

**FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS**

**DIREITO**

**FERNANDO DE FIGUEIREDO FERREIRA**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA**

**TRÊS PONTAS**

**2015**

**FERNANDO DE FIGUEIREDO FERREIRA**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Prof. Esp. Ana Flávia Penido.

**TRÊS PONTAS**

**2015**

**FERNANDO DE FIGUEIREDO FERREIRA**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA**

Monografia apresentada ao curso de Direito da  
Faculdade Três Pontas- FATEPS, como pré- requisito  
para obtenção de grau de Bacharel em Direito pela  
Banca Examinadora composta pelos membros:

Aprovado em    /    /

---

Prof. Ana Flávia Penido

---

Prof. Ms. Leiner Marchetti Pereira

---

Prof. Ms. João Victor Mendes de Gomes e Mendonça

OBS.:

Agradeço à Professora Ana Flávia, primeiramente por me acolher quanto à orientação da minha monografia e, também, pela paciência e tolerância, e principalmente pela confiança em mim depositada para desenvolvimento do tema.

A DIGNIDADE HUMANA é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para a vida saudável, para que tenha bem-estar físico, mental e social, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

(INGO SARLET, Juiz e Jurista brasileiro)

## RESUMO

O estudo apresentado faz uma abordagem sobre a responsabilidade civil do Estado na prisão cautelar indevida, sob a luz dos princípios da fundamentação legal das decisões que decretam as prisões, da duração razoável ao processo, bem como da dignidade da pessoa humana. Para tanto, é abordada a responsabilidade civil e seu conceito histórico, em seguida trata-se da responsabilidade civil do Estado, verificando suas teorias, doutrinas e jurisprudências, bem como a aplicação aos princípios, mormente especificados. Além disso, é analisado no decorrer do trabalho as modalidades de prisões existentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como apresentado o conceito de liberdade e sua importância como Direito fundamental, assim como a vinculação do Poder Público aos Direitos fundamentais. Ao final, é tratado o tema da responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal. Este trabalho foi desenvolvido pela utilização de pesquisa exploratória, por meio da técnica bibliográfica, a partir de livros e periódicos jurídicos que já abordaram o tema para, ao final, chegar aos resultados que respondem os principais questionamentos acerca do aludido tema, qual seja, se o Estado possui responsabilidade civil por prisão cautelar ilegal.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Responsabilidade Civil do Estado. Evolução. Prisão. Prisão Cautelar Indevida. Responsabilidade Civil do Estado na Prisão Cautelar Indevida.

## **ABSTRACT**

The study presented is an approach to the liability of the state in improper provisional prison, in the light of the principles of legal basis of the decisions that decree prisons, within a reasonable time to the process, as well as the dignity of the human person. Therefore, it is addressed liability and its historical concept, then it is the State's liability, checking his theories, doctrines and jurisprudence, as well as applying the principles, especially specified. Moreover, it is analyzed during the working arrangements for existing prisons in the Brazilian legal system and introduced the concept of freedom and its importance as a fundamental right, as well as the linking of the government to fundamental rights. At the end, it dealt with the issue of civil liability of the State for wrongful arrest. This work was performed by the use of exploratory research, through literature technique, from books and legal periodicals that have addressed the issue to, in the end, reach the results that answer key questions about the aforementioned device, which is, if the State has liability for illegal precautionary prison.

**Keywords:** Liability. Liability of the State. Evolution. Prison. Cautionary Undue prison. Liability of the State in Prison Restraining Undue.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>2 RESPONSABILIDADE CIVIL .....</b>	<b>11</b>
2.1 Conceito e Origem .....	11
2.2 Responsabilidade Civil x Responsabilidade Criminal .....	13
2.3 Responsabilidade Contratual X Responsabilidade Extracontratual.....	14
2.4 Responsabilidade Civil Subjetiva X Responsabilidade Civil Objetiva.....	15
2.5 Função da Reparação Civil.....	17
<b>3 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO.....</b>	<b>18</b>
3.1 Responsabilidade do Estado e Estado de Direito.....	19
3.2 Origem da Responsabilidade do Estado.....	19
3.3 Teoria da Irresponsabilidade .....	21
3.4 Teoria da Responsabilidade do Estado.....	22
3.4.1 Teoria da Responsabilidade Subjetiva do Estado .....	24
3.4.2 Teoria da Culpa Administrativa .....	27
3.4.3 Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado.....	27
<b>4 RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>30</b>
4.1 Regramento Constitucional .....	31
4.2 Pessoas Responsáveis.....	32
4.3 Agentes do Estado.....	32
4.4 Duplicidade de Relações Jurídicas.....	33
4.5 Responsabilidade por Atos Judiciais .....	34
<b>5 PRISÃO E A NATUREZA DA PRISÃO CAUTELAR.....</b>	<b>37</b>
5.1 Conceito .....	37
5.2 Fundamento Constitucional da Prisão .....	37
5.3 Espécies de Prisão .....	38
5.4 Espécies de Prisão Processual Cautelar.....	39
5.4.1 Prisão temporária.....	41

5.4.2 Prisão em Flagrante .....	42
5.4.3 Prisão Preventiva .....	44
5.4.4 Controle da Legalidade da prisão .....	46
<b>6 A PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA .....</b>	<b>46</b>
<b>6.1 Do Direito à Liberdade .....</b>	<b>47</b>
<b>6.2 Prisão Indevida .....</b>	<b>49</b>
<b>6.3 Do Dano .....</b>	<b>51</b>
6.3.1 Dano Material .....	53
6.3.2 Dano Moral.....	54
<b>7 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA</b> .....	<b>60</b>
<b>8 CONCLUSÃO.....</b>	<b>74</b>
<b>REFERENCIAS .....</b>	<b>76</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda a responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal, amparada em nosso ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988.

Assim, o estudo busca comprovar se o Estado é responsável pela indevida restrição à liberdade de locomoção de terceiros ou se mantém imune a tal responsabilização pelas correntes da irresponsabilidade do Estado.

Ressalta-se que a abordagem desse tema, a partir das relações entre o Poder Público e os administrados, sempre gerou valorosas fontes de indagações jurídicas.

Críticas são levantadas com relação à responsabilidade que o Estado possui por danos causados ao particular quando no exercício de suas funções, sendo o presente estudo referente aos atos jurisdicionais que decretam ou mantêm a prisão ilegal.

Outro forte questionamento existente é a necessidade de fundamentação legal das decisões que decretarem as prisões cautelares, haja vista ser uma matéria de maior incidência nos instrumentos de impugnação, eis que em inúmeros casos, as prisões cautelares são decretadas de forma exacerbada e infundada.

Serão analisadas as espécies de prisões existentes no ordenamento jurídico atual.

Em seguida, passa-se a análise dos direitos fundamentais do ser humano, sendo o foco de estudo o direito à liberdade de locomoção. Nesse mesmo tópico, ainda, são apresentados as possibilidades de restrição da liberdade pessoal pelo Estado e a vinculação do Poder Público aos direitos fundamentais.

No derradeiro capítulo do desenvolvimento, por configurar tema indispensável para o real entendimento do problema proposto para esta monografia, realiza-se um estudo acerca da responsabilidade civil do estado na prisão cautelar indevida.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL

### 2.1 Conceito e Origem

Tem-se inicialmente, conforme explana Pablo Stolze Gagliano, que a palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as conseqüências judiciais de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina de *spondeo*, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais, estabelecendo-se uma obrigação de quem assim respondia. Contudo, a simples afirmação de que o responsável será aquele que responde, e que a responsabilidade é obrigação do responsável, não é suficiente para solucionar o problema, tampouco conceituar a responsabilidade.

Nas palavras de Pablo Stolze a definição que se faz de responsabilidade, está ligada ao nascimento de uma obrigação derivada, isto é, um dever jurídico sucessivo, em razão da ocorrência de fato. Acentua, ainda, que o respaldo de tal obrigação, no campo jurídico, está no princípio fundamental da “proibição de ofender”, isto é, a ideia de que a ninguém se deve lesar (a máxima *neminem laedere*, de Ulpiano), limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada.

Nessa esteira, o ordenamento jurídico congrega as regras necessárias para convivência em sociedade, punindo-se aquele que cause lesão aos interesses ali tutelados, tal como tomemos como exemplo a disposição do artigo 186 do CC: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Conclui o autor (Pablo Stolze), que a noção de responsabilidade pressupõe uma atividade danosa de alguém, que atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às conseqüências do seu ato (obrigação de reparar).

Serpa Lopes citado por Maria Helena Diniz acentua que:

“A responsabilidade é a obrigação de reparar um dano, seja por decorrer de uma culpa ou de uma outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva”. (Diniz, 2008, pág. 39)

Neste contexto, diante de tais considerações, Maria Helena Diniz (2008, p. 40) define a responsabilidade civil como: “a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal”.

Verifica-se que o conceito trago pela doutrina de Maria Helena Diniz, traduz a ideia de responsabilidade por culpa, através de um ato contrário ao ordenamento jurídico (responsabilidade Subjetiva), e a de responsabilidade sem culpa, isto é, o risco assumido (responsabilidade objetiva).

A responsabilidade civil é sem dúvida, um dos temas mais problemáticos na atualidade, diante da evolução das relações jurídicas, do avanço tecnológico. Houve também maior abrangência da matéria, o que ocasionou ao mesmo tempo o surgimento de maiores problemas tanto no âmbito material quanto de ordem moral.

A todo instante surgem problemas ligado à responsabilidade civil, pois, o prejuízo sofrido pelo homem, a sua pessoa ou patrimônio, constitui um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial, portanto, torna-se imprescindível a criação de normas e institutos que regulam e sanem as lesões sofridas.

Fixado o conceito sobre responsabilidade civil, cumpre ressaltar, que pela natureza da norma jurídica violada pelo agente causador do dano, a responsabilidade é subdivida em: responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana. A primeira é verificada quando existe entre as partes envolvidas, uma norma contratual que as vincula, ou seja, o dano decorre exatamente do descumprimento do pactuado no contrato, estamos diante de uma responsabilidade contratual. Já a segunda, decorre diretamente da violação de um mandamento legal, da atuação ilícita de um agente, estamos aqui diante de uma responsabilidade extracontratual.

Sendo assim, depois de uma breve explanação sobre tema da responsabilidade *latu sensu*, passa-se linhas à frente a tratar sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado, que é na verdade, o desígnio do presente estudo.

## 2.2 Responsabilidade Civil x Responsabilidade Criminal

No que tange ao alcance dessa denominada “Responsabilidade” podemos notar que não se restringe a ceara civil, mas pode também abranger outras matérias do direito, bem como no âmbito penal, tributário e administrativo, cada qual com sua devia previsão legal.

Nesse sentido STOLZE (2008, p. 4) considera que:

“na responsabilidade civil, o agente que cometeu ato ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o *status quo ante*, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano, enquanto, pela responsabilidade penal ou criminal, deve o agente sofrer a aplicação de uma cominação legal, que pode ser privativa de liberdade (ex: prisão), restritiva de direito (ex: perda da carta de habilitação de motorista), ou mesmo pecuniária (ex: multa)”.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a reparação representa um meio indireto de solucionar os desequilíbrios inerentes às relações privadas, fazendo com que o responsável, ora causador do dano, seja obrigado a agir, ou a dispor de seu patrimônio para a devida reparação dos danos ocasionados ao prejudicado.

Nessa ótica, necessário ficar claro que, em relação aos casos da responsabilização civil e responsabilização criminal estas, *a priori*, originam-se de um fato juridicamente qualificado como ilícito, ou em outras palavras, como não desejados pelo Direito, uma vez que foi praticado em ofensa à ordem jurídica.

Aponta PABLO STOLZE, baseado em NÉLSON HUNGRIA que “ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Em seus aspectos fundamentais há uma perfeita coincidência entre o ilícito civil e o ilícito penal, pois ambos constituem uma violação da ordem jurídica, acarretando, em consequência, um estado de desequilíbrio social”. (STOLZE, 2008, pag. 6 apud HUNGRIA, 1995, p. 214).

Entretanto, enquanto o ilícito penal acarreta uma violação da ordem jurídica, que por sua gravidade, tem-se como única e exclusiva sanção a imposição de pena, no ilícito civil, por ser possuir de certo modo, menor impacto social, tem-se como suficientes as sanções por meio de indenizações, restituição *in specie*, execução forçada e etc.

Deste modo, com a breve explanação da origem e conceito da responsabilidade, bem como estabelecidas as premissas comparativas entre a responsabilidade civil e criminal, já

percebe-se a grande importância do maior abrangência da matéria e resultando em um vasto campo de possibilidades de dano, resultante das fases evolutivas tanto tecnológica, negocial e jurídica, além de outras existentes, acarretando no surgimento de problemas de ordem material e moral, e passando-se a levar em consideração a necessidade de culpa e dolo.

### **2.3 Responsabilidade Contratual X Responsabilidade Extracontratual**

A Responsabilidade Civil surge em face do descumprimento de uma obrigação, em decorrência da inobservância de uma regra estabelecida em um contrato, ou ainda pela desobediência de um preceito normativo. Neste sentido, fala-se, em responsabilidade civil contratual ou negocial e em responsabilidade civil extracontratual, também conhecida como responsabilidade aquiliana,

Ensina Flávio Tartuce, (2011, p.394) que a Lei Aquilana, aprovada no final do século III a.C, surgiu no Direito Romano, justamente no momento em que a responsabilidade sem culpa constituía a regra, sendo, o causador do dano punido de acordo com a pena de Talião, prevista na Lei das XII Tábuas. A experiência tida pelos romanos demonstrou que a responsabilidade sem culpa poderia trazer situações injustas, surgindo à necessidade da comprovação desta como uma questão social evolutiva.

Superada tal fase, a responsabilidade mediante comprovação de culpa passou a ser a regra em todo o Direito Comparado, influenciando as condições privadas modernas, como Código Civil Frances de 1804, o Código Civil Brasileiro de 1916 e ainda o Código Civil Brasileiro de 2002.

Assim, quanto à origem da responsabilidade civil, admite-se as seguintes classificações:

Responsabilidade Civil Contratual ou Negocial, o qual surge nos casos de inadimplemento de uma obrigação, estando fundamentada nos artigos 389, 390 e 391 do atual Código Civil.

O artigo 389 trata do descumprimento da obrigação positiva (dar e fazer). O artigo 390, do descumprimento da obrigação negativa (não fazer). Por sua vez o artigo 391 consagra o princípio da responsabilidade patrimonial, prevendo que o inadimplemento de uma obrigação responde todos os bens do devedor, salvo aqueles protegidos pela impenhorabilidade.

Com relação a Responsabilidade Civil Extracontratual ou aquiliana, respaldada pelo Código Civil de 1916, estava fundada no ato ilícito, já no atual Código Civil de 2002, além de fundamentar-se no ato ilícito, também ressalta o abuso de poder.

Pablo Stolze (2008, p.16), explica que se um prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator (caso do sujeito que bate em um carro, estará diante da responsabilidade extracontratual. Por outro lado, se, entre as partes envolvidas, já existia norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada neste contrato, estaremos diante de uma situação de responsabilidade contratual.

Diante de tal fato, em forma simplificada, pode-se dizer que a responsabilidade civil contratual, é aquela decorrente do inadimplemento de uma obrigação pré-estabelecida em um contrato. E quanto a extracontratual, trata-se de uma violação direta de uma norma legal.

Nesse sentido sustenta Flávio Tartuce, (2011, p. 394), sobre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, que trata-se tais teoria de um modelo dual ou binário de responsabilidades, entretanto a tendência é a da unificação, uma vez que tal divisão reflete a um tempo passado, uma vez que os princípios e regramentos básicos que regem as duas supostas modalidades de responsabilidade civil são exatamente os mesmo.

## **2.4 Responsabilidade Civil Subjetiva X Responsabilidade Civil Objetiva**

A responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos.

PABLO STOLZE, (2008, p. 13) expõe que em razão de ser decorrente de culpa, e por ter natureza civil, se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência ou imprudência.

Citada conclusão é retirada da interpretação da primeira parte do art. 159 do Código Civil de 1916, que assim dispõe:

“Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”  
(BRASIL, 1916).

Regra esta, mantida no atual Código Civil, o qual dispõe que:

“Art. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, verifica-se através do dispositivo normativo que a obrigação de indenizar, ou seja, reparar o dano é consequência jurídica de um ato ilícito.

Em um entendimento simples acerca da responsabilidade civil, no âmbito da doutrina subjetiva, é a ideia de que cada um responde pela própria culpa onde caracteriza o direito a pretensão reparatória, caberá ao autor, via de regra a obrigação de comprovar a culpa do réu. Porém em determinados casos e atribuído a responsabilidade a outra pessoa que não teve ligação direta com o dano, mas sim por terceiro que tenha relação jurídica com este.

Nestes casos trata-se de uma responsabilidade indireta, onde não se despreza o elemento culpa, mas presume-se, em razão do dever geral de vigilância atribuído ao réu.

Porem haverá hipóteses em que sequer será necessário a caracterização da culpa, neste caso estaremos diante do que claramente é chamado de responsabilidade civil objetiva, segundo o qual e irrelevante qualquer forma de caracterização que senão a existência de elo de causalidade entre o dano e a conduta daquele responsável, para que surja o dever de indenizar.

As teorias objetivistas da responsabilidade civil trataram como mera reparação de dano, embasada no risco da atividade exercida pelo agente. Ressalta-se que tal teoria teve seu surgimento no final do século XIX, onde o Direito Civil começou a receber influência da Escola Positiva Penal.

O que se pode notar e que, o sistema material civil brasileiro acolhe primeiramente a teoria subjetivista, conforme breve leitura do referido art. 159 do Código Civil de 1916, onde fixa regra geral da responsabilidade civil e hoje está prevista no art. 186 do Código civil de 2002.

Assim sendo e fácil de constatar que as teorias objetivas, não foram abandonadas em sua integralidade, havendo diversas disposições esparsas que as utilizam.

Portanto, a tese mais aceita que deve reger a matéria no âmbito nacional e de que via de regra existe uma forma dual de responsabilidade civil, posto a responsabilidade subjetiva, regra inquestionável no antigo regimento, coexiste com a atual responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do evento dano.

