividade jurisdicional regular. No caso dos autos, não houve prisão além de tempo fixado em sentença, nem erro judiciário. A mera denúncia pelos promotores não enseja dano moral indenizável, mesmo que posteriormente o acusado tenha sido considerado inocente. Precedentes”³ (g.n.).

Em idêntico sentido: STF – AgRg no RE 756.753/PE-Ag - Rel. Min. ROSA WEBER, j. 10/09/2013; STF - RE 505.393-8/PE, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 26/06/2007 e STF - AI nº 599.501 AgRg/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 19/11/2013.

Com fundamento na soberania inerente à própria atividade jurisdicional e no artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, assentou-se que o dever do Estado de indenizar danos decorrentes de atos judiciais se restringe às hipóteses de erro judiciário. Por sua vez, **o juiz responde pessoal e regressivamente nos termos do art. 143 do Código de Processo Civil, ou seja, somente em caso de dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providências de ofício.**

De fato, as características inerentes à jurisdição não se coadunam com a sistemática de responsabilização prevista no artigo 37, parágrafo 6º, da Carta Federal. No clássico dizer de Mário Moacyr Porto:

“[o] juiz é um agente do Poder Público, um funcionário público em sentido lato, mas um funcionário de categoria especial, não só porque um dos poderes do Estado se exterioriza através de sua atividade judicante, como pelas peculiaridades e prerrogativas das suas funções, o que o distingue das demais categorias de funcionários da Administração Pública”⁴.

A jurisdição constitui a função estatal (tipicamente exercida pelo Poder Judiciário) de solucionar conflitos concretos com definitividade,

³ STF – AgRg no RE nº 833.909/SC-Ag - Rel. Min. ROBERTO BARROSO, j. 02/05/2017.

⁴ PORTO, Mário Moacyr. Temas de responsabilidade civil. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, p. 146.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

segundo o devido processo legal. Com efeito, a observância do devido processo legal faz incidir diversos outros princípios (dentre eles: o contraditório, a coisa julgada, a recorribilidade das decisões judiciais, o livre convencimento motivado e a independência funcional dos Magistrados), os quais incutem à função jurisdicional características peculiares, que inviabilizam a aplicação pura e simples da Teoria do Risco Administrativo.

Nessa linha de raciocínio, José dos Santos Carvalho Filho leciona que os atos judiciais típicos (dentre os quais se inserem as sentenças, acórdãos e decisões interlocutórias) são protegidos pelos princípios da soberania do Estado, da recorribilidade dos atos jurisdicionais e da coisa julgada⁵.

Estabelecidas tais premissas – e, considerando que o juiz da execução penal foi excluído do polo passivo desta ação – a presente demanda cinge-se ao pedido de indenização por danos morais por erro judiciário contra a Fazenda Pública. Com efeito, para que se configure o dever do Estado de indenizar, devem estar presentes seus pressupostos, quais sejam: (i) conduta (*i.e.*, ato judicial equivocado decorrente de dolo ou culpa do julgador); (ii) resultado (prisão do Autor além do tempo fixado na sentença); e (iii) nexo causal entre os pressupostos recém referidos.

Todavia, e sempre com o máximo respeito aos argumentos expostos pela d. Defensoria, *in casu*, estão ausentes os requisitos descritos nos itens (i) e (ii). Conforme se demonstrará a seguir, não houve erro judiciário, dolo ou culpa do julgador, tampouco, prisão além do tempo.

Senão, vejamos.

⁵ “os atos jurisdicionais típicos são, em princípio, insuscetíveis de redundar na responsabilidade objetiva do Estado. São eles protegidos por dois princípios básicos. O primeiro é o da soberania do Estado: sendo atos que traduzem uma das funções estruturais do Estado, refletem o exercício da própria soberania. O segundo é o princípio da recorribilidade dos atos jurisdicionais: se um ato do juiz prejudica a parte no processo, tem ela os mecanismos recursais e até mesmo outras ações para postular a sua revisão. Assegura-se ao interessado, nessa hipótese, o sistema do duplo grau de jurisdição. Por outro lado, o instituto da coisa julgada, aplicável às decisões judiciais, tem o intuito de dar definitividade à solução dos litígios, obediente ao princípio da segurança das relações jurídicas. Se a decisão judicial causou prejuízo à parte e esta não se valeu dos recursos para revê-la, sua inércia a impede de reclamar contra o ato prejudicial. Se, ao contrário, o ato foi confirmado em outras instâncias, é porque tinha ele legitimidade, sendo, então, inviável a produção de danos à parte (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 30ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: atlas, 2016, p. 732).



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

De acordo com a exordial, o erro judiciário estaria evidenciado a partir da teratologia inerente às decisões proferidas em 07.02.2014 e 03.02.2016 (fls. 305/317 e 423/434, respectivamente), que, em razão da prisão em flagrante do Autor em 04.02.2014, determinou sua regressão cautelar para o regime fechado e confirmou sua regressão em definitivo com a perda de 1/3 dos dias remidos, respectivamente. Reputa, assim, que ficou preso indevidamente por mais de 10 meses.