## 2.5 Função Da Reparação Civil

Conforme anteriormente exposto, vimos que a ofensa aos bens jurídicos podem gerar responsabilização em dois graus, quando o ordenamento visa à prevenção/ repreensão pelo Direito Público (Direito Penal) ou quando busca uma reparação dos danos causados pelo autor (responsabilidade civil).

PABLO STOLZE, cita CLAYTON REIS, em sua obra, onde dispõe acerca do resultado danoso, e em face disso caberá a *outrem* a responsabilidade de reparar.

“o ofensor receberá a sanção correspondente consistente na repreensão social, tantas vezes quantas forem suas ações ilícitas, até conscientiza-se da obrigação em respeitar os direitos das pessoas. Os espíritos responsáveis possuem uma absoluta consciência do dever social, posto que, somente fazem aos outros o que querem que seja feito a eles próprios. Estas pessoas possuem exata noção do dever social, consistente em uma conduta emoldurada na ética e no respeito aos direitos alheios. Pro seu turno, a repreensão contida na norma legal tem como pressuposto conduzir as pessoas a uma compreensão dos fundamentos que regem o equilíbrio social. Por isso, a lei possui um sentido tríplice: reparar punir e educar”. STOLZE apud CLAYTON REIS, 2008. p. 21).

Nesse sentido, através de tal entendimento, três funções podem ser facilmente visualizadas no instituto da reparação da reparação civil: 1) compensatória do dano a vítima; 2) punitiva do ofensor; e 3) desmotivação social da conduta lesiva.

Com relação à função compensatória do dano à vítima, encontra-se o objetivo básico da reparação civil, ou seja, retornar as coisas ao *status quo ante*, repondo o bem perdido diretamente, ou, quando não sendo mais possível tal circunstancia, impondo o ofensor ao pagamento de um *quantum* indenizatório, em quantia equivalente ao valor do bem.

Na segunda função, qual seja, a punição do autor, tem-se que a primeira possui total relação com esta, embora a punição não seja a finalidade básica, uma vez que se admite a sua não incidência quando possível a restituição integral da situação jurídica anterior, a prestação imposta ao ofensor também gera um efeito punitivo pela ausência de cautela na prática de seus atos, persuadindo-o a não mais lesionar.

Tal persuasão não se restringe a figura do causador do dano, acabando por incidir na terceira função, qual seja de cunho sócio educativo, que é a de tornar público que condutas

semelhantes não serão toleradas. Alcançando assim, de forma indireta a própria sociedade, restabelecendo o equilíbrio e a segurança desejados pelo Direito.

### 3 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

A Responsabilidade Civil do Estado passou por uma longa evolução histórica, iniciando pelo conceito de irresponsabilidade, onde o Estado era totalmente isento de da responsabilidade de reparar o dano, logo mais para a responsabilidade com culpa civil onde o Estado passou-se a admitir sua responsabilidade, entretanto havia a necessidade de comprovação da culpa do agente, mais adiante surgiu a responsabilidade civilista onde toda sua fundamentação baseava-se no direito civil e, por conseguinte, para a fase da responsabilidade pública, a qual nos encontramos fundamentada no artigo 37 § 6º da Carta maior, onde há a necessidade de se comprovar o ato, bem como o dano e o nexos causal entre eles.

À sombra dos Governos absolutos não havia a responsabilidade do Estado, sob a regra inglesa onde se pregava que aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei – *quo principi placuit habet legis vigorem* –, onde partiu do princípio de que o rei não pode errar, em que qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significava colocá-la no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania (SANTOS, 2015).

Após tal período, sob a influência do liberalismo, o Estado foi comparado ao indivíduo, com o intuito de que pudesse ser responsabilizado pelos atos culposos ocasionados por seus agentes, e por fim adotou-se a responsabilidade especial de direito público, em que está vigente nos dias atuais.

“A Doutrina do Direito Público propôs-se a resolver a questão da responsabilidade civil da administração por princípios objetivos, expressos na teoria da responsabilidade sem culpa ou fundados numa culpa especial do serviço público quando lesivo de terceiros” (MEIRELLES, 2011, p. 698).

Deste modo, segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2014, p.815) podemos dizer de forma sucinta que responsabilidade do Estado passou pelas seguintes fase: Irresponsabilidade do Estado; Responsabilidade com culpa civil; culpa administrativa, o qual representou o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a responsabilidade objetiva, atualmente adota; teoria do risco administrativo; e finalmente a teoria do risco integral, onde a responsabilização civil é de certa forma tida com uma exacerbação da responsabilidade administrativa, haja visto, que basta apenas a comprovação

do dano e nexa causal, para que surja o dever em indenizar, não havendo a possibilidade de que o Estado alegue qualquer tipo de excludente.

### **3.1 Responsabilidade do Estado e Estado de Direito**

BANDEIRA DE MELO, explica que a responsabilidade do estado, desde o advento do Estado de Direito, sob ponto de vista lógico poderia independer de regra expressa para firmar-se, bem como dispensar o apelo a normas de Direito Privado para lhe servirem de socorro.

Nesse diapasão a idéia de responsabilidade do Estado é um efeito nítido da noção de Estado Direito, pois a partir do momento em que se reconheceu a sujeição de todas as pessoas tanto públicas, quanto privadas, ao quadro da ordem jurídica, todos terão por coerência lógica, o dever de responder pelos danos causados a outrem em virtude de seus comportamentos violadores do direito alheio.

Nesse sentido é a doutrina de BANDEIRA DE MELLO, o qual elucida que:

“(...) Entendimento de que a idéia de República (res publica – coisa pública) traz consigo a noção de um regime institucionalizado, isto é, onde todas as autoridades são responsáveis, “onde não há um sujeito de direitos”. (MELLO, 2011, p. 1008)

Posto isto pode se observar que, o Estado é um sujeito de direitos, o Estado é responsável. Ser responsável implica responder por seus atos, ou seja, no caso de haver causado dano a alguém, se impõe o dever de repará-lo.

Por conseguinte, não se pode dizer que no moderno Estado de Direito, pode se inserir dúvida quanto à existência do princípio da responsabilidade do Estado. Portanto, não é necessário socorrer no Direito Privado fundamento para justificar sua existência, pois, o alicerce da Responsabilidade do Estado reside na espinha dorsal do Estado de Direito.

### **3.2 Origem da Responsabilidade do Estado**

Um dos fundamentos do moderno direito constitucional é, exatamente, a sujeição de todas as pessoas, públicas e privadas, ao ordenamento jurídico, de tal sorte que a lesão aos bens jurídicos de outrem gera para o autor do dano o compromisso de repará-lo.

As ações Estatais rendem ensejo à produção de danos mais intensos que os suscetíveis de serem gerados pelos particulares, por este fato, as situações que podem ocasioná-los também podem ser distintas. Nessa linha, preleciona Bandeira de Mello, que:

A Responsabilidade do Estado governa-se por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica, e, por isso mesmo, é mais extensa que a responsabilidade que pode calhar às pessoas privadas (MELLO, 2011, p. 1005).

Assim, se os deveres Públicos do Estado o coloca permanentemente compelido a prestações múltiplas as quais não se pode deixar de atender, sob pena de afronta ao seu dever enquanto Estado, seja porque dispõe do uso da força imperativa, seja porque seu contato constante com os administrados lhe proporciona causar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a Responsabilidade Estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade da sua posição jurídica.

Nesse esteio, impende observar que os administrados não têm como se evadir ou sequer minimizar os riscos de agravo proveniente da ação do Estado, ao contrário do que sucede nas relações privadas. Destarte, é o próprio Poder Público quem dita os termos de sua presença no seio da coletividade, sendo ele quem institui o teor e a amplitude de seu relacionamento com os membros do corpo social.

Com efeito, os danos causados pelo Estado resultam de comportamentos produzidos a título de desempenhar missões no interesse de toda sociedade, não sendo justo, portanto, que apenas alguns sofram os prejuízos gerados por ocasião de atividades exercidas em proveito de todos.

Por isto, a Responsabilidade do Estado obedece a um regime próprio, capaz de compatibilizar-se com as peculiaridades de sua pessoa, com o tipo e origem de prejuízos passíveis de serem por ele produzidos e aptos a resguardar o patrimônio particular contra os riscos ligados a ações e omissões estatais.

Nesse diapasão, a história da Responsabilidade Estatal reflete uma contínua evolução e adaptação a estas particularidades do Estado. Desenvolve continuamente, para uma extensão e ampliação dos casos de Responsabilidades de maneira a resguardar cada vez mais os interesses privados.

Insta mencionar que, no que tange as funções públicas suscetíveis de gerarem compromisso Estatal por danos, percebe-se um avanço com relação a Responsabilidade por atos legislativos o que já sucede, em alguns casos, nos tempos hodiernos; podendo ser admitida, ainda, embora muito estritamente, responsabilidades por atos jurisdicionais.

No que tange as condições para ensejar a Responsabilidade do Estado, seu ponto mais evoluído é a Responsabilidade Objetiva, ou seja, independentemente de culpa ou

procedimento contrário ao direito. Essa teoria se caracteriza pela comprovação de três elementos: a conduta do estado, o dano, e o nexo de causalidade entre a ação/omissão estatal e o prejuízo suportado, não havendo a necessidade da presença do elemento subjetivo (culpa ou dolo). Salienta-se que a obrigação de indenizar a que está sujeita o Estado decorre tanto de um comportamento lícito, quanto um comportamento ilícito, sendo que, o fundamento da reparação no caso de condutas lícitas será o princípio da isonomia, já no que se refere a comportamentos ilícitos seu fundamento é o princípio da legalidade. Essa fronteira já é território incorporado ao direito contemporâneo.

Ademais, no Direito Brasileiro, afirma-se que a Responsabilidade Objetiva do Estado é a regra de nosso sistema, configurada desde a constituição de 1946 (art.194), passando pela Carta de 1967 (art.105), pela Carta de 1969, dita emenda nº 1 à Constituição de 1967 (art. 105). Por fim, no nosso atual ordenamento jurídico tal regra vem expressa no art. 37 §6º da Constituição da República.

### **3.3 Teoria da Irresponsabilidade**

Num primeiro momento, aplicava-se ao Estado a teoria da Irresponsabilidade, nessa época sustentava-se que o Estado, por meio do soberano, era o titular de uma autoridade incontestável, de origem divina, até para exercer a tutela do direito. Desse modo, entendia-se que jamais poderia o Estado agir contra o Direito, pois, qualquer responsabilidade que lhe fosse conferida significaria colocá-lo no mesmo plano que o súdito, em desrespeito à sua soberania.

Segundo Di Pietro (1997, p. 409), a teoria da irresponsabilidade do Estado perante os danos que seus agentes causem aos particulares, “também chamada teoria regalista, regaliana ou feudal, foi adotada na época dos Estados absolutos, repousando, fundamentalmente, na idéia de soberania”. Ainda para renomada doutrinadora:

[...] O Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar e o de que aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei. Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania (DI PIETRO, 1997, p. 410).

Nos ensinamentos de Diniz (1999, p. 34), “a teoria da irresponsabilidade é a mais antiga e decorre da idéia absolutista que apresentava o Estado como um ente todo-poderoso, contra o qual não prevaleciam os direitos individuais”.

Pereira (1998, p. 128) diz que na “concepção política de Estado absoluto, não se poderia conceber a idéia de reparação de danos causados pelo poder público, dado que se não admitia a constituição de direitos contra o Estado soberano”.

Saad (1994, p. 68) aponta a seguinte síntese a respeito da teoria da irresponsabilidade:

(a) afirmação da soberania do Estado e da desigualdade natural entre ele e seus administrados; (b) entendimento de que o Estado como elaborador e aplicador da ordem jurídica não a pode violar; (c) de que os atos contrários à lei somente poderão ser imputados ao funcionário, devendo este ser responsabilizado, pessoalmente, jamais o Estado.

Dessa forma, o Estado liberal manteve a absoluta irresponsabilidade do Poder Público, admitindo, somente a responsabilização pessoal dos seus agentes quando da prática de atos culposos. No entender de Di Pietro (1997, p. 410) “o Estado deve tutelar o direito, não pode deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações”.

A respeito acentua Trujillo (1995, p. 47) que:

A soberania, que na sua forma originária, tinha um caráter absoluto, sofre hoje restrições jurídicas, impondo ao Estado sua submissão às condições objetivas do Direito e da legalidade, tanto na ordem interna, quanto externa, constituindo o chamado Estado de Direito, juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis.

Com o passar do tempo, como salienta Meirelles (2001, p. 610), “a tese da irresponsabilidade foi sendo gradativamente abandonada pelos legisladores, vindo a desaparecer completamente logo após a 2ª Guerra Mundial”.

O que para os dias de hoje torna-se algo inaplicável, não se enquadrando no atual ordenamento jurídico devido a solidificação da responsabilidade do Estado.

### 3.4 Teorias da Responsabilidade do Estado

Afirma Marcelo Alexandrino e Vicente de Paula (2014, p.815) que após a passagem da teoria da irresponsabilidade onde tiveram como últimos adeptos os Estado Unidos e a Inglaterra, passou esta doutrina a ser influenciada pelo liberalismo, com intuito assim de se equiparar o indivíduo ao Estado, possibilitando ao particular a possibilidade de ser indenizado por atos nocivos, oriundos da atividade estatal.

“No Brasil, o reconhecimento dessa responsabilidade ocorreu com o surgimento do Tribunal de Conflitos, em 1873, entretanto ela não era nem geral nem absoluta, disciplinando-se por regras”. (FERNANDA MARINELA, 2012, P. 963)

E assim, posteriormente admitiu-se a responsabilidade do Estado na segunda metade do século XIX, evoluindo-se mais um pouco passando pela responsabilidade subjetiva, baseada na culpa, prevista no antigo Código Civil de 1916, em seu artigo 15.

Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente de Paula (2014, p.815) a Responsabilidade com culpa civil do Estado, influenciada pelo individualismo característico do liberalismo, pretendeu equiparar o Estado ao indivíduo, sendo, portanto, obrigado a indenizar os danos causados aos particulares nas mesmas hipóteses em que estão obrigados os indivíduos comuns, surgindo desta maneira a Responsabilidade subjetiva do Estado, o qual fundamenta-se por elementos subjetivos.

Para FERNANDA MARINELA (2012, p. 964), para que houvesse a caracterização da responsabilidade subjetiva, necessário fazia a comprovação de quatro elementos: a conduta estatal; o dano, condição indispensável para que a indenização não gere enriquecimento ilícito; o nexó de causalidade entre a conduta e o dano; e finalmente o elemento subjetivo, qual seja a culpa e o dolo do agente.

Desta maneira, para que fosse comprovada a Responsabilidade Estatal, era indispensável a comprovação destes quatro quesitos, devendo estes serem considerados de forma cumulativa, vez que caso inexistisse qualquer de um deles, restaria afastada a responsabilidade.

Entretanto, em decorrência da necessidade da comprovação realizada pela vítima, em razão da culpa ou dolo do agente, muitas vezes tornava a condenação estatal quase impossível, haja que visto que na Administração Pública nem sempre é fácil indicar o responsável pelo dano, quiçá que este ocorreu por dolo ou culpa.

Assim para que houvesse uma facilitação para fosse dada garantia jurídica ao lesada, a teoria da responsabilidade subjetiva foi abandonada, passando a vigorar a teoria da culpa do

serviço. Nesta a vítima já não mais precisava apontar o agente causador do dano, bastando tão somente a demonstração de que o serviço não foi prestado quando deveria ter sido, ou foi prestado de forma ineficiente, o que se denominava falta do serviço, ou para os franceses “*faute du service*”.

Todavia ainda que tal teoria almejasse facilitar o conjunto probatório para a vítima, ainda era difícil para que fosse demonstrado que o serviço foi prestado aquém dos padrões. Deste modo, para resolver tal impasse, o ordenamento jurídico, em casos específicos, começou a reconhecer a culpa presumida, hipótese esta em que a vítima ficava desobrigada em comprovar a culpa ou dolo. Em decorrência de tal acontecimento, em 1946, a Constituição Federal do Brasil, passou a adotar a teoria objetiva, sendo prevista no art. 194 da Carta Magna.

### **3.4.1 Teoria da Responsabilidade Subjetiva do Estado**

Da prepotência da irresponsabilidade estatal pelos danos, causados aos particulares, partiu-se para o reconhecimento da aplicabilidade da concepção da responsabilidade subjetiva, edificada na culpa do funcionário, ancorada nos princípios da responsabilidade por fato de terceiro (patrão, preponente, mandante, representante).

Em decorrência da Revolução Industrial, ocorrida no século XVIII, e do início do sistema capitalista, a estrutura da sociedade sofreu grandes mutações acompanhadas por uma notável evolução tecnológica. Além disso, difundiu-se a ideia de submissão do Estado ao Direito, gerando um crescente reconhecimento dos direitos dos indivíduos diante o Estado.

Foi nesse contexto de mudanças sociais e econômicas, no final do século XIX, que paradigmas de base da Responsabilidade Civil do Estado foram difundidos, citado como exemplo, a origem da figura do Estado empresário. Passou-se a reconhecer desta forma, a separação da atividade do Estado em atos de império e atos de gestão.

No que tange aos atos de gestão, haveria responsabilidade para o Estado, pois atuava como se particular fosse, sendo que o Estado era obrigado a reparar os danos causados no desempenho de suas funções, desde que houvesse culpa do agente. Em contrapartida, quanto aos atos de império não haveria para o Estado qualquer tipo de responsabilização pelo fato de estar editando atos que estão estritamente vinculados a soberania.

Embora essa teoria proporcionasse um grande avanço vez que abriu a possibilidade de responsabilizar o Estado, surgiram severas críticas em oposição a esta, tendo em vista a

impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, na indevida equiparação deste com o administrado.

Posteriormente, com o reconhecimento da culpa administrativa a responsabilidade Estatal evoluiu de estágio, passando a não mais ser necessária à distinção supracitada, determinante de inúmeras incertezas.

O primeiro diploma legal a tratar especificamente sobre o tema foi o Código Civil de 1916, dispondo em seu artigo 15, que:

As pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao Direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

A responsabilidade subjetiva nesse contexto possuía como fundamento o elemento subjetivo, a intenção do agente. Nesse esteio, para sua caracterização seria necessária à ocorrência cumulativa de quatro elementos: a conduta Estatal; o dano; o nexo de causalidade entre a conduta e o dano; e o elemento subjetivo, a culpa ou o dolo do agente. Cumpre esclarecer que a falta do elemento subjetivo excluía a responsabilização do Estado, e que de mesmo modo a falta de um dos demais elementos a afetaria, ficando esta afastada.

O elemento subjetivo culpa significa agir com negligência, imperícia ou imprudência, representando condutas antijurídicas, portanto, se o administrador age com negligência está em desacordo com a Lei. O elemento subjetivo dolo é a intenção do agente de causar o dano, ou no caso de omissão, deixar que ele ocorra, o que de mesmo modo caracteriza o descumprimento da Lei.

Nesse diapasão, FERNANDA MARINELA ensina que:

A teoria subjetiva consiste na obrigação de indenizar em razão de comportamentos, procedimentos, ações contrárias ao Direito que consistem em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo. Assim o grande fundamento dessa responsabilidade é o princípio da Legalidade (FERNANDA MARINELA, 2011, p. 936).

Entretanto, esta situação apresentava-se para o indivíduo de forma muito desvantajosa, ficando este, muitas vezes, sem ser reparado ante a impossibilidade de se assinalar qual era a autoridade competente, de onde adveio a ordem causadora do dano. Além disso, ainda que

fosse possível identificá-la, era preciso comprovar a culpa do agente, o que não raro resultava inviável.

Nesse esteio, a concepção civilista então difundida não era suficiente para proteger os direitos dos cidadãos contra a indevida intervenção Estatal. Além do mais, a evolução do princípio da legalidade implicou o reconhecimento de limitações na atuação do Estado, que, ao executar as leis emanadas do Poder Legislativo, era submisso às mesmas, igualmente como os particulares.

Assim, aos poucos, a teoria da responsabilidade civil do Estado em sua concepção de culpa restou superada, preferindo-se mais uma vez proteger a vítima. Portanto, a teoria da responsabilidade subjetiva evoluiu da culpa do agente, para culpa do serviço.

Esta inovação foi trazida pela jurisprudência francesa, através do Conseil d'État, com a elaboração da noção de "falta de serviço" (*faute du service*), conhecida também por culpa anônima. Configura-se a falta do serviço ou a culpa do serviço quando o serviço não foi prestado quando deveria ter sido (inexistência do serviço); ou foi prestado de forma ineficiente ou foi malfeito (mau funcionamento); ou foi prestado atrasado, quando deveria funcionar a tempo (retardamento), bastando, portanto, comprovar a ausência do serviço devido ou seu defeituoso funcionamento para motivar a responsabilização do Estado pelos prejuízos daí decorrentes causados aos administrados.

Insta comentar que, o agente não precisa ser determinado, sendo dispensável a prova de que o agente tenha incidido em culpa, satisfazendo-se a responsabilização apenas com a constatação de um mau agenciador geral, anônimo, impessoal, na incorreta condução do serviço, à qual o dano possa ser imputado. Frise-se, independe da demonstração da culpa do agente.

Na verdade, a falta do serviço implicava o reconhecimento de culpa da Administração. Assim é que JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, ao discorrer sobre o assunto, revela que:

(...) para que o lesado pudesse exercer seu direito à reparação dos prejuízos, era necessário que comprovasse que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado atuado culposamente. Cabia-lhe, ainda, o ônus de provar o elemento culpa (FILHO, 2009, p. 523).

Mas, embora a dita teoria facilite o conjunto probatório, resultando em maior proteção ao administrado, ainda não era fácil evidenciar que o serviço não foi prestado, foi prestado

atrasado ou de forma ineficiente. Diante deste fato, o ordenamento jurídico reconheceu, em algumas situações, a culpa presumida, hipótese em que a vítima fica desobrigada de prová-la.

É imperioso destacar que em inúmeros países, a tradução inadequada da noção *faute du servisse*, mais especificamente em relação à palavra francesa *faute*, confundiu alguns autores que chegaram a afirmar que não havia distinção entre culpa anônima e responsabilidade objetiva. O correto significado da palavra é culpa, mas foi traduzida, inadequadamente como falta (ausência), trazendo a ideia de algo objetivo, como bem ensina Celso Antônio Bandeira de Mello.

### **3.4.2 Teoria da Culpa Administrativa**

A tese da Culpa Administrativa representou o primeiro passo de transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a responsabilidade objetiva, atualmente adotada na maioria dos países ocidentais.

Segunda a teoria da culpa administrativa, o dever de o Estado indenizar o dano sofrido pelo particular somente surge, caso haja a comprovação da existência da falta de serviço. Citada tese sustenta que somente o dano decorrente de irregularidade na execução da atividade administrativa ensejaria a indenização ao particular, ou seja, há a necessidade da comprovação de culpa, mas não uma culpa subjetiva do agente causador do dano, e sim uma culpa especial da administração à qual se convencionou chamar culpa administrativa ou culpa anônima.

MARCELO ALEXANDRINO E VICENTE PAULO, (2014, p. 815) ensinam em sua obra que, “ a culpa administrativa pode decorrer de uma das três formas possíveis de falta de serviço : inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço, cabendo sempre ao particular prejudicado pela falta, comprovar sua ocorrência para fazer jus à indenização”.

### **3.4.3 Teoria da Responsabilidade Objetiva**

Das doutrinas civilistas e após a teoria da culpa no serviço, o direito dos povos modernos passou a consagrar a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, fundada nos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais.

Nesse sentido, a teoria da Responsabilidade Objetiva foi subdividida em 2 (duas) teorias, a do risco administrativo; e do risco integral.

Na teoria do risco, a atuação estatal que causasse dano ao particular já fazia nascer para a administração pública a obrigação de indenizar, não mais sendo necessário questionar-se a falta do agente ou do próprio serviço. Para esta teoria, ora a mais em voga, para gerar uma responsabilização estatal, basta que o indivíduo demonstre a relação de causalidade entre o ato da Administração e o dano sofrido, e que para a ocorrência do dano não tenha contribuído o indivíduo com atitude culposa.

Nessa linha de raciocínio, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO faz a seguinte observação sobre a base jurídica da responsabilização objetiva:

(...) o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. Consequentemente nota-se que, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito (MELLO, 2011, p. 1015).

Segundo ensinamentos da doutrinadora ODETE MEDAUAR, dois são os preceitos que respaldam a concepção da responsabilidade objetiva do Estado. São eles:

Em primeiro lugar, o próprio sentido de justiça (equidade), o *neminem laedere*, o *alterum non laedere*, que permeia o Direito e a própria vida, em virtude do qual o causador de prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano. No caso da Administração, a multiplicidade e amplitude de suas atividades e as suas prerrogativas de poder, ensejam risco maior de danos a terceiros. Por outro lado, nem sempre é possível identificar o agente causador, nem sempre é possível demonstrar seu dolo ou culpa. Melhor se asseguram os direitos da vítima ante o tratamento objetivo da responsabilidade da Administração. Em segundo lugar, o preceito da igualdade de todos ante os ônus e encargos da Administração, também denominado “solidariedade social”. Se, em tese, todos se beneficiam as atividades da Administração, todos (representados pelo Estado) devem compartilhar do ressarcimento dos danos que essas atividades causam a alguns (MEDAUAR, 2009, p. 377).

A responsabilidade civil objetiva surgiu, portanto, da necessidade da vítima de obter reparação do dano sem provar a culpa do agente.

Assim sendo, novas situações, então, que não poderiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa, fizeram nascer esta responsabilidade. Descarta-se, assim, qualquer

questionamento em torno da culpa lato sensu do agente causador do dano, ou sobre a falta do serviço ou culpa anônima da Administração.

Em suma, nasce o dever de reparar porque o Estado lesionou bem jurídico do indivíduo e há relação de causalidade entre a atividade administrativa e o agravo sofrido pelo particular.

Percebe-se pela teoria do risco administrativo, a responsabilização civil da administração pública dispensa a prova de culpa na sua atuação, mas é possível dela eximir-se da obrigação de indenizar, caso comprove culpa exclusiva do particular que sofreu o dano, ou alguma excludente.

Por outro lado a teoria do risco integral consiste, em uma exacerbação da responsabilidade civil da administração pública. Tal teoria sustenta que basta a comprovação da existência do evento danoso e do nexos causal para que surja a obrigação de indenizar do Estado, sem a possibilidade de que este alegue excludente de sua responsabilidade.

Nas palavras de HELY LOPES MEIRELLES, este ensina que a adoção da teoria do risco integral atenta contra a equidade social, vez que:

Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí por que foi acoimada de “brutal”, pelas graves consequências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza (MEIRELLES, 2011, pág.700).

Embora nega-se a aplicação desta teoria ao direito Brasileiro, CAVALIERI FILHO citado na doutrina de FERNANDA MARINELA (2012, p.983), afirma tratar-se de responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco integral o disposto no artigo 21 inciso XXIII, alínea "d" (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006) da CF, aduzindo que:

Art. 21. Compete à União:

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

Deste modo, a doutrina defensora desse posicionamento elucida que a responsabilidade civil em relação ao dano nuclear, estabelece a responsabilidade objetiva,

fundada no risco integral, em razão do enorme risco que decorre da exploração da atividade nuclear.

Conclui-se, portanto, que a evolução da "responsabilidade" do Estado passou pela ideia de irresponsabilidade, responsabilidade subjetiva baseada na culpa, para atingir a denominada responsabilidade objetiva, baseada na mera relação de causa e efeito entre o ato estatal e o evento danoso.

#### **4 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO**

No Brasil, a evolução histórica da responsabilidade Civil do Estado se deu de forma diversa, pois, na verdade, inexistiu inicialmente a fase da irresponsabilidade. Assim, o direito Pátrio oscilou entre teorias subjetivas e objetivas da responsabilidade da administração, acreditando-se que o Estado era responsável pelos danos decorrentes de seus atos.

A Constituição do Império, datada de 1824, consagrou a responsabilização dos empregados públicos pelos abusos e omissões praticados no exercício de sua função.

Posteriormente, nesse mesmo sentido, foi promulgada na Constituição Republicana, de 1891, dispositivo com idêntico teor. Não se tratava de atribuir responsabilidade pessoal aos funcionários. O Estado era responsável solidário em relação aos atos praticados por seus agentes "desde que a culpa do responsável fosse comprovada". Tal elemento era imprescindível para determinar a obrigação de indenizar.

BANDEIRA DE MELLO expõe em sua obra que:

“O Código Civil de 1916, em seu artigo 15, foi o primeiro dispositivo legal a tratar sobre o regime jurídico da responsabilidade civil do Estado, acolhendo a teoria subjetivista, dominante na época. Inobstante se verificava evidente o caráter subjetivo contido no dispositivo acima mencionado, consagrando-se a teoria da responsabilidade subjetiva” (MELLO, 2011, p. 1036).

De outro lado remanesce para outros doutrinadores minoritários, como: RUI BARBOSA, PEDRO LESSA e AMARO CAVALCANTI<sup>1</sup>, o entendimento de que o disposto no artigo 15 do CC/1916 se tratava da responsabilidade objetiva do Poder Público, lastreada na teoria do risco, vejamos: . De fato, a imprecisão do legislador na redação dada ao texto do artigo 15, propiciou divergências na sua interpretação.

---

<sup>1</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2010, Editora Malheiros, 28ª Edição, Pag.1018

Nesse diapasão, a teoria da responsabilidade subjetiva vigorou até a Constituição Federal de 1946, pois, com sua promulgação, acolheu-se a teoria do risco administrativo, onde em seu art. 194, previa que:

“As pessoas jurídicas de Direito Público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”. (BRASIL, 1946).

Nesse contexto, a teoria da responsabilidade objetiva foi introduzida em nosso ordenamento Pátrio pela constituição de 1946, tornando-se a regra nas constituições posteriores.

Nota-se claramente que o disposto no artigo 194 da Constituição de 1946, não faz nenhuma referência à culpa, diferentemente da previsão do art. 15, do Código Civil de 2016. A culpa como elemento imprescindível para ensejar a responsabilidade do Estado, estava prevista no parágrafo único do referido dispositivo do Código Civil, onde tratava do direito de regresso do Estado em face do agente causador do dano.

Conclui-se assim, que desde a promulgação da Constituição Federal de 1946, a redação do artigo 15 do antigo código civil (1916) restou prejudicada, sendo este derogado, haja vista a consagração da responsabilidade objetiva pela Constituição Federal de 1946. Aliás, a disposição contida no artigo 15 do antigo código civil de 1916, foi alterada posteriormente com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, sendo a regra agora prevista no artigo 43, pois sua nova redação está em estrita consonância com o texto constitucional hoje vigente.

Em seguida, sobrevieram as Constituições de 1967 (artigo 105), 1969 (artigo 107), e a atualmente vigente Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37 §6º, que mantiveram a responsabilidade objetiva como regra, “impondo à Administração Pública o dever de indenizar os danos causados por conduta comissiva ou omissiva do agente, que age nessa qualidade”.

#### 4.1 REGRAMENTO CONSTITUCIONAL

O texto do art. 37, § 6º, da Constituição de 1988, a despeito de não alterar a doutrina já consagrada anteriormente, apresenta ao entender de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, que, três elementos merecem especial análise para sua perfeita apresentação, quais sejam: às pessoa responsáveis, agentes do Estado e a duplicidade das relações jurídicas.

#### 4.2 Pessoas Responsáveis

Em relação à classe das pessoas responsáveis, tem-se que esta se subdivide em duas categorias de pessoa sujeitas à responsabilidade objetiva: as pessoa jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

CARVALHO FILHO, dispõe em sua obra, quanto as pessoa sujeitas à responsabilidade objetiva que:

“São objetivamente responsáveis as pessoas jurídicas de direito público: as pessoas componentes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), as autarquias e as fundações públicas de natureza autárquica”. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 560).

A segunda categoria, qual seja, as pessoas jurídicas de direito privado, constituiu inovação no mandamento constitucional – as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. O intuito do Constituinte foi de igualar, para fins de sujeição à teoria da responsabilidade objetiva, as pessoas jurídicas de direito público e aqueles que, embora com personalidade jurídica de direito privado, executassem funções que, em princípio, caberiam ao Estado. Com efeito, se tais serviços são delgados a terceiros pelo próprio Poder Público, não seria justo nem correto que a só delegação tivesse o efeito de alijar a responsabilidade objetiva estatal e dificultar a reparação d prejuízos pelos administrados.

A responsabilidade objetiva das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos incide exclusivamente na hipótese em que o dano é perpetrado contra usuários, e isso porque são estes os titulares do direito à adequada prestação do serviço, assim, não seria objetiva a responsabilidade perante terceiros.

### **4.3 Agentes do Estado**

Quanto aos Agentes do Estado, dispõe o artigo 37 § 6º, da CF que o Estado é civilmente responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade venham a causar a terceiros. Como pessoa jurídica é o Estado não está autorizado a causar qualquer dano a ninguém.

A atuação Estatal se consubstancia por seus agentes, pessoas físicas capazes de manifestar vontade real. Todavia, tais atos são realizados em nome do Estado no qual assume toda a responsabilidade de seus agentes nessa qualidade. Quando se fala em agente estatal nessa qualidade, entende-se que estes estão desempenhando alguma tarefa em nome deste ente por que só pode o estado ser responsabilizado se o preposto estatal estiver no exercício de suas funções ou, ao menos, se esteja conduzindo com finalidade de exercê-la. Assim sendo, se causar dano a terceiro no decorrer da vida privada, sua responsabilidade é pessoal e regida pelo Direito Civil, não se podendo confundir com ato Estatal.

Para CARVALHO FILHO, o termo agente tem sentido amplo, não se confundindo com o termo servidor. Este é de sentido mais restrito e envolve uma relação de trabalho entre o indivíduo e o Estado. O servidor é um agente do Estado, mas há outros agentes, que não se caracterizam tipicamente como servidores. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 564).

Diante de todo exposto, são agentes sem vínculo típico de trabalho, os agentes colaboradores sem remuneração, enfim todos aqueles, que, de alguma forma, estejam juridicamente vinculados ao Estado.

### **4.4 Duplicidade das Relações Jurídicas**

Em relação à Duplicidade de Relação Jurídica, o texto constitucional, dispõe acerca da existência de duas relações jurídicas, havendo assim pessoas diversas encabeçando o polo ativo e passivo das relações. Na primeira parte do dispositivo, a Constituição regula a relação jurídica entre o Estado e o lesado, sendo aquele considerado civilmente responsável por danos causados a este. O fundamento jurídico dessa relação reside na responsabilidade objetiva do Estado, dispensada a prova de culpa pelo prejudicado.

Na parte final do dispositivo, no entanto, remete à relação jurídica pertinente ao direito de regresso, dela fazendo parte o Estado e seu agente. (retirar ponto final e inserir vírgula) Ao dizer que o Estado pode exercer seu direito de regresso contra o agente responsável nos casos de culpa ou dolo.

Nesse sentido, percebe-se que o Constituinte vinculou as partes à teoria da responsabilidade subjetiva ou com culpa. Significa dizer que o Estado só pode ressarcir do montante com que indenizou o lesado, mediante comprovação da atuação culposa de seu agente, no qual, de fato, constitui regra geral no direito privado.

Assim, ficou demonstrado que em todas as partes dessa relação jurídica de responsabilidade percebe-se que todas são embasadas na Constituição Federal.

#### **4.5 Responsabilidade por Atos Judiciais**

As expressões atos judiciais e atos judiciários suscitam algumas dúvidas quanto a seu sentido. Assim primeiramente cabe distinguir atos judiciais dos atos judiciários. Os primeiros são usados como sinônimos de atos jurisdicionais do juiz, peculiares ao exercício de sua função. Já os atos judiciários são usados para designar atos administrativos do Judiciário. Nos atos judiciários será aplicada a responsabilidade objetiva do Estado, pois, materialmente são atos administrativos, assim entendidos como todos os órgãos de apoio administrativo e judicial do Poder Judiciário.

José dos Santos Carvalho Filho, explica que:

“Atos judiciários (administrativos) é a expressão que tem sido normalmente reservada aos atos administrativos de apoio praticados no Judiciário em contrapartida os atos jurisdicionais (exercício da função), são aqueles praticados por magistrados no exercício da respectiva função”. (2008, p. 537)

Quanto aos atos judiciais é preciso analisar os argumentos alegados para a irresponsabilidade do estado. Nesse sentido é que advoga José dos Santos Carvalho Filho.

Assevera o autor que, tanto quanto os atos legislativos puros, os atos jurisdicionais típicos são em princípio insuscetíveis de redundar na responsabilidade civil 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, a ofensa à coisa julgada seria então o argumento mais intenso, e a ela deve-se especial atenção. A coisa julgada é instituto jurídico que integra o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica, assegurado em todo Estado Democrático de Direito.

Ressalta-se, no entanto, que a própria legislação processual admite uma mitigação da mesma, seja pela via da ação rescisória e da revisão criminal.

Nesse sentido, em alguma hipóteses não muito comuns, em que o juiz pratica ato jurisdicional ou (judicial) com o intuito de causar prejuízo à parte ou a terceiro. Nestes casos, segundo José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 537, tal ato representa uma conduta dolosa e revela, sem dúvida, violação ao dever funcional,

Com isso o que se almeja com a responsabilização do Estado nos atos judiciais é a reparação do dano pelo erro judicial, e não cabe ao Estado esconder-se sob o manto da coisa julgada para se eximir de sua responsabilidade, até porque não haverá desfiguração da coisa julgada, já que a decisão judicial vai continuar produzindo seus efeitos entre as partes.

Desta maneira, às condutas dolosas do juiz, nas quais este objetiva deliberadamente causar dano à parte, será aplicada a responsabilidade na pessoa do juiz, conforme se depreende do artigo 133 do CPC. Contudo, por ser o juiz um agente do Estado, e estar no exercício de sua função, e por força do artigo 37, §6º da CR, o Estado responde pelos atos praticados, mas, caberá ao Estado o direito de regresso contra o juiz. Nesse contexto, poderá a vítima propor a respectiva ação de indenização contra o Estado, contra o juiz, ou contra ambos.

Já no que concerne às condutas culposas, observar-se-á o artigo 5º, inciso LXXV, da CF/88, onde aduz que:

“o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Portanto, cabe a responsabilização do Estado, nos casos de erro judiciário e excesso de prisão, conforme entendimento jurisprudencial abaixo transcrito:

0266216-05.2010.8.19.0001 - APELACAO -1ª Ementa. DES. LUCIANO RINALDI - Julgamento: 08/04/2015 - SETIMA CAMARA CIVEL APELAÇÃO CÍVEL. ESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO CAUTELAR COM DURAÇÃO DE QUATRO ANOS E SETE MESES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR. DEMORA INJUSTIFICÁVEL EQUIPARÁVEL A ERRO JUDICIÁRIO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CABIMENTO. 1. Pelo prisma da dignidade da pessoa humana, devido processo legal e duração razoável do processo, equipara-se ao erro judiciário manter-se a prisão cautelar de indivíduo, ao final absolvido, por quatro anos, sete meses e quatro dias. A ilegalidade decorre da

própria duração da prisão cautelar, que, além de não encontrar qualquer justificativa razoável no ordenamento jurídico, revela, com triste nitidez, o drama da morosidade da Justiça. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça somente afasta a responsabilidade civil do Estado se a prisão cautelar, com posterior absolvição, houver sido realizada dentro dos limites legais, o que não se verificou no presente caso. 3. Colhe-se da doutrina que a ampliação da responsabilidade estatal, com vistas a tutelar a dignidade das pessoas, sua liberdade, integridade física, imagem e honra, não só para casos de erro judiciário, mas também de cárcere ilegal e, igualmente, para hipóteses de prisão provisória injusta, embora formalmente legal, é um fenômeno constatável em nações civilizadas, decorrente do efetivo respeito a esses valores (Roberto Delmanto Junior - in *As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração* - 2ª edição - Renovar - páginas 377/386). 4. Indenização moral que deve ser fixada em observância aos princípios da razoabilidade e moderação, notadamente quando vencido o Estado que, em última análise, é a própria sociedade. 5. Provimento parcial do recurso do Autor para condenar a parte ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), com correção monetária a partir desta data e juros do trânsito em julgado da sentença absolutória, bem como custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação. *Íntegra do Acórdão* - Data de Julgamento: 08/04/2015. *Íntegra do Acórdão* - Data de Julgamento: 19/08/2015 (BRASIL, TJRJ, 2015, p.1).

Assim, é indispensável que o Poder Público garanta a integridade e a efetividade da justiça que mesmo administrativamente, pois, a eventual injustiça, ainda que proveniente de sentença definitiva deve ser reparada e oportunamente ressarcida.

Nesse contexto, o erro judiciário será reconhecido por meio de acórdão na revisão criminal, e por meio de sentença cível no que concerne a reparação do dano na ação rescisória. A sentença ou acórdão que reconhecem o direito a reparação são títulos judiciais ilíquidos, devendo os mesmos ser liquidados no juízo cível.

A indenização pelo excesso de prisão abarca todas as espécies de prisão, seja ela processual, penal, administrativa, civil ou disciplinar, sendo que, o direito a reparação pelo excesso de prisão deverá ser pleiteado também por meio de ação própria no juízo cível.

No que se refere à legitimação ativa para a propositura das supracitadas ações, será do próprio indivíduo prejudicado, cabendo a este o ônus da prova. Contudo, se este vier a falecer serão legitimados aqueles a quem estava obrigado a alimentar.

A sujeição passiva será do órgão que gerou o erro judicial ou responsável pelo excesso de prisão, assim se proveniente de órgãos da Justiça Estadual, será responsável o respectivo Estado-membro, se resultou de órgão ligado a Justiça Federal, caberá a União indenizar.

Urge mencionar que o erro judiciário, bem como o excesso de prisão, acarretará a indenização pelos danos materiais (danos emergentes e lucros cessantes), recompondo-se a situação anterior do indivíduo, e pelo dano moral sofrido, onde são evidentes os danos psíquicos em face da lesão direta do direito à liberdade e à honra. Ressalta-se ainda há

possibilidade de o Estado agir espontaneamente, indenizando o indivíduo, vítima do erro judicial.

## **5 PRISÃO E A NATUREZA DA PRISÃO CAUTELAR**

### **5.1 Conceito de Prisão**

O termo prisão deriva do latim *prehensio*, de *prehendere*, que significa "o ato de prender ou o ato de agarrar uma coisa". Indica "o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de locomoção, isto é, da liberdade de ir e vir, recolhendo-a a um lugar seguro e fechado, de onde não poderá sair" (SILVA, 1967, p. 1221).

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, aduz em sua obra em seu conceito de prisão, dispondo que:

“É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta cumprimento de pena”. (NUCCI, 2014, p. 519).

Já nas palavras de FERNANDO CAPEZ, (2014, p. 307), “é a privação da liberdade de locomoção em virtude de flagrante delito ou determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Neste sentido, a prisão também é objeto de regulamentação bastante pormenorizada na Constituição Federal, que estabelece em seu art. 5º, inciso LXI, que: "Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei" (BRASIL, 1988). A regra continua sendo a liberdade, permitindo a Constituição o encarceramento somente diante de flagrância na prática de crime, ou mediante expedição da competente ordem de prisão devidamente fundamentada e nos demais casos previstos em lei.

## 5.2 Fundamento Constitucional da Prisão

Para Nucci (2014, p. 519) a regra, é que, “a prisão, no Brasil, deve basear-se em decisão de magistrado competente, devidamente motivada e reduzida a escrito, ou necessita decorrer de flagrante delito, neste caso cabendo a qualquer do povo a sua concretização.

Ademais, de acordo com a respectiva legislação, “enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, [...] o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, [...], quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória” (NUCCI, 2014, p. 520), assim tem-se diversas espécies de prisão, conforme a autoridade de que emane, e conforme o fim que a lei vise alcançar. Dessa forma, consoante o direito pátrio podemos enumerar, além da prisão penal, as prisões processuais e administrativas.

## 5.3 Espécies de Prisão

Existentes hoje em nosso ordenamento jurídico seis espécies de prisão, inicialmente iremos atentar para a intitulada prisão-pena ou prisão penal, o qual é imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, trata-se da privação da liberdade determinada com a finalidade de executar decisão judicial.

De acordo com Capez (2014, p. 306), “a prisão pena, ocorre após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade. Trata-se de medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado”.

A segunda modalidade de prisão, refere-se a prisão sem pena ou prisão processual, a qual refere-se a uma prisão de natureza puramente processual, imposta com finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, da persecução criminal ou da futura execução de pena, ou ainda, evitar que, solto, o indiciado continue na prática de possíveis delitos.

Fernando Capez, em sua obra, quanto à prisão processual ensina que:

“É imposta apenas para garantir que o processo atinja seus fins. Seu caráter é auxiliar e sua razão de ser é viabilizar a correta e eficaz persecução penal. Nada tem que ver com a gravidade da acusação por si só, tampouco com o clamor popular, mas com a satisfação de necessidades acautelatórias da investigação criminal e respectivo processo. Depende do preenchimento dos pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*”. (2014, p. 307)

Assim, chega-se a conclusão, que sua decretação se faz, quando não se pode aguardar o término do processo, face a existência do perigo de que tal demora permita que o sujeito, solto, continue a praticar crimes, dificulte a produção de provas, bem como venha a fugir, impossibilitando assim uma futura execução.

A terceira modalidade de prisão, trata-se da prisão civil, a qual veio por ser em parte, vedada pelo Pacto de San José da Costa Rica, onde, por meio da EC n. 45, foi acrescentado o § 3º ao art. 5º da CF, segundo qual “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Assim, em respeito ao Pacto de San José da Costa Rica, tornou-se inaplicável a legislação anteriormente aplicada, qual seja, referente à prisão civil do depositário infiel, sendo admitida tão somente, a prisão civil, nos casos de dívida alimentar.

Outra espécie de prisão, refere-se a prisão disciplinar, a qual é permitida pela Constituição para o caso de transgressões militares e crimes militares (CF, art. 5º, LXI).

E a última espécie trata-se da prisão para averiguação, onde segundo Fernando Capez, (2014, p. 311), “é a privação momentânea da liberdade, fora das hipóteses de flagrante e sem ordem escrita do juiz competente, com a finalidade de investigação”. Todavia referida prisão, além de ser inconstitucional, configura crime de abuso de autoridade (Lei 4.898/65, art. 3º, a e i).

#### **5.4 Espécies de Prisão Processual Cautelar**

Conforme anteriormente elucidado, após especificadas as modalidades de prisão, faz-se necessário aprofundar quanto às modalidades de prisões processuais.

Alexandre Cebrian defende em sua obra que:

“a prisão processual, é decretada quando existe a necessidade de segregação cautelar do autor do delito durante as investigações ou o tramitar da ação penal por razões que a própria legislação processual elenca” (2014, p. 366).

Tal espécie de prisão, ora denominada cautelar ou processual, está regulamentada pelos arts. 282 a 318 do CPP, bem como pela lei n. 7960/89.

Ainda de acordo com Cebrian, (2014, p. 366), “o princípio constitucional da presunção da inocência, segundo qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII da CF), não impede a decretação da prisão processual, uma vez que a própria Constituição em seu art. 5º, LXI, prevê a possibilidade de prisão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada do juiz competente”.

Cebrian (2012, p.357) firma que a prisão cautelar, embora não fira o princípio Constitucional da presunção da inocência, tem de ser vista como medida excepcional, devendo ser decretada, ou mantida, somente quando houver efetiva necessidade para sua caracterização, ou seja, quando estiver presentes os requisitos essenciais, quais sejam: a) grande periculosidade do réu; b) evidência que o réu irá fugir do país. Ainda sim, deve-se levar em conta, que o tempo que o indiciado ou suspeito permanecer cautelarmente na prisão deverá ser descontado de sua pena em caso de futura condenação considerado tal instituto como detração penal.

No nosso ordenamento jurídico, existem cinco tipos de prisões processuais cautelares, são elas: a) prisão temporária; b) prisão em flagrante; c) prisão preventiva; d) prisão em decorrência de pronúncia; e) prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível.

Entretanto, embora as modalidades da prisão em decorrência de pronúncia bem como aquela em razão de sentença condenatória recorrível, estejam elencadas na redação original do Código de Processo Penal, as quais eram regidas por regras próprias, tais modalidades de prisão, deixaram de existir em decorrência das Leis 11.689/2008 e 11.719/2008. Conforme confirmado por Alexandre Cebrian:

“Na redação originária do Código de Processo Penal existiam outras duas formas de prisão processual com regras próprias: prisão por sentença condenatória recorrível e prisão por pronúncia. Tais modalidades de prisão, todavia, deixaram de existir em decorrência das Leis n. 11.689/2008 e 11.719/2008” (2012, p. 358).

Vislumbra-se que a própria redação do art. 283 do CPP, alterada pela Lei n. 12.403/2011, prevê que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

### 5.4.1 Prisão Temporária

Trata-se de uma medida privativa de liberdade de locomoção, decretada por tempo determinado, onde possui como escopo viabilizar a investigação de crimes considerados graves, durante o inquérito policial.

A prisão temporária é disciplinada pela Lei n. 7960/89, que foi idealizada para substituir, legalmente, a antiga prisão para averiguação, onde era utilizada pela polícia judiciária, para auxiliar nas investigações.

Fernando Capez, conceitua a prisão temporária da seguinte maneira:

“ Prisão cautelar de natureza processual, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial, onde sua decretação somente pode ser autorizada pela autoridade judiciária” (2014, p. 348).

Segundo Nucci, (2014, p.531), “há duas situações que autorizam a prisão temporária; 1º) quando imprescindível para as investigações do inquérito policial, conforme previsto no art 1º, I da Lei 7.960/2008, associando-se ao fato de haver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado em certos crimes de maior potencial ofensivo; 2º) quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, conforme previsto no art. 1º, II da citada lei em combinação com os crimes descritos no inciso III”.

Assim, conclui-se que não se pode decretar a prisão temporária somente quando forem existentes os requisitos previstos no inciso I<sup>2</sup>, fazendo assim necessário a associação dos incisos I, II e III do art. 1º da Lei 7.960/2008, sob pena de que, caso tal medida seja

---

<sup>2</sup> Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

banalizada, implicará na viabilização de prisão temporária para qualquer delito, inclusive naqueles de menor potencial ofensivo, desde que fossem imprescindíveis para a investigação, o que por si só soaria desapropriado.

Ressalta-se ainda, segundo os ensinamentos de Fernando Capez, (2014, p. 348), que para a decretação da prisão temporária, o agente deve ser apontado como suspeito ou indiciado por um dos crimes constantes da enumeração legal, e, além disso, deve estar presente pelo menos um dos outros dois requisitos, evidenciadores do *periculum in mora*.

Diante de tais entendimentos, tem que sem presença de tais requisitos ou aquém do rol taxativo da lei, não se admitiria a prisão provisória.

#### **5.4.2 Prisão em Flagrante**

Refere-se à modalidade de prisão processual expressamente prevista no art. 5º, LXI, da Constituição Federal, e regulamentada nos arts. 301 a 310 do Código de Processo Penal.

Nucci (2014, p. 532), ensina que, “Flagrante, significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre”.

Para Júlio Fabbrini Mirabete (1997, p. 383), “flagrante é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a certeza visual do crime”.

Assim, pode-se dizer que prisão em flagrante é uma modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concretizar a infração penal.

Tal prisão possui como fundamentação para sua decretação, a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente, sendo assim, desnecessária, para a finalidade cautelar da prisão, a análise de um juiz de direito.

De outra banda, inobstante se tratar a prisão em flagrante de uma modalidade de prisão administrativa, uma vez que realiza sem mandado, estará sujeita à avaliação imediata do magistrado, que poderá relaxá-la, quando vislumbrar ilegalidade, conforme previsão expressa do art. 5º, LXV da Constituição Federal, vejamos:

Art. 5º, LXV – “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. (BRASIL, 1988).

Ressalta-se ainda que caso analisada e mantida pela autoridade judiciária, esta passa a ter conteúdo jurisdicional, portanto, para fins de impetração de habeas corpus, será a autoridade coatora o Magistrado que a analisou.

A natureza jurídica da prisão em flagrante é de medida cautelar de segregação provisória do autor da infração penal. Assim, exige-se apenas a aparência da tipicidade, não se exigindo nenhuma valorização sobre a ilicitude e a culpabilidade. Desta maneira, necessário se faz a comprovação de apenas dois requisitos para sua validação, o *fumus boni jûris* e o *periculum in mora*.

A reforma implementada pela Lei 12.403/2011 tornou obrigatório, para o Magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, tomar uma das seguintes medidas, (art. 310, CPP): a) relaxar a prisão ilegal; b) converter a prisão em flagrante em preventiva, desde que presentes os requisitos do art. 312 do CPP e se forem inadequados ou insuficientes as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP; c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Nesse raciocínio Nucci, (2014, p. 534), expõe que “a única hipótese de se manter alguém no cárcere, com base na prisão em flagrante, decorre da revogação da liberdade provisória, pelo não cumprimento de suas condições, mesmo assim o magistrado, quando revogar o benefício, deverá promover a conversão da prisão em flagrante em preventiva”.

Com relação ainda à prisão em flagrante, alguns doutrinadores, realizam a separação quanto aos seus sujeitos, efetuando uma separação quanto ao sujeito ativo e passivo.

Nucci explica tal matéria, realizando tal separação em flagrante facultativo e flagrante obrigatório, expondo da seguinte maneira:

“ Conferiu a lei a possibilidade de qualquer pessoa do povo – inclusive a vítima do crime – prender aquele que for encontrado em flagrante delito, num autentico exercício de cidadania, em nome do cumprimento das leis do país (art. 3101 do CPP). É flagrante facultativo.

Quando qualquer pessoa do povo prende alguém em flagrante, está agindo sob a excludente de ilicitude denominada *exercício regular de direito* (art. 23, III, CP); quando a prisão for realizada por policial, trata-se de *estrito cumprimento de dever legal* (art. 23, III, CP). ( 2014, p. 535)

Fernando Capez, conceitua o sujeito ativo da seguinte maneira:

“Sujeito ativo é a pessoa que efetua a prisão. Segundo o Código de Processo Penal, “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender

quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (art. 301). Na primeira hipótese, surge um caso especial de exercício de função pública pelo particular, excepcionando a regra de que o Estado somente pode praticar atos de coerção à liberdade, por meio de seus órgãos. Denomina-se flagrante facultativo, porque o particular não está obrigado a efetuar a prisão. No segundo caso, o flagrante é compulsório, estando a autoridade policial e seus agentes obrigados a agir. (2014 , p. 325)

Cebrian, (2014, p. 374), ensina em sua obra quanto ao sujeito passivo “que em regra, qualquer pessoa que se encontre em uma das situações elencadas no art. 302 do Código de Processo Penal pode ser presa em flagrante. Existem, porém, algumas importantes exceções, quais sejam; Presidente da República; Deputados Federais e Senadores; Deputados Estaduais; Membros do Poder Judiciário e do Ministério Público; Advogados, Diplomatas estrangeiros, dentre outros.

### 5.4.3 Prisão Preventiva

A prisão preventiva, diferentemente da prisão em flagrante, trata-se de uma modalidade de prisão processual o qual é decretada exclusivamente pelo juiz de direito quando presentes os requisitos expressamente previstos em lei.

Alexandre Cebrian, completa sobre a matéria que:

“A prisão preventiva é evidentemente, medida excepcional – embora tenha se tornado comum em razão da escala da criminalidade violenta em nosso país. Em face dessa excepcionalidade, o instituto rege-se ainda pelos princípios da taxatividade, adequação e proporcionalidade, não se sujeitando a regime de aplicação automática”. (2014, p. 378)

Nos ensinamento de Guilherme Nucci, (2014, p. 549) “a prisão preventiva é uma modalidade de cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, devendo ser decretada em razão de necessidade, respeitados sempre os requisitos previstos em lei. Tal medida possui quatro pressupostos para sua decretação: 1º) natureza da infração (alguns não a admitem, como ocorre com os delitos culposos); 2º) probabilidade da condenação (*fumus boni jûris*, ou seja , “fumaça do bom direito); 3º) perigo na demora (*periculum in mora*); 4º) controle jurisdicional prévio (*elementos de direito processual penal*).

A previsão legal para sua decretação encontra embasamento no art. 5º, LXI, da Constituição Federal, onde admite, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Fernando Capez aponta quanto à natureza da prisão preventiva que:

“a prisão preventiva é modalidade de prisão provisória, ao lado do flagrante e da prisão temporária. Possui natureza cautelar e tem por objetivo garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional, cuja natural demora pode comprometer sua efetividade, tornando-se inútil. Trata-se de medida excepcionalmente imposta em último caso (CPP, art. 282, § 6º)”. (2014, p. 335).

No mesmo raciocínio, Alexandre Cebrian, (2014, p. 387) expõe que “a decisão para a decretação da prisão preventiva, deve ser suficientemente fundamentada em uma das hipóteses legais, não bastando ao juiz, por exemplo, dizer genericamente, que aquele tipo de crime é grave.

A decisão deve, assim, apreciar as circunstâncias específicas que tornam grave aquele crime em apreciação no caso concreto e que tornam temerária a liberdade do acusado ou indiciado.

O art. 312 do Código de Processo Penal traz elencados os pressupostos e os fundamentos que justificam a prisão preventiva. No mesmo sentido, o art. 313 prevê as condições de admissibilidade para discutida modalidade de prisão.

Um fato de grande relevância, que deve vir a tona, refere-se ao prazo determinado para a duração da prisão temporária, uma vez que tal prazo inexistente, diferentemente da prisão temporária.

Em regra, tem-se que a prisão deve perdurar, até quando for necessária, durante a instrução processual, não podendo, entretanto, ultrapassar eventual decisão absolutória, o qual faz cessar imediatamente os motivos da decretação da prisão preventiva.

Nucci, (2014, p. 550), assegura “que é muito importante, respeitar a razoabilidade da duração da prisão preventiva, não podendo transpor os limites do bom senso e da necessidade efetiva para a instrução do feito”.

Fernando Capez, (2014, p. 337), expõe que “o clamor popular não pode e não autoriza, a custódia cautelar. Sem a existência do requisito do *periculum in mora* não há que se falar em prisão preventiva. O clamor popular nada mais é do que uma alteração emocional coletiva provocada pela repercussão de um crime”.

Nessa esteira, conclui-se que em raciocínio amplo, as prisões cautelares devem ser vista e usadas como muita cautela, sob pena de muita injustiça ser feita.

#### **5.4.4 Controle da Legalidade da Prisão**

É preceito constitucional que toda prisão venha a ser fiscalizada pelo juiz de direito. Conforme previsão da Carta Maior em seu art. 5º, LXV, “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. Em contínuo entendimento, o Código de Processo Penal, dispõe em seu art. 310, I.<sup>3</sup>

Nucci, (2014, p. 521), elucida que “mesmo que a prisão, venha a ser decretada por um Magistrado, esta não pode ficar sem o crivo de outra autoridade judiciária superior, através da utilização dos instrumentos cabíveis, entre eles o *habeas corpus*”.

Nessa esteira, se tem que constitui abuso de autoridade a efetivação de uma prisão ilegal, e sendo esta indevida, deixar a autoridade judiciária de relaxar a prisão de imediato. No mesmo sentido quando a prisão for indevidamente concretizada, por pessoa não considerada autoridade, constituirá crime comum, (constrangimento ilegal e/ou seqüestro ou ainda cárcere privado).

### **6 PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA**

“Num Estado que prega respeito absoluto ao direito, é incompatível a admissão de prisões antes do trânsito em julgado como elemento de combate à violência, enquanto o que deveria ser eliminado é a grande desigualdade social” (CORREIA, 2008, p. 22).

Num passado recente toda proteção destinada aos cidadãos era dispensada pela autoridade e pelo abuso de poder estatal. É inadmissível que em um Estado de Direito à liberdade, ocorra aceitação de violações, a falta de proteção e de segurança perante a

---

<sup>3</sup> Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação

sociedade A privação da liberdade do cidadão é considerada ilegal quando possui qualquer espécie de restrição livre de embasamento teórico-concreto, mesmo que, por meio de cautelaridade. Assim, precoce seria a prisão antes do trânsito do julgado quando legitimada constitucionalmente (MEZZOMO, 2014).

Deste modo, temos que toda prisão de caráter cautelar, deve ser tida como exceção, vindo a ser usada somente em últimas circunstâncias, respeitando os preceitos constitucionais.

## 6.1 Do Direito à Liberdade

Na visão de Correa (2008, p. 13), “as restrições impostas à liberdade pessoal devem ser somente as necessárias à manutenção do convívio pacífico dos indivíduos, preservando-a sempre que possível, com permissão para restrições apenas em situações excepcionais”.

Em relação às restrições impostas à liberdade, posiciona-se Pitombo (2009):

O passar dos anos consumiu a simplicidade da lição. Criaram-se, assim, teorias artificiais para explicar, por exemplo, a aplicação da prisão cautelar. Trocou-se a certeza quanto à liberdade ser a regra e a prisão a exceção, pela fórmula abrangente da pretensa aplicação dos critérios de cautelaridade do perigo da demora e da fumaça do bom direito (PITOMBO, 2009, p. 1).

Diante disso, a eventual ameaça ao direito de liberdade, bem como ao Princípio da Dignidade da pessoa humana acabaram por ser exceção, devendo neste momento ser exigido do Estado, através de seu poder estatal, providências no que tange preservação bem como ao respeito e uso de tais preceitos constitucionais.

Com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como elemento básico dos direitos fundamentais, deixou o homem a condição de objeto das ações estatais para ser lhe reconhecido o status de fim último a ser alcançado e protegido em todas suas dimensões. A liberdade assume especial relevo em vista de uma condição mínima de dignidade (CORREA, 2008, p. 13).

A Declaração universal dos direitos do homem, em seu art. 1º, proclama que “todos os homens nascem livres”. Esse enunciado também estava no art. 1º da Declaração dos direitos do homem e do cidadão, que os representantes do povo francês difundiram em 26 de agosto de 1789: “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”. (CUNHA, 2004, p. 28).

No mesmo sentido Ingo Sarlet (2001, p. 10) diz que:

[...] os direitos humanos e os direitos fundamentais compartilham de uma fundamentalidade pelo menos no aspecto material, pois ambos dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores, bens jurídicos e reivindicações essenciais aos seres humanos em geral ou aos cidadãos de determinado Estado, razão pela qual se poderá levar em conta tendência relativamente recente na doutrina, no sentido de utilizar a expressão "Direitos Humanos Fundamentais".

Assim pode-se dizer que os direitos humanos e os direitos fundamentais, são harmônicos entre si, razão pela qual muitos doutrinadores, já vêem a necessidade de sua aplicação em conjunto, vindo a usar a expressão: Direitos Humanos Fundamentais.

Assim também elucidada o mesmo autor (2001, p. 11):

[...] os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância [...], integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos [...], bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais).

Diante de tal afirmação, pode-se dizer que os direitos fundamentais, estão integrados na Constituição Federal, e devem ser seguidos, bem como aqueles que por ventura vierem a ser seguidos, através de tratados internacionais, conforme previsto no art. 5º § 2º da CF.

Alexandre de Moraes (2002, p. 162), relata que os direitos envolvem:

[...] o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e de desenvolvimento da personalidade humana.

Neste sentido, podem-se observar as razões de Kildare Gonçalves Carvalho (2005, p. 384), que explica:

“A dignidade da pessoa humana, que a Constituição de 1988 inscreve como fundamento do Estado, significa não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio. O termo dignidade designa o respeito que merece qualquer pessoa”.

Garantir a liberdade é regra estatal primordial e, somente quando comprovado a privação deste direito, a imposição da pena antecipada é considerada. Simples alegações, descrições do ocorrido, clamor público, dentre outros, “não permitem qualquer espécie de prisão sem que tenha havido o trânsito em julgado de uma condenação” (CORREA, 2008, p. 13), exceto quando por meio de justificação e comprovação de fatos concretos.

Deste modo, embora a privação da liberdade, decretada de forma cautelar e precária, esteja ampara e prevista em lei, esta deve sempre, respeitar e se apoiada por preceitos Constitucionais, quais sejam o direito a liberdade e a dignidade da pessoa humana, sob risco de gerar aos “súditos” um grande prejuízo, uma vez que não sendo respeitados tais preceitos, a prisão cautelar, se tornará indevida, e fundamentada tão somente por critérios subjetivos e sob um pedido, um clamor público, sem qualquer lógica e aplicação jurídica.

## 6.2 Prisão Indevida

A prisão indevida implica de qualquer ato que não justifique a privação da liberdade – não importando se seu acontecimento se dá antes ou após sentença condenatória em julgamento.

Para Correa (2008, p. 28),

A excepcionalidade da custódia processual recomenda a máxima cautela em sua concessão, de sorte a se evitar sejam concretizadas situações em que o agravo ao direito de liberdade se revele injurídico. Assim, nas hipóteses em que restam absolvidos cidadãos submetidos a qualquer das modalidades de prisão processual, não há como reparar o dano imposto, eis que é materialmente impossível o retorno ao *status quo* ante (tempo passado não pode ser restituído).

Assim, considera-se fazer a distinção entre prisão cautelar e erro judiciário, para entendimento maior. Na concepção de Souto (2009, p. 1),

O erro judiciário se caracteriza por manifesto equívoco na identificação da autoria e da materialidade do fato punível, enquanto a imposição de medida cautelar independe da comprovação da autoria, mas, tão-só, da consideração sobre o risco de prejudicar-se a persecução criminal, acaso mantido solto o imputado. Além disso, o erro judiciário decorre de manifesto equívoco da sentença condenatória, ou seja, de decisão judicial terminativa.

Na mesma linha, de acordo com Souto (2009, p. 1), considerando que:

Comum, entre os defensores da responsabilidade civil do Estado, o argumento de que, mesmo quando originalmente lícita, a prisão cautelar torna-se materialmente injusta, indevida e desnecessária quando o inquérito é arquivado, quando o detido é inocentado, quando condenado por infração que não comporta privação da liberdade, ou, ainda, quando a pena privativa de liberdade cominada é inferior à cumprida cautelarmente. Sob a perspectiva do dano injusto, a ocorrência de qualquer dessas hipóteses seria o suficiente para assegurar ao imputado o direito de ser indenizado pelo Estado.

Deste modo, conclui-se que mesmo que decreta de forma correta, a prisão cautelar, pode se tornar injusta, quando ao final da persecução criminal, o acusado vier a ser inocentando.

Ainda no que tange por erro judiciário, de acordo com Alves (2001, p. 116),

Embora o art. 5º, LXXV, 2ª parte, da Constituição Federal de 1988, somente se refira à indenizabilidade à pessoa que ficar presa além do tempo fixado numa sentença, há entender-se essa indenizabilidade quando, por erro judiciário penal corrigido em ação de revisão, ficou a pessoa privada de sua liberdade além do tempo fixável na sentença, indevidamente, pois afinal, se na estrutura superficial da linguagem jurídica são situações diversas, na estrutura profunda não, dado que ontologicamente constituem modalidades de prisão indevida, porquanto indenizáveis os danos dela irradiados, as privações da liberdade além do prazo fixado na sentença certa e fixável na sentença errada.

Para Hentz (1997, p. 89.), numa primeira abordagem da prisão indevida, observa-se não decorrer, propriamente, de erro do aplicador da lei, mas da estrutura sistêmica do direito processual, que admite a prisão cautelar, inclusive sem decisão judicial, por força da situação do flagrante delito. Daí a importância de se conhecer a natureza do instituto da prisão indevida. A amplitude do conteúdo do inciso LXXV do art 5º da CF/88, no que concerne à prisão, pois comporta, além da atividade jurisdicional ativa, consiste no decreto de prisão ditado pelo juiz, no exercício da função jurisdicional, como consequência de mero erro de julgamento, também a omissão de qualquer agente público na liberação do preso, depois de cumprida pena imposta, e qualquer natureza de prisão.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> HENTZ, Luiz Antonio Soares. Indenização da prisão indevida. São Paulo. 1996, p. 07

Assim submetido o indivíduo a uma prisão indevida, fará jus à indenização às custas do Estado, não importando eventual ilicitude do motivo (erro na apreciação das condições de sua decretação) ou o caráter de sua ilicitude (ação ou omissão dolosa ou culposa de agente público ou de quem impõe sua vontade).

De todo o mencionado, em relação à prisão indevida, considera-se que uma vez constatado o erro judiciário, surge o dever atribuído ao Estado (de) sua reparação, que acontece mediante indenização dos danos sofridos. Portanto, “se admissível o risco do Estado ao impor medida cautelar prisional ao cidadão, como meio de garantir a atividade-fim que lhe é própria, nada mais justo do que ressarcir o prejudicado dos danos que lhe provocou a atividade estatal” (SOUTO, 2009, p. 1).

A prisão indevida procede de qualquer conduta praticada pelo Estado que prive, de modo indevido, a liberdade pessoal de qualquer cidadão.

### **6.3 Do Dano**

Para Alexandre de Moraes (2011, p. 239), a indenização do dano dever abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu, e o que deixou de ganhar em conseqüências direta e imediata do ato lesivo da Administração, ou seja, deverá ela ser indenizada nos danos emergentes e nos lucros cessantes, bem como por honorários advocatícios, e com correção monetária e juros de mora, se houver atraso no pagamento.

De modo generalizado, “dano é toda a ofensa a bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica” (LEITE, 2000, p. 97). O dano refere-se a todo tipo de prejuízo – material ou moral – causado a terceiro lesando algum bem protegido juridicamente. Tartuce entende que os danos materiais ou patrimoniais constituem prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo de alguém. (Tartuce, 2011, p.425). No mesmo diapasão referido doutrinador define danos morais dizendo que a melhor corrente categórica é aquela que conceitua os danos morais como lesão a direitos da personalidade, sendo essa a visão que prevalece na doutrina brasileira. (Tartuce, 2011, p. 428).

Em explanação geral, o dano material é o que gera efetivamente lesão ao patrimônio do administrado, já o dano moral é o dano causado na esfera íntima ou subjetiva do indivíduo, atingindo a sua intimidade, honra, segredos, podendo também ter aspectos da vida em sociedade, como exemplo, a reputação, a identificação. Nesta esteira, acerca da responsabilidade civil do Estado pelos danos causados, transcreve-se a jurisprudência:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – ELEMENTOS ESTRUTURAIS – PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – MORTE DE INOCENTE CAUSADA POR DISPARO EFETUADO COM ARMA DE FOGO PERTENCENTE À POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL E MANEJADA POR INTEGRANTE DESSA CORPORAÇÃO – DANOS MORAIS E MATERIAIS – RESSARCIBILIDADE – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni*” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A ação ou a omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. - Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano moral e/ou patrimonial sofrido (STF –o AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 603626 MS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, Julgamento em: 15 de maio de 2012) (BRASIL, STF, 2006, p. 1).-

Sustenta Maria Sylvania Zanella Di Pietro, considerando a indenização um garantia fundamental do homem, prevista no rol do art. 5º da Constituição Federal que, no caso de prisão cautelar, pode ocorrer que o réu venha a ser condenado e, nesse caso, o tempo em que estava preso é descontado do período da condenação, o que já constitui uma forma de reparação pena punição antecipada. No entanto, na hipótese de uma absolvição, ou quando a condenação não comportar pena privativa de liberdade, ou quando cominada for inferior ao tempo de prisão cautelar, surge a questão da indenização por erro judiciário.<sup>5</sup>

O grande desafio é quantificar o dano moral, pois, como definir em dinheiro o abalo sofrido pelo indivíduo. A saída será compensar ou diminuir ao máximo o desconforto ou sofrimento suportado pela vítima, prevalecendo o bom senso do magistrado, na análise de cada situação concreta, para a fixação da indenização.

### 6.3.1 Dano Material

Os conceitos de dano material provem do prejuízo sofrido pela prática de um ato ou até mesmo omissão que caracterize perda de algo ou privação de algum ganho. Para o Código Civil – em seu artigo 954, caput, e artigo 953, parágrafo único – a indenização deve reparar

<sup>5</sup> DI PIETRO, Maria Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 198, PP. 85-96, 1994.

tais danos, onde, em muitas vezes, ficará a cargo da discricionariedade do magistrado a fixação dos valores devidos, não havendo uma tabela ou previsão alguma que traga de forma exata tais valores.