Verbera que sua prisão jamais poderia ter sido decretada, pois: (i) foi colocado em liberdade provisória, sem fiança no dia seguinte à sua prisão em flagrante (05.02.2014); (ii) o inquérito policial relativo aos crimes que ensejaram o flagrante foi arquivado; (iii) terminou de cumprir integralmente sua pena em regime aberto em 18.12.2014; e (iv) nada havendo a justificar sua regressão de regime, o magistrado da Execução Penal buscou outro motivo que justificasse sua decisão cautelar, aferindo, então, que ele teria descumprido um dos requisitos do regime aberto, por ter sido preso na via pública, em 29.03.2015, às 21h15.

Ocorre que, na data de sua prisão em flagrante (em 04.02.2014), o Autor cumpria pena privativa de liberdade em **regime aberto, cuja disciplina estabelecida pelo art. 36, parágrafo 2º, do Código Penal e art. 118, I, da Lei de Execução Penal, é inequívoca no sentido de que a prática de fato previsto como crime doloso ou falta grave constitui motivo suficiente para regressão a regime mais gravoso.**

Conforme bem explicitou o Juízo da Execução Penal, a para a regressão de regime basta a **prática** de falta grave, sendo despicienda apuração da infração ou condenação do infrator:

“(…) para a regressão de regime prisional basta a prática de fato definido como crime doloso, à luz da disposição contida no artigo 118, inciso I, da Lei de Execução Penal.

Em outras palavras: revela-se suficiente, para tanto, a comprovação da prática de fato definido como crime doloso, não se exigindo no particular ação penal em curso ou sentença condenatória, muito menos transitada em julgado.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

E assim o é por uma razão simples: condenado que se comporta dessa forma demonstra não ostentar autodisciplina e senso de responsabilidade imprescindíveis para ingressar e, por conseguinte, permanecer no regime prisional aberto, conforme exigem o art. 144, II, da Lei de Execução Penal, e artigo 36 do Código Penal” (fls. 305/317).

Não bastassem os robustos fundamentos acima transcritos, o julgador cuidou ainda de consignar que o entendimento por ele perfilhado encontrava respaldo também na doutrina e jurisprudência pátria:

“A regressão de regime prisional, na hipótese, revela dupla finalidade: a) constitui sanção administrativa ao condenado que não possui autodisciplina e sendo de responsabilidade necessários para conviver em sociedade; b) proteção à sociedade contra aqueles que insistem em atentar contra as pessoas bem, trilhando, reiteradamente, pelo caminho do ilícito.

A respeito, trago à colação o magistério do mestre Guilherme de Souza Nucci, *in verbis*:

‘Prática de fato definido como crime doloso ou falta grave: a relação das faltas graves consta do art. 50 desta Lei. Por outro lado, ao cometer um fato (note-se que se fala em fato e não em crime, de modo que não há necessidade de se aguardar o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória) definido em lei como crime doloso (despreza-se o delito culposo para tal finalidade), conforme gravidade concreta auferida pelo juiz, pode levar o condenado do aberto ao semiaberto ou deste para o fechado, bem como do aberto diretamente para o fechado’. (...)

Conferir: STF: ‘A Lei de Execução Penal não exige trânsito em julgado de sentença condenatória para a regressão de regime, bastando, para tanto, que o condenado tenha ‘praticado’ fato definido como crime doloso (art. 118, I, da LEP)’ (HC 97812-RS, 2ª T., rel. Ellen Gracie, j. 1205.2009, v.u).

(...) ‘A natureza jurídica da regressão de regime lastreada nas hipóteses do art. 118, I, da Lei de Execuções Penais é sancionatória, enquanto aquela baseada no inciso II tem por escopo a correta



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

individualização da pena. VI – A regressão aplicada sob o fundamento do art. 118, I, segunda parte, não ofende ao princípio da presunção de inocência ou ao vetor estrutural da dignidade da pessoa humana (...) (HC 93782-RS, 1ª T., rel. Ricardo Lewandowski, j. 16.09.2008, m.v.)” (fls. 305/317).

Outrossim, após a oitiva do apenado, sua regressão em definitivo para o regime fechado foi decretada com amplo respaldo legal e fático, em acurada decisão assim proferida:

“As provas produzidas comprovam, à saciedade, que o condenado, cumprindo pena em regime prisional aberto, cometeu, em 29 de março de 2015, falta disciplinar de natureza grave, prevista no artigo 50, inciso V, da Lei de Execução Penal, ou seja, descumpriu uma das condições impostas, qual seja, permanecer em sua residência no horário estabelecido.

Como se vê, a conduta adotada, acima mencionada, encontra expressa previsão legal. Satisfeito, assim, à saciedade, o princípio da legalidade.