Mas sobre a correta indenização, Correa (2008, p. 49) entende que:

Quando se discute reparação em virtude de danos materiais, deve a vítima efetivamente comprovar a diminuição patrimonial sofrida. Não é válido o raciocínio que admite a existência de prejuízo presumido, já que a condenação terá sempre o objetivo de devolver o “*status quo ante*” à ocorrência do evento ilícito. No ponto, só é possível concluir, para não se admitir evidente *atecnia* do legislador, pela presunção apenas quanto ao valor dos lucros cessantes (CORREA, 2008, p. 49).

Posto isto pode se verifica que ter-se-á necessidade de se comprovar o dano sofrido, não podendo ser fixado segundo presunção do magistrado.

Aguiar Dias (1994, p. 798) vem colaborar ao lecionar que:

A idéia do interesse (*id quod interest*) atende, no sistema de indenização, à noção de patrimônio como unidade de valor. O dano se estabelece mediante o confronto entre o patrimônio realmente que existe após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não tivesse sido produzido: o dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação.

Assim, os danos patrimoniais provêm de dois tipos de danos. O primeiro é o dano emergente – aquele que o cidadão realmente sofreu, sendo facilmente calculado. Este, porém, procede da verificação da diminuição do patrimônio para a suposta indenização. O segundo é o lucro cessante – aquele que o cidadão deixou de ganhar pelo dano sofrido. Este, entretanto de difícil determinação de indenização, pois não há provas concretas do prejuízo (CORREA, 2008).

Para Carlos Roberto Gonçalves, (2010, p 361) dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois, já cessante é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado. Há casos em que a indenização já vem estimada no contrato, como acontece quando se pactua a cláusula penal compensatória.

Necessário se faz proceder então, com base em regras gerais e critérios que se fundamentam na previsibilidade, considerando o que o cidadão possa ter deixado de ganhar ou, no caso lucrar, devido ao dano sofrido.

### 6.3.2 Dano Moral

“São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano moral ou material decorrente dessa violação” (BRASIL, 1988).

De acordo com Correa (2008, p. 50) a busca de indenização provida por danos morais não se pode configura pelo valor da dor sofrida, “mais sim um lenitivo que atenua, em parte, as conseqüências do prejuízo sofrido. Visa-se, também, com a reparação pecuniária de um dano moral imposta ao responsável, uma sanção justa para o causador do dano moral”.

Entende-se nesse caso que ate mesmo o dano moral será de alguma forma em razão do dano maior sofrido, não com intuito de reparar uma perda inestimável na ceara sentimental, mas sim no prejuízo posterior.

Para Monteiro (1985, p. 87),

Qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, abrangendo todo o atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, a sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, as suas afeições etc [...]. Em face, pois, da nossa lei civil, a reparação do dano tem como pressuposto a prática de um ato ilícito. Todo ato ilícito gera para o seu autor a obrigação de ressarcir o prejuízo causado. E de preceito que ninguém deve causar lesão a outrem. A menor falta, a mínima desatenção, desde que danosa, obriga o agente a indenizar os prejuízos conseqüentes ao seu ato.

Mediante considerações, entende-se que os danos morais provêm da dor de sensações experimentadas pelo cidadão de modo indevido, onde o dinheiro não se resume em reparar, por si só. Este tipo de indenização em pecúnia, junto à necessidade de reparação moral, deve-se respeitar a proporcionalidade ao ofendido – levando em consideração que seu bem jurídico: moral, posição social, etc. Bem este único de cado.a individuo que fora dilacerado em decorrência de ato de outro.

Dentro do enfoque, a consideração de Couto e Castro (1997, p. 23) é que,

Diante da impossibilidade de dar preço infligida ao lesado, há de se tangenciar os verdadeiros valores protegidos e para isso há de ser ter como paradigma elementos objetivos consubstanciados basicamente num duplo caráter, compensatório e punitivo. Sua fixação tem como fim, sob o primeiro ângulo, trazer benefício apto a, de certo modo, permitir um alívio à vítima, ajudando-a a liberar-se do sofrimento, ou reconfortando-a, através do percebimento pecuniário. Não se trata de pagar a dor já sentida, admitindo-se, isto sim, que o valor estipulado ao trazer benesse para quem padeceu sentimentalmente, implique uma compensação justa, já sob o aspecto punitivo o montante deve ser fixado de modo a não admitir que o agente saia lucrando ou plenamente satisfeito com a ilegal conduta.

Com base em tal consideração, subentende-se que a liberdade é um bem pessoal, subjetivo e jurídico de cada cidadão. Quando tal liberdade é violada, caracteriza-se facilmente o dano moral ocorrido. Quando este direito é violado, o prejuízo íntimo do cidadão é, mediante ordem material, impossível de ser calculado.

De acordo com Correa (2008, p. 52),

Mesmo diante da imensurável dificuldade em arbitrar-se o valor do quantum da indenização, ante a falta de reais parâmetros, a doutrina tem se manifestado no sentido que ficará ao arbítrio do juiz a apreciação deste valor, levando-se em consideração algumas diretrizes, senão vejamos: A fixação do quantum competirá ao prudente arbítrio do magistrado de acordo com o estabelecido em lei, e nos casos de dano moral não contemplado legalmente a reparação correspondente será fixada por arbitramento. É de competência jurisdicional o estabelecimento do modo como o lesante deve reparar o dano moral, baseado em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender) ou objetivo (situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa).

Em síntese, o valor da indenização por danos morais cabe ao juiz, e a este cabe avaliar a peculiaridade de cada caso, sendo prudente em considerar sua finalidade reparatória – dando plena satisfação à vítima pelo dano sofrido – e sua finalidade pedagógica – buscando desestímulo de reincidências da ação da lesão.

No mais, o dano moral sofrido pela vítima de prisão ilegal é presumido, sendo desnecessária a sua comprovação. Isso porque a Constituição de 1988 consagrou o direito à indenização pelo chamado dano moral puro (art. 5º, V), indenizável a partir do momento em que o ato ou fato danoso causa ao ofendido dor, molestação ou angústia, por atingir direitos da personalidade. O ofendido não precisa fazer prova desses incômodos, o que, a rigor, seria quase impossível. Basta provar o ato ou fato danoso e o seu causador.

Instado a se manifestar sobre o tema, o colendo Superior Tribunal de Justiça assim se expressou:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS. 1. O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo, prisão ilegal. 2. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser focado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir. 3. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. 4. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado. 5. A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV, da CF. 6. Recurso especial provido (REsp. n.º 220.982/RS, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. 22/02/2000, DJ 03/04/2000, p. 116).

O Colendo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com relação ao dever estatal de indenizar em razão de danos morais entende que:

**PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DANO MORAL. GARANTIA DE RESPEITO À IMAGEM E À HONRA DO CIDADÃO. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. PRISÃO CAUTELAR. ABSOLVIÇÃO. ILEGAL CERCEAMENTO DA LIBERDADE. PRAZO EXCESSIVO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PLASMADO NA CARTA CONSTITUCIONAL. MANIFESTA CAUSALIDADE ENTRE O "FAUTE DU SERVICE" E O SOFRIMENTO E HUMILHAÇÃO SOFRIDOS PELO RÉU.**

1. A Prisão Preventiva, mercê de sua legalidade, dès que preenchidos os requisitos legais, revela aspectos da Tutela Antecipatória no campo penal, por isso que, na sua gênese deve conjurar a idéia de arbitrariedade.

2. O cerceamento oficial da liberdade fora dos parâmetros legais, posto o recorrente ter ficado custodiado 741 (setecentos e quarenta e um) dias, lapso temporal amazonicamente superior àquele estabelecido em Lei - 81 (oitenta e um) dias - revela a ilegalidade da prisão.

3. A coerção pessoal que não enseja o dano moral pelo sofrimento causado ao cidadão é aquela que lastreia-se nos parâmetros legais (Precedente : REsp 815004 , DJ 16.10.2006 - Primeira Turma).

4. A *contrario sensu* , empreendida a prisão cautelar com excesso expressivo de prazo, ultrapassando o lapso legal em quase um décuplo, restando, após,

impronunciado o réu, em manifestação de inexistência de autoria, revela-se inequívoco o direito à percepção do dano moral.

**5.** A doutrina legal brasileira à época dos fatos assim dispunha:

*"Código Civil de 1916:*

*Art. 159 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano."*

*"Art. 1550 - A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1.547.*

*Art , 1551 - Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal (art. 1.550):*

*(...)*

*III- a prisão ilegal (art. 1.552).*

*Art. 1552 - No caso do artigo antecedente, no III, só a autoridade, que ordenou a prisão, é obrigada a ressarcir o dano"*

Por sua vez, afere-se do Código Civil em vigor que:

*"Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."*

*"Art. 954 - A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo unicodo artigoo antecedente.*

*Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:*

*(...) III - a prisão ilegal."*

DoCódigo de Processo Penall:

*"Art. 630 - O Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos;*

*1º - Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.*

*2º - A indenização não será devida:*

*a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;*

*b) se a acusação houver sido meramente privada."*

**6.** O enfoque jurisprudencial do tema restou assentado no Resp 427.560/TO, DJ 30.09.2002 Rel. Ministro Luiz Fux, *verbis*:

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

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

*2. Assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido. A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar o mais*

*comezinho direito fundamental à vida livre e digna. A absolvição futura revela da ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos(notoria no egent probationem).*

*3. O pedido de indenização por danos morais decorrentes de restrição ilegal à liberdade, inclui o dano moral, que in casu, dispensa prova de sua existência pela inequivocidade da ilegalidade da prisão, duradoura por nove meses. Pedido implícito, encartado na pretensão às perdas e danos. Inexistência de afronta ao dogma da congruência (arts. 2º, 128 e 460, do CPC).*

*4. A norma jurídica inviolável no pedido não integra a causa petendi."O constituinte de 1988, dando especial relevo e magnitude ao status libertatis, inscreveu no rol da chamadas franquias democráticas uma regra expressa que obriga o Estado a indenizar a condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado pela sentença (CF, art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes a de quem submetido à prisão processual e posteriormente absolvido.*

*5. A fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica na valoração da proporcionalidade do quantum e na capacidade econômica o sucumbente.*

*6. Recurso Especial desprovido."*

**7.** A prisão ilegal por lapso temporal tão excessivo, além da violação do cânone constitucional específico, afronta o Princípio Fundamental da República Federativa do Brasil, consistente na tutela da Dignidade Humana, norma qualificada, que, no dizer insuperável de Fábio Konder Comparato é o centro de gravidade do direito na sua fase atual da ciência jurídica.

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

**9.** Consectariamente, a vida humana passou a ser o centro do universo jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial.

**10.** Direitos fundamentais emergentes desse comando maior erigido à categoria de princípio e de norma superior estão enunciados no art. 5º da Carta Magna, e dentre outros, o que interessa ao caso *sub judice* destacam-se:

*(...) LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;*

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

12. A responsabilidade estatal, quer à luz da legislação infraconstitucional (art. 159 do Código Civil vigente à época da demanda) quer à luz do art. 37, 6º da CF/1988 sobressai evidente.

13. Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação e na vontade livre daqueles que usufruem de uma vida sadia.

14. O reconhecimento da dignidade humana, outrossim, é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal dos direitos do homem, inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que " *todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos* ". Deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual.

15. Deveras, à luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento.

16. O direito à liberdade compõe a gama dos direitos humanos, os quais, segundo os tratadistas, são inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis. Por isso que a exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é fundamento da liberdade, da justiça e da paz.

17. A ampliação da responsabilidade estatal, com vistas a tutelar a dignidade das pessoas, sua liberdade, integridade física, imagem e honra, **não só para casos de erro judiciário, mas também de cárcere ilegal e, igualmente, para hipóteses de prisão provisória injusta, embora formalmente legal, é um fenômeno constatável em nações civilizadas, decorrente do efetivo respeito a esses valores** " (Roberto Delmanto Junior - In "As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração - 2ª edição - Renovar - páginas 377/386)

18. A Responsabilidade estatal é inequívoca porquanto há causalidade entre o "*faute du service*" na expressão dos doutrinadores franceses, doutrina inspiradora do tema e o sofrimento e humilhação experimentados pelo réu, exculpado após ter cumprido prisão ilegal, princípios que se inferem do RE 369820/RJ, DJ 27-02-2004, *verbis*: "*(...) a falta do serviço - faute du service dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro.* "

19. Por esses fundamentos **DOU PROVIMENTO** ao Recurso Especial, divergindo do Relator, para restaurar, *in totum*, a indenização fixada na sentença *a quo*.

#### **ACÓRDAO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux, que lavrará o

acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Luiz Fux (voto-vista) os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado.

Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Francisco Falcão, Relator. Brasília (DF), 13 de novembro de 2007 (Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX

Portanto, adotando-se os critérios apresentados quanto ao dano moral poderá ser atingido o fim almejado pela justiça, que é o de, na medida do possível, restabelecer os direitos do lesado à situação anterior ao dano causado pelo Estado.

## **7 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA**

Em relação à responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, é comum a geração de danos irreparáveis ao acusado, que suporta eventual ônus indevido que lhe foi imputado em razão, dentre outras, de erro judiciário por prisão indevida que, implicará no dever de indenizar do Estado, tendo em vista o ônus acarretado ao indivíduo. Ainda, para que o Estado seja responsabilizado, necessário se faz comprovar o dano ocorrido e o seu nexos a atos do ente público que tenha dado causa àquele.

A maior parte dos casos de prisões indevidas se revelam todavia, em casos de prisões de natureza penal cautelar, e para estas não há disciplina específica. Conforme Lima et al (2015), a primeira lei a garantir o direito à reparação pelo erro judiciário penal foi a Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe, aprovada pelo decreto 22.213, de 14.12.1832, cujo artigo 86 assim determinava:

A reabilitação consiste na reintegração do condenado em todos os direitos que houver perdido pela condenação, quando foi 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 liquidada em execução, por todos os prejuízos sofridos com a condenação. A Nação ou o Estado são responsáveis pela indenização (LIMA et al, 2015, p.1).

O novo Código Civil, em seu artigo 954, propõe reparação por ofensa à liberdade pessoal nos atos de prisão e queixa falsa, por má-fé, cárcere privado e prisão ilegal.

A prisão indevida – produto de erro judicial na privação de liberdade pessoal – tem responsabilidade atribuída ao Estado, assegurada no artigo 5º da Constituição Federal.

De modo geral, a legislação aponta que o tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. No artigo 37, § 6º, da Constituição da República, a responsabilidade estatal pelos prejuízos ocasionados por seus agentes não traz ressalvas, salvo nos casos em que houver excludentes e atenuantes, sendo direto ao estabelecer que um dano provocado por qualquer agente do Estado será indenizado, senão vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1998, p.1).

Complementando o entendimento, Di Pietro (2001, p. 512), afirma:

Considerando a indenização uma garantia fundamental do homem, prevista no rol do art. 5º da Constituição Federal que, no caso de prisão cautelar, pode ocorrer que o réu venha a ser condenado e, nesse caso, o tempo em que esteve preso é descontado do período da condenação, o que já constitui uma forma de reparação pela punição antecipada. No entanto, na hipótese de uma absolvição, ou quando a condenação não comportar pena privativa de liberdade, ou quando a pena cominada for inferior ao tempo de prisão cautelar, surge a questão da indenização por erro judiciário.

Na visão de Cahali (2007) a responsabilidade do Estado por prisão cautelar indevida deve ser analisada não só sob a ótica de um erro judiciário, mas também pelo fato da própria Constituição impor responsabilidade ao Estado no que tange à prisão ilegal.

A obrigação de indenizar àquele que ‘ficar preso além do tempo fixado na sentença’, estará implicitamente também assegurando ao sentenciado o direito de ser indenizado em virtude de prisão ‘sem sentença condenatória [...] Com efeito, não se compreende que, sendo injusta a prisão no que exceder o prazo fixado na sentença condenatória, seja, em tese, menos injusta a prisão do réu que nela é mantido se ao final vem a ser eventualmente julgada improcedente a denúncia pela sentença absolutória (CAHALI, 2007, p. 477).

Segundo Correa (2008) o que se percebe é que, apesar dos grandes avanços das jurisprudências, tem-se ainda que a prisão cautelar, em certas ocasiões ainda usada de forma exacerbada, deste modo, embora tenha havido avanços relevantes na jurisprudência, dosando sua decretação, ainda não foi suficiente para que os direitos fundamentais constitucionais fossem assegurados, eis que, vez ou outra a decretação da prisão cautelar é realizada tão somente para satisfação do clamor público.

De acordo com o mesmo:

O argumento de que a persecução criminal se faz em nome da manutenção da ordem pública e da pacificação social, agindo o Estado no exercício de um poder dever que lhe é inerente, pela evidente fragilidade, não deve prevalecer. É que, em situações graves como aquelas que colocam em risco a liberdade do cidadão, o Estado deve atuar de forma criteriosa e apenas de forma excepcional (CORREA, 2008, p. 34).

Ainda, para o autor, é inadmissível banalizar medidas que representem riscos aos direitos e garantias fundamentais, eis que com intuito de preservar alguns valores sociais, outros são sacrificados provisoriamente, como por exemplo o direito a liberdade:

Não se pode perder de vista que a prisão cautelar, em qualquer de sua modalidade, envolve um risco social. O Estado, em face da necessidade de preservar determinados valores, tais como a ordem pública, a incolumidade de testemunhas, a instrução processual etc., sacrifica provisoriamente a liberdade do provável autor do crime, correndo o risco de que ele venha depois a ser julgado inocente. Se esse risco é arrostado pelo Estado em benefício da sociedade, nada mais justo que ela mesma, através desse mesmo Estado, indenize aquele que foi preso injustamente (CORREA, 2008, p. 34).

Nesse diapasão, conclui-se que, havendo a decretação da prisão cautelar de forma indevida, o Estado, sujeita-se à condição de poder ser responsabilizado posteriormente, uma vez que fique configurada a ilegalidade do ato que restringiu a liberdade do acusado.

Hentz (1998) e Alves (2001) trazem as seguintes considerações sobre a prisão indevida.

Na hipótese de prisão indevida, o fundamento da indenização deve ser focado com um problema de assunção de responsabilidade, a que o Estado adere por força da legislação que impõe o dever de indenizar a vítima de prisão indevida. O ato lícito em que, regularmente, consiste na prisão advém do normal exercício da potestade estatal. O Estado renuncia a sua soberania quando assume o dever de indenizar a quem ficar preso indevidamente. O risco inerente à privação de liberdade coloca o poder público frente à lei: a própria coletividade, destinatária do “ato de risco”, fica sujeita por meio do Estado como representante desta nas relações jurídicas a responder (no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello) pelos comportamentos violadores do direito alheio em que incorrerem. E isso porque o princípio da igualdade de todos perante a lei, acolhido pelo Estado moderno, leva forçosamente

ao reconhecimento da injuricidade do comportamento estatal que agrava desigualmente a alguém, ao exercer atividades no interesse de todo, sem ressarcir ao lesado. A legítima atuação estatal, vista por esse aspecto, quando lesiva ao particular, será sempre fonte de indenização se o benefício coletivo for conseguido à custa do sacrifício da liberdade individual (HENTZ, 1998, p. 48-49).

De regra, a prisão indevida – o ser não-devida é porque lhe falta causa à privação da liberdade – traduz caso de erro judiciário penal e expõe o Estado à indenizabilidade, com a prestação do que seja necessário e suficiente à reparação dos danos, incluindo-se os apatrimoniais, sobretudo morais, cumulados (ALVES, 2001, p. 116).

De acordo com Cahali (2007) o texto constitucional – ‘O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença’ – não há pretensão a indenização neste caso, quando caracterizada a prisão de forma cautelar, vez que o acusado veio a ser condenado, mas, se assegura direito à indenização a quem fica preso além do tempo devido, logo indevido é também o tempo de quem preso ficou indevidamente. O mesmo pressupõe que, quando tratando de direitos fundamentais que tangem a proteção da pessoa humana, interpretações restritivas não podem ocupar lugar, principalmente em ocasiões em que se expõem ao risco garantias constitucionais.

Portanto, de acordo com ensinamentos de Correa (2008, p. 37):

A Constituição, ao dispor sobre a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, em norma específica sobre a espécie, não fez qualquer distinção, limitando-se a prever que ‘o Estado indenizará o condenado por erro judiciário’. Nesse sentido, devem ser afastadas interpretações que diminuam o alcance do significado de erro judiciário, devendo a previsão abarcar todas as hipóteses compreendidas.

Diante disso, observa-se que o Estado, da mesma forma que o cidadão, em respeitar os preceitos basilares constitucionais, não terá argumentos para se declarar ilegítimo em um ato ilegal. Não há para o Poder Público privilégios ou prerrogativas que possam eximi-lo do dever, que a todos impõe, de preservação da integridade de bens ou direitos protegidos pela segurança da ordem jurídica.

Ainda com base em Cahali (2007), este destaca que:

Admitida expressamente pelo nosso direito a reparação dos danos resultante do erro judiciário, verifica-se que não são esses os princípios com que se busca superar a resistência doutrinária à reparação dos danos conseqüentes da atividade jurisdicional *in genere*. Para o estudo da responsabilidade civil do Estado-juiz, impende distinguir função jurisdicional da função judiciária; a última, como gênero, por ser mais ampla, engloba também hipóteses distintas das atividades decisórias: na expressão “atividade” ou “função judiciária” enquadram-se todos os atos praticados pelo Estado-juiz e seus auxiliares, de natureza não necessariamente decisória, destinados à perfeita consecução da prestação jurisdicional (CAHALI, 2007, p. 473-474).

Por algum tempo, a jurisprudência se manteve resistente quanto ao fato de caber ao Estado a responsabilidade por ações de seus agentes – juízes – no que tange à obrigação de indenizar, senão vejamos:

AÇÃO INDENIZATÓRIA - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL - TERMO INICIAL - PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA - ACUSAÇÃO DE HOMICÍDIO - POSTERIOR IMPRONÚNCIA DOS ACUSADOS POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE - INDÍCIOS VEEMENTES DA EXISTÊNCIA DO CRIME E DA AUTORIA ATRIBUÍDA AOS ORA DEMANDANTES - INEXISTÊNCIA DE ERRO JUDICIÁRIO NEM DE PRISÃO ILEGAL - INDENIZAÇÃO INDEVIDA - RECURSO PROVIDO PARA AFASTAR A PRESCRIÇÃO E JULGAR IMPROCEDENTE O PLEITO INICIAL. O marco inicial para contagem do prazo prescricional nas demandas de indenização por erro judiciário decorrente de prisão cautelar indevida deve ser o trânsito em julgado da sentença, a fim de se evitar que demandas ressarcitórias prematuras sejam malogradas por possível sentença penal condenatória. Não subsiste direito a qualquer indenização, quando a prisão cautelar que almeja assegurar o bom andamento da persecução criminal, é decretada atendendo aos seus requisitos legais e se apóia em prova razoável de materialidade e indícios de autoria da prática do homicídio imputado aos acusados, embora estes posteriormente venham a ser impronunciados por insuficiência de prova da existência do crime. Afinal, a Súmula 09 do STJ assevera que a prisão provisória não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência (BRASIL, STJ, 2006, p. 1).

Contudo, em tempos, por meio de fatos contemporâneos, nota-se que esta postura vem sendo modificada, conforme julgados abaixo:

0266216-05.2010.8.19.0001 - APELACAO -1ª Ementa. DES. LUCIANO RINALDI - Julgamento: 08/04/2015 - SETIMA CAMARA CIVEL APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO CAUTELAR COM DURAÇÃO DE QUATRO ANOS E SETE MESES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR. DEMORA INJUSTIFICÁVEL EQUIPARÁVEL A ERRO JUDICIÁRIO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CABIMENTO. 1. Pelo prisma da dignidade da pessoa humana, devido processo legal e duração razoável do processo, equipara-se ao erro judiciário manter-se a prisão cautelar de indivíduo, ao final absolvido, por quatro anos, sete meses e quatro dias. A ilegalidade decorre da própria duração da prisão cautelar, que, além de não encontrar qualquer justificativa razoável no ordenamento jurídico, revela, com triste nitidez, o drama da morosidade da Justiça. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça somente afasta a responsabilidade civil do Estado se a prisão cautelar, com posterior absolvição, houver sido realizada dentro dos limites legais, o que não se verificou no presente caso. 3. Colhe-se da doutrina que a ampliação da responsabilidade estatal, com vistas a tutelar a dignidade das pessoas, sua liberdade, integridade física, imagem e honra, não só para casos de erro judiciário, mas também de cárcere ilegal e, igualmente, para hipóteses de prisão provisória injusta, embora formalmente legal, é um fenômeno constatável em nações civilizadas, decorrente do efetivo respeito a esses valores (Roberto Delmanto Junior - in As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração - 2ª edição - Renovar - páginas 377/386). 4. Indenização moral que deve ser fixada em observância aos princípios da razoabilidade e moderação, notadamente quando vencido o Estado que, em última análise, é a própria sociedade. 5. Provimento parcial do recurso do Autor para condenar a parte

ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), com correção monetária a partir desta data e juros do trânsito em julgado da sentença absolutória, bem como custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação. Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 08/04/2015. Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 19/08/2015 (BRASIL, TJRJ, 2015, p.1).

0373124-86.2010.8.19.0001 - APELACAO -1ª Ementa

DES. ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA - Julgamento: 30/09/2014 - VIGESIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO ILEGAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CF. VALOR FUNDAMENTAL SUBJACENTE A TODOS OS OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONFIGURAÇÃO DOS ELEMENTOS ENSEJADORES DA ESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL QUE DECORRE DO PRÓPRIO FATO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO DO ESTADO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS. EXIGÊNCIA DE PATROCÍNIO PELA DEFENSORIA PÚBLICA QUE ATENTA CONTRA A LIBERDADE DO INDIVÍDUO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

A prisão ilegal viola diretamente o direito fundamental à liberdade (CF, 5º, caput) e ao postulado constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, 1º, III), valor fundamental subjacente a todas as garantias constitucionais. É garantido ao cidadão o direito de ser indenizado pelo Estado, sempre que injustamente tiver cerceado o seu direito à liberdade pessoal, e vulnerado seu status de dignidade em razão de ato praticado por agentes públicos. Violação aos direitos da personalidade. Nexo causal entre a atuação estatal e os danos de ordem moral suportados pelo cidadão inocente. Necessidade de reparar os transtornos causados. Responsabilidade civil objetiva do Estado com base no art. 37, § 6º da CF, decorrente de omissão específica, porquanto o Estado não atuou da forma como deveria para evitar a ocorrência de fatos atentatórios à liberdade individual. O Estado, a quem incumbe o dever de zelar pelos direitos subjetivos constitucionais assegurados aos particulares, dentre os quais se insere o direito a liberdade, o direito de ir e vir, não pode atuar de forma ineficiente, dando azo a flagrante ilegalidade. Manutenção da indenização arbitrada a título de danos morais. A condenação do Estado ao pagamento dos honorários advocatícios deriva da aplicação das regras processuais atinentes a sucumbência. Manutenção. A partir da declaração de inconstitucionalidade parcial do art.5º da Lei 11.960/2009 devem ser aplicados às dívidas da Fazenda Pública os índices de correção monetária que reflitam a inflação acumulada no período (IPCA ou INPC). Juros moratórios nos termos do CTN e do Código Civil. Conhecimento e desprovimento do recursos.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. LESÃO NA ESFERA INTIMA. DANOS MORAIS QUALIFICADOS. QUANTUM. (...) - A prisão indevida enseja prejuízos de ordem moral que são presumíveis, independentemente de prova. (...) (TJMG, AC 1.0223.09.286351-1/001, rel. Des. Alyrio Ramos, j. em 18/10/2012). Impositiva, portanto, a responsabilização do Estado de Minas Gerais, estando comprovado o fato lesivo praticado pela administração, o dano e o nexo de causalidade entre eles, não havendo como o requerido se furtar de sua obrigação.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRELIMINARES - REJEITADAS - MANDADO DE PRISÃO - HOMÔNIMO - PRISÃO ILEGAL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - CONFIGURADA - DEVER DE INDENIZAR - QUANTUM FIXADO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO - MANTIDO - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. -De acordo com o art. 37, §6º, da CR/88, a responsabilidade civil do Estado pela reparação de danos é objetiva, não exigindo para a sua configuração a existência de culpa, e sim, tão somente, o nexo causal entre a conduta estatal e o dano suportado pelo requerente. -No caso em tela, a prisão ilegal efetuada pelos agentes estatais foi o motivo determinante para a ocorrência do dano suportado pelo requerente, restando preenchido o nexo de causalidade, situação que ampara o pedido indenizatório. -Desse modo, tendo o requerente demonstrado que foi preso indevidamente, por se tratar de homônimo do real acusado, tendo passado por situação vexatória e humilhante, faz jus a indenização pelo dano moral sofrido. (...) (TJMG, AC nº. 1.0105.10.005161-1/001, relª. Desª. Hilda Teixeira da Costa, j. em 03/06/2014).

Assim, fica incontestável a evolução jurisprudencial, quanto ao dever do Estado em indenizar o lesado, o qual foi preso de forma descabida e portanto ilegal.

Correa (2008, p. 40) conta, em seu estudo, fato histórico no progresso da jurisprudência brasileira:

Em julgado recente, o assunto retornou à pauta do Superior Tribunal de Justiça. Tratava-se de recurso interposto por vítima de prisão ilegal praticada pelo Estado em ação praticada por policiais militares com duração de apenas um dia. Não se discutiu a duração da prisão, mas apenas o fato de ação estatal equivocada que resultou na colocação de algemas em pessoa inocente na porta de sua casa diante de várias pessoas e vizinhos. Após sua soltura, ficou devidamente comprovado que nenhuma relação havia entre o suspeito e o fato ocorrido, revelando de todo impertinente o ato de sua prisão. Manteve-se a condenação do Estado no pagamento de danos morais à vítima como indenização pelos danos sofridos. Ficou claro, tanto na ementa do

julgado, quanto no voto do relator ser inequívoca a responsabilidade do Estado pelo comportamento desidioso de seus agentes, de forma a revelar “transgressão aos mais comezinhos deveres estatais, consistente em manter-se alguém custodiado de forma injusta e desarrazoada, sem direito à defesa.

Lima et al (2015) organizou um estudo acerca de entendimentos jurisprudenciais, em três grupos de fatos de ocorrência, sendo os mesmos: (1) responsabilidade civil do Estado por prisão cautelar com absolvição posterior; (2) responsabilidade civil do Estado por demora injustificável da prisão preventiva; (3) responsabilidade civil do Estado por prisão cautelar de homônimo e; (4) responsabilidade civil do Estado por ausência de recolhimento de mandado de prisão.

Em relação à responsabilidade civil do Estado por prisão cautelar com absolvição posterior, se faz recorrente ajuizamento de ações perante o Poder Judiciário, onde indivíduos presos cautelarmente e posteriormente absolvidos postulam indenização por danos morais, alegando tolhida a liberdade pela prática de um crime, em que, ao final, fica comprovado não terem cometido.

Via de regra, a compreensão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e dos Tribunais de Justiça dos Estados (TJE), é de que, decretando e fundamentando a prisão nos limites da lei, mesmo que posteriormente o indivíduo venha a ser absolvido, não se obriga ao Estado o dever de se indenizar, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - PRISÃO PREVENTIVA E POSTERIOR ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - NECESSIDADE DE CONSTATAÇÃO DA ILEGALIDADE DO DECRETO PRISIONAL - REEXAME DE PROVAS - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO - INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. 1. Esta Corte tem firmado o entendimento de que a prisão preventiva, devidamente fundamentada e nos limites legais, inclusive temporal, não gera o direito à indenização em face da posterior absolvição por ausência de provas. Precedentes. 2. Na mesma linha, tem decidido que avaliar se a prisão preventiva caracterizou erro judiciário enseja reexame de provas, sendo inviável em recurso especial (Súmula 7/STJ). Precedentes. 3. Ausente o cotejo analítico e não demonstrada similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigma, não se conhece do recurso especial pela alínea c. 4. Recurso especial não conhecido (STJ - REsp: 911641 MS 2006/0250384-6, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 07/05/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/05/2009) (LIMA et al, 2015, p.1).

Ação de Indenização por danos morais por erro judiciário, configurado pelo excesso de prazo para julgamento do recurso de apelação. Pessoa que foi presa e condenada, terminando por ser absolvida, em esfera recursal, por insuficiência de provas. Demanda julgada improcedente. Recurso do autor buscando a inversão do julgado. Inadmissibilidade. A prisão cautelar, e determinação de manutenção da prisão do

acusado, no transcurso do recurso de apelação, não geram ao Estado obrigação de indenizar o acusado diante de sua absolvição por insuficiência de provas. O dano indenizável deve provir de dolo, fraude ou culpa dos agentes responsáveis pela sua apuração, imputação e julgamento. Recurso improvido. (TJ-SP - APL: 00005535020128260156 SP 0000553-50.2012.8.26.0156, Relator: Aroldo Viotti, Data de Julgamento: 29/04/2014, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 01/05/2014) (LIMA et al, 2015, p.1).

Entretanto, é indenizável a prisão cautelar mediante forma arbitrária, infundada e ausente de qualquer comprovação de indício da autoria do acusado.

**E M E N T A - APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA - AFASTADA - DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA NÃO FUNDAMENTADA - AUSÊNCIA DE REQUISITOS - PRISÃO ILEGAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - DANO MORAL CONFIGURADO QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO.** 1. Não há cerceamento de defesa diante da decisão que indefere a produção de prova pericial quando já existe nos autos laudo sobre o assunto. 2. De acordo com o inciso IX, artigo 93, da Constituição Federal, todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário devem ser fundamentadas sob pena de nulidade. 3. A prisão preventiva é considerada ilegal quando a sua decretação não é fundamentada e quando não são analisados os requisitos autorizadores, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. 4. Havendo conduta ilegal e comissiva do Estado sua responsabilidade é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. O dano moral é inerente à prisão ilegal, sendo desnecessária a prova do efetivo prejuízo. 6. A quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) mostra-se razoável e proporcional para indenizar a parte autora, atendendo aos fins preventivo e compensatório a que se destina. 7. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ-MS - APL: 00669214520118120001 MS 0066921-45.2011.8.12.0001, Relator: Juiz Wilson Bertelli, Data de Julgamento: 02/09/2014, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 05/09/2014) (LIMA et al, 2015, p.1).

**APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRISÃO ILEGAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA.** Pretensão ao recebimento de indenização por danos morais e materiais por prisão ilegal pelo período de 4 meses. Possibilidade. Autor acusado de crime sexual quando a prova pericial (laudo sexológico) e o depoimento da vítima atestam pela inexistência do fato. Sentença que acolheu o pedido da promotora e absolveu o acusado nos termos do art. 386, I do Código de Processo Penal. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO LÍCITO.** Interpretação do art. 37, § 6º da Constituição, que não faz distinção entre posturas comissivas ou omissivas, lícitas ou ilícitas. Erro judiciário indenizável. Sentença reformada, ação procedente. **RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.** (TJ-SP - APL: 00121413820138260053 SP 0012141-38.2013.8.26.0053, Relator: José Luiz Germano, Data de Julgamento: 01/09/2015, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 11/09/2015) (LIMA et al, 2015, p.1).

Assim, o dever de indenizar do Estado, mediante prisões cautelares com posterior absolvição, necessita ser analisado pelo Poder Judiciário, em cada caso concreto, surgindo o dever a indenização mediante prisão arbitrária, ilegal e/ou infundada.

Em relação à responsabilidade civil do Estado por demora injustificável da prisão preventiva, observa-se que esta modalidade não tem prazo máximo previsto no Código de Processo Penal. Entretanto, por se tratar de direito a liberdade e sendo este um direito fundamental previsto na CF, deve-se observar um prazo máximo, segundo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Na ausência da regulamentação, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram que essa prisão deverá ter como prazo máximo de 81 dias, entretanto devem ser observados ainda a periculosidade do indivíduo e sua possibilidade de fuga, conforme afirma BÁRBARA SORDI STOCK, senão vejamos:

“Com exceção da prisão temporária, não há, no Brasil, prazo de duração à prisão cautelar (preventiva, decorrente de pronúncia ou da sentença penal condenatória recorrível). A indeterminação temporal à prisão cautelar fez com que a jurisprudência construísse, a partir da soma dos prazos do procedimento aplicado ao caso sub judice, um limite para a duração do processo. Culminou a construção jurisprudencial com a orientação de que haveria excesso de prazo para quem figurasse preso por mais de 81 dias com processo em andamento na primeira instância. A liberdade poderia ser restabelecida via habeas corpus (art. 648, II, CPP), sem prejuízo do regular andamento do processo. Na verdade, a tentativa foi de limitar a prisão cautelar e não propriamente estabelecer um limite para a indevida dilação processual, motivo pelo qual está sendo refutada.”

Em algumas situações, como as transcritas na sequência, percebe-se inexistência pacífica sobre o entendimento acerca do quantum indenizatório a ser arbitrado:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AUTOR QUE FICOU PRESO CAUTELARMENTE POR MAIS DE ONZE ANOS, SENDO ABSOLVIDO AO FINAL DO PROCESSO CRIMINAL. INDENIZAÇÃO MORAL ARBITRADA NA SENTENÇA EM DOIS MILHÕES DE REAIS. 1. De acordo com o texto constitucional, a prisão por erro judiciário ou permanência de preso por tempo superior ao determinado na sentença assegura ao cidadão o direito à indenização contra o Estado (art. 5º, LXXV). 2. Pelo prisma da dignidade da pessoa humana, devido processo legal e duração razoável do processo, equipara-se ao erro judiciário manter-se a prisão cautelar de indivíduo, ao final absolvido, por 11 anos e oito meses. A ilegalidade decorre da própria duração da prisão cautelar, superior a uma década, que, além de não encontrar qualquer justificativa razoável no ordenamento jurídico, revela, com triste nitidez, o drama da morosidade da Justiça. 3. Se, por hipótese, o Autor houvesse sido efetivamente condenado, seguramente não teria cumprido pena em regime fechado por um período de tempo tão extenso, circunstância que torna ainda mais evidente a responsabilidade civil do Estado. 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça somente afasta a responsabilidade civil do Estado se a prisão cautelar, com posterior absolvição, houver sido realizada

dentro dos limites legais, o que não se verificou no presente caso. 5. Colhe-se da doutrina que "a ampliação da responsabilidade estatal, com vistas a tutelar a dignidade das pessoas, sua liberdade, integridade física, imagem e honra, não só para casos de erro judiciário, mas também de cárcere ilegal e, igualmente, para hipóteses de prisão provisória injusta, embora formalmente legal, é um fenômeno constatável em nações civilizadas, decorrente do efetivo respeito a esses valores" (Roberto Delmanto Junior - in "As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração - 2ª edição - Renovar - páginas 377/386). 6. Indenização moral que, embora configurada, foi arbitrada pela sentença de modo excessivo, comportando adequação aos parâmetros adotados pela jurisprudência para casos semelhantes, em observância aos princípios da razoabilidade e moderação, notadamente quando vencido o Estado que, em última análise, é a própria sociedade. 7. Provimento parcial do recurso do Estado do Rio de Janeiro, com redução da indenização por danos morais para o valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), com correção monetária a partir da sentença e juros do trânsito em julgado da sentença absolutória. Provimento parcial do recurso do Autor apenas para majoração dos honorários advocatícios para 10% do valor da condenação. (TJ-RJ - REEX: 03236938320108190001 RJ 0323693-83.2010.8.19.0001, Relator: DES. LUCIANO SABOIA RINALDI DE CARVALHO, Data de Julgamento: 05/02/2014, SÉTIMA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 31/03/2014 16:24) (LIMA et al, 2015, p.1).

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PRISÃO INDEVIDA. INOBSERVÂNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 312/ CPP. EXTRAPOLAMENTO DO PRAZO DITO COMO ADMISSÍVEL PARA A PRISÃO PREVENTIVA. DEVER DE INDENIZAR. ART. 5º, INCS. V, X E LXXV, DA CR E ART. 954 DO CC. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA 54/STJ. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 362 DO STJ. 1. Suportada a prisão por cerca de 6 meses, cuja decretação não observou os requisitos da prisão preventiva (art. 312/ CPP), indevida é a medida cautelar privativa de liberdade, determinado o dever de indenizar, consoante dispões o art. 5º, incs. V, X e LXXV, CR e art. 954 do CC. 2. Em caso de responsabilidade extracontratual por danos morais, os juros moratórios incidem a partir do evento danoso, conforme Súmula n.º 54 do STJ. 3. Segundo a Súmula n.º 362 do STJ, a correção monetária deve ser considerada a partir do arbitramento do dano moral, uma vez tratar-se de mera atualização da moeda. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJ-PR - AC: 5612362 PR 0561236-2, Relator: Vilma Régia Ramos de Rezende, Data de Julgamento: 30/03/2010, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ:364) (LIMA et al, 2015, p.1).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. RECURSO - REQUERIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - NÃO ACOLHIMENTO ALEGAÇÃO DE ERRO JUDICIAL - INOCORRÊNCIA - PRISÃO DECRETADA COM OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS IMPOSTOS PELOS ARTIGOS 311 E 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - ARGUIÇÃO DE EXCESSO DE TEMPO DA PRISÃO PREVENTIVA - NÃO CONSTATAÇÃO - PRAZOS PREVISTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NÃO SÃO ABSOLUTOS - DEMORA CAUSADA PELA PRÓPRIA DEFESA DO ACUSADO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - ABSOLVIÇÃO NA AÇÃO PENAL QUE NÃO SIGNIFICA, POR SI SÓ, QUE HOUVE ERRO JUDICIAL - AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO - SENTENÇA MANTIDA. É notório que a responsabilidade do Estado pode ser afastada no caso de força maior, caso fortuito, ou ainda, se comprovada a culpa exclusiva da vítima, como na hipótese dos autos. Estando presentes os requisitos necessários à decretação da custódia preventiva, previstos nos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal, não restava outra atitude a ser tomada pelo d. Juízo Criminal senão determinar

a prisão do Acusado, inexistindo erro judiciário na espécie. Os prazos previstos no Código de Processo Penal não são absolutos, devendo ser observada a peculiaridade de cada caso, aplicando-se o princípio da razoabilidade. Logo, como na espécie a própria defesa requereu a realização de diversas perícias técnicas, o que resultou na demora da tramitação do processo, não havendo, em consequência, que se falar em excesso de prazo. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-PR, Relator: Idevan Lopes, Data de Julgamento: 25/09/2012, 1ª Câmara Cível) (LIMA et al, 2015, p.1).

Abordando sobre a responsabilidade civil do Estado por prisão cautelar de homônimo, ocorrem situações onde, por parte do Estado, erros são encontrados acerca das prisões de pessoas homônimas. Nestas ocasiões, percebe-se pacificidade na jurisprudência donde os sujeitos envolvidos e privados de suas liberdades, indevidamente, são indenizados pelo ato das prisões. Ressalta-se que, neste caso faz-se imprescindível a caracterização do nexos causal – Estado e dano causado – caracterizando, assim, casos de responsabilidade objetiva, senão vejamos:

CONSTITUCIONAL E CIVIL RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DANOS MATERIAIS E MORAIS HOMONÍMIA PRISÃO ILEGAL INDENIZAÇÃO. 1. A responsabilidade civil do Estado é objetiva baseada na teoria do risco administrativo no caso de comportamento danoso comissivo (art. 37, § 6º, CF) e subjetiva por culpa do serviço ou 'falta de serviço' quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. 2. Prisão ilegal e indevida. Homonímia. Erro da Administração. Nexos causal demonstrado. Dano material e moral configurado. Indenização devida. Correção monetária devida a partir do arbitramento (Súmula nº 362 do STJ). Sentença reformada. Recurso provido. (TJ-SP - APL: 02119062820088260000 SP 0211906-28.2008.8.26.0000, Relator: Décio Notarangelí, Data de Julgamento: 30/01/2013, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 31/01/2013) (LIMA et al, 2015, p.1).

INDENIZAÇÃO - PRISÃO ILEGAL - HOMÔNIMO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - DANOS MORAIS. - Em que pese a teoria da responsabilidade objetiva adotada pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, para as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, àquelas pessoas também se aplica a teoria da responsabilidade subjetiva, quando se tratar de um ato omissivo. - O ato ilícito praticado pelo Estado de Minas Gerais advém do descumprimento do seu dever legal de adotar todas as cautelas necessárias à correta identificação da pessoa contra a qual pende mandado de prisão preventiva, de forma a evitar - como de fato ocorreu - a privação da liberdade de homônimo, não envolvido no caso, em evidente afronta a direitos fundamentais. Destarte, restando demonstrados os requisitos para a configuração da responsabilidade subjetiva, quais sejam, o ato ilícito praticado pelo Estado de Minas Gerais, revelado pela atuação negligente na identificação do preso, o dano moral sofrido pela vítima e o nexos de causalidade entre um e outro, resta ao réu obrigação de indenizar. (TJ-MG - AC: 10024111999207001 MG, Relator: Ana Paula Caixeta, Data de Julgamento: 31/01/2013, Câmaras Cíveis Isoladas/ 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 05/02/2013) (LIMA et al, 2015, p.1).

Por fim, em casos acerca da responsabilidade civil do Estado por ausência de recolhimento de mandado de prisão, registram-se ocasiões onde, após a ordem judicial para revogação do mandado de prisão, o mesmo não é recolhido – ocasionando a prisão indevida do indivíduo. A jurisprudência tem tolerância pacífica ao registrar que, é de responsabilidade civil do Estado tal ato ilícito, conforme julgados abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ESTADO DE MINAS GERAIS - PRISÃO PREVENTIVA ANULADA - MANDADO DE PRISÃO NÃO RECOLHIDO - ENCARCERAMENTO ILEGAL - DANOS MORAIS - "IN RE IPSA" - NEXO CAUSAL PRESENTE - RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA - RECURSO PROVIDO. 1) Constatada a ilegalidade da prisão a que foi submetido o autor, deve o Estado responder pelos danos morais que lhe foram causados, estando comprovado o fato lesivo praticado pela administração, o dano e o nexo entre ambos. 2) O valor a ser arbitrado, a título de dano moral, deve guardar correspondência com a gravidade objetiva da lesão, o seu efeito lesivo, ao que se acresce a verificação das condições econômicas das partes. 3) Recurso provido. (TJ-MG - AC: 10133120006274001 MG, Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Data de Julgamento: 09/10/2014, Câmaras Cíveis/8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 20/10/2014) (LIMA et al, 2015, p.1).

AGRAVO INOMINADO NA APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MANDADO DE PRISÃO PENDENTE DE RECOLHIMENTO. PRISÃO INDEVIDA. FALHA DA MÁQUINA ESTATAL. DANO MORAL IN RE IPSA. INDENIZAÇÃO. QUANTUM. JUROS E CORREÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Tratam os autos de ação de responsabilidade civil, visando à condenação do Estado na obrigação de indenizar os danos morais suportados pelo autor, por ter ficado preso ilegalmente, pelo período de uma semana, em decorrência de mandado de prisão pendente de cumprimento no sistema policial e não recolhido oportunamente. 2. A hipótese em tela é de responsabilidade objetiva do Estado, de acordo com a teoria do risco administrativo, em conformidade com o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. O ordenamento constitucional, com fundamento na teoria do risco administrativo, atribui responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de direito público, quando o dano experimentado por terceiro decorre de ação de seus agentes no exercício da atividade administrativa. Doutrina. Precedentes do TJRJ. 3. Nesses termos, o dever de indenizar só será afastado se o réu, em razão do ônus da prova que lhe compete, demonstrar a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, ou a culpa exclusiva da vítima, o que não restou comprovado nestes autos. 4. In casu, os dois processos criminais de onde emanaram as ordens de prisão contra o demandante já estavam sentenciados, extintos e arquivados. Um em decorrência de sentença penal absolutória e o outro devido à declaração de extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. 5. Evidente a falha de todo o sistema de informação que envolve as ordens de prisão emendadas pelo Poder Judiciário e o seu efetivo cumprimento pelos agentes de segurança pública. 6. Outrossim, indubitável que os registros policiais relativos ao autor estavam desatualizados e defasados, daí a sua prisão de forma irregular e o notório constrangimento suportado. 7. Os danos morais são in re ipsa, pois inerente à própria segregação indevida, decorrendo daí o dever de indenizar, sem exigir qualquer outro elemento complementar para sua demonstração. Doutrina. Precedente do TJRJ. 8. Indenização mantida em R\$ 30.000,00, por se mostrar razoável com as peculiaridades do caso, além das condições do ofensor e do ofendido, o tipo de ofensa e as repercussões provocadas à vítima do ato ilícito, além de estar alinhada à jurisprudência do STJ. 9. Os juros moratórios na reparação por danos morais em

caso de responsabilidade civil extracontratual fluem a partir do ato ilícito, nos termos da Súmula 54/STJ e, no caso concreto, serão regulados na seguinte forma: a) percentual de 0,5% ao mês, a partir da MP n.º 2.180-35/2001 até o advento da Lei n.º 11.960, de 30/06/2009, que deu nova redação ao art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97; e, b) percentual estabelecido para caderneta de poupança, a partir da Lei n.º 11.960/2009. Precedentes do STJ. 10. Correção monetária também será alterada para que flua a contar da sentença com base no IPCA. Precedente do STJ. 11. Pontue-se que a correção monetária, assim como os juros de mora, são matérias de ordem pública e cognoscíveis de ofício, não caracterizando reformatio in pejus, mesmo que revistas em reexame necessário. Precedente STJ. 12. Honorários advocatícios fixados em R\$ 1.500,00 de acordo com os critérios da equidade e da proporcionalidade previstos no artigo 20 §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil. 13. Recurso não provido. (TJ-RJ - APL: 00057432420078190007 RJ 0005743-24.2007.8.19.0007, Relator: DES. JOSE CARLOS PAES, Data de Julgamento: 26/03/2014, DÉCIMA QUARTA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 28/03/2014 11:49) (LIMA et al, 2015, p.1).

Após pesquisa doutrinária e jurisprudencial, há consenso de que a evolução da sociedade traz consigo o constante incremento das responsabilidades estatais, onde, do mesmo modo em que se espera do Estado prontidão em agir, de vigília acerca de suas ações, ensejando a responsabilização estatal, quando este age de forma errônea e descabida, gerando dano a seus administrados.

A comprovação de atos do Estado praticados com ilegalidade ou abuso de poder devem ensejar direito à reparação civil pelos danos materiais e morais eventualmente sofridos em decorrência destes.

Especificamente quando da privação ou cerceio injusto do direito constitucional do indivíduo de ir e vir, o art. 5º, inc. LXXV, da CF/1988, prevê que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.”

Portanto, hipóteses de prisão indevida por erro judicial (e não erro judiciário) que se traduzem em ofensa à liberdade pessoal e que também empenham a responsabilidade do Estado, por força das garantias asseguradas no art. 5º da CF/88 e art. 954 do CC, pois, como estabelece o §2º do art. 5º daquela Carta, 'os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela dotados.

Isto posto, considerando-se que se trata de equacionamento da atuação estatal, a responsabilidade civil pelo evento danoso deve ser analisada à luz da teoria do risco administrativo, fundamento para a responsabilidade objetiva, preceituada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

## 8 CONCLUSÃO

A Responsabilidade Civil do Estado é um tema que perpassa pela evolução do sistema jurídico. Nos tempos do Estado Absoluto prevalecia a teoria da irresponsabilidade, onde o Rei era dotado de poder de fazer com seus súditos somente o que lhe interessava, distante de qualquer consequência ou responsabilidade. Mais tarde, veio a teoria civilista, onde as responsabilidades do Estado separavam-se em gestão e em império, cabendo à gestão do Estado as indenizações. Nos dias de hoje, vigora-se a teoria publicista, donde impera-se: (1) o pensamento da culpa administrativa – em toda e qualquer falha de serviço do Estado, cabendo o dever de indenização e; (2) teoria do risco – que entende que, quando conferido um ônus a um cidadão maior do que o suportado aos demais, mesmo que não seja constatada a culpa, para que essa relação volte a ser equilibrada haverá o dever de indenizar por parte do Estado.

Contudo com base em todas as pesquisas realizadas para a confecção deste trabalho, depreende-se que a responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal ainda é matéria de grande discussão jurídica e doutrinária, seja pela posição clássica e conservadora de alguns doutrinadores e legisladores, seja pela posição evoluída das jurisprudências e da legislação.

Tem-se que, o art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, tendo em vista a literalidade do dispositivo normativo, não abrangeu todas as espécies de ilegalidades decorrentes de prisão, especialmente com relação a prisão cautelar, ressaltando tão somente a decretada em virtude do erro judiciário e a que advém do cumprimento de pena em prazo superior ao estabelecido em sentença condenatória.

De outra banda, conforme o posicionamento das doutrinas bem como das jurisprudências recentes, percebe-se a evolução dos entendimentos legais, não se permitindo mais que a agressão praticada contra a liberdade de locomoção do cidadão fique impune, entendimento este, expandido a todos os meios de privação da liberdade de locomoção.

Assim, pelos entendimentos colhidos, verifica-se que a abrangência do art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, também se aplica as prisões processuais cautelar, ou seja aqueles que possuem como escopo a garantia do desenrolar processual, pois a absolvição futura releva a ilegitimidade da prisão pretérita.

Destaca-se que, no decorrer do trabalho, ficou evidenciado que a responsabilização do Estado, frente à prisão cautelar ilegal, repousa nos princípios constitucionais, mormente o § 6º, do art. 37, da Constituição Federal.

Desta feita, chegou-se ao entendimento no sentido de que o Estado deve ser sim responsabilizado civilmente por prisões cautelares arbitrárias e ilegais, sem a observância dos

preceitos para a sua decretação, tanto quanto aquelas elencadas no art. 5º, inciso LXXV da CF/88,

De igual sorte, entende-se que o Estado é responsável pelas prisões provisórias, onde os presos aguardam, por um prazo excessivo, a sua decisão condenatória ou absolutória, visto que as mesmas terminam desrespeitando frontalmente o princípio da razoável duração