Demais, considerando-se as diretrizes estabelecidas no artigo 57 da Lei de Execução Penal, a falta cometida pelo condenado só pode ser considerada grave, porquanto adotou conduta reveladora de absoluta ausência de autodisciplina e senso de responsabilidade” (fls. 423/434).

Aliás, mais recentemente, o STJ pacificou a tese nos seguintes termos (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/73 – Tema 655):

“A prática de fato definido como crime doloso no curso da execução penal caracteriza falta grave, **independentemente do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória**” (STJ - Resp 1336561/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. P/ Acórdão Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Terceira Seção, j. 25/09/2013, Dje 01/04/2014)

Por conseguinte, o fato de ter sido deferida sua liberdade provisória e/ou de o inquérito policial relativo aos crimes que ensejaram sua prisão em flagrante ter sido arquivado em nada beneficiam o apenado. Não afastam a prática de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fato previsto como crime, a ensejar a regressão de regime nos termos da Lei de Execução Penal.

Data maxima venia, não se vislumbra teratologia ou erro judiciário nas decisões proferidas em desfavor do Autor. Tanto é assim que, caso fossem tão disparatadas as determinações, certamente teria o Autor (assistido pela d. Defensoria) delas recorrido em momento e sede própria, o que, a despeito do inconformismo manifestado nesta ação, não ocorreu. De fato, a ausência de impugnação oportuna das decisões infirma sua posterior classificação como teratológicas. Enfraquece ainda eventual dever de indenizar por transparecer comportamento contraditório do Autor e, portanto, contrário à boa-fé objetiva (“venire contra factum proprium”).

Além disso, uma vez determinada a regressão cautelar do sentenciado, forçoso reconhecer que houve interrupção do cumprimento da pena no regime aberto, consoante entendimento cristalizado na Súmula STJ nº 534: “*A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão do regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração*”.

Nesse lanço, afigura-se falaciosa a afirmação de que teria terminado de cumprir integralmente sua pena em regime aberto em 18.12.2014. Em verdade, o cumprimento da reprimenda fora interrompido por força do flagrante, verificado meses antes (em 04.02.2014), *i.e.*, pela prática de fato previsto como crime doloso, também capitulado como falta grave, nos termos do art. 52 da LEP. Exsurge daí que não houve prisão além do tempo.

Acrescenta-se que a jurisprudência do C. STJ também tem sedimentado que:

“A prática de falta grave pode ensejar a regressão cautelar do regime prisional sem a prévia oitiva do condenado, que somente é exigida na regressão definitiva” (STJ - HC 184988/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, Julgado em 05/02/2013, Dje 18/02/2013; STJ - HC 240643/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Julgado em 06/11/2012, Dje 16/11/2012; STJ - Agrg No HC 249110/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Julgado em 09/10/2012, Dje 17/10/2012; e STJ - Resp 1054086/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Julgado em 21/09/2010, Dje 11/10/2010).

“O cometimento de falta grave enseja a regressão para regime de cumprimento de pena mais gravoso” (STJ - HC 259417/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, Julgado em 12/11/2013, Dje 29/11/2013; STJ - HC 230659/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Julgado em 05/11/2013, Dje 19/11/2013; STJ - HC 203986/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, Julgado em 22/10/2013, Dje 26/11/2013; e STJ - AgRg No HC 261687/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, Julgado em 24/09/2013, Dje 30/09/2013).

Por todas tais razões, as decisões datadas de 07.02.2014 e 03.02.2016 (fls. 305/317 e 423/434, respectivamente), que, a par da prisão em flagrante do Autor por crime de ameaça praticado âmbito de violência doméstica (arts. 140 e 147 do Código Penal, c.c. Lei nº 11.340/06), determinou sua regressão para o regime fechado (cautelar e, após, em definitivo), nos termos do art. 118, I, da LEP e art. 36 do CP, não podem ser taxadas de teratológicas ou equivocadas, tampouco, ensejadoras de dano moral ou erro judiciário.

Aliás, só o fato de as decisões encontrarem fundamento direto no art. 144, II, da LEP e artigo 36 do CP *de per si* afasta a pretensão inicial, não deixando dúvidas quanto à improcedência do pedido exordial. É dizer que, na medida em que a decisão inquinada como ensejadora de dano moral encontra respaldo expresso na legislação, inviável se cogitar de erro judiciário. Impossível também se sustentar dolo ou culpa do magistrado, que atento ao ordenamento jurídico em vigor, bem como à jurisprudência dominante, determinou a regressão do sentenciado ao regime fechado.

Bem por isso, ausentes os pressupostos da responsabilidade civil do Estado por erro judiciário, é de rigor a manutenção da sentença de improcedência da ação.

IV - CONCLUSÃO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Por todo o exposto, requer-se seja negado provimento ao apelo interposto, mantendo-se *in totum* a r. sentença recorrida.

Termos em que,

P. Deferimento.

São Paulo, 7 de março de 2019.

PILAR ALONSO LÓPEZ CID

Advogada do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

OAB/SP nº 342.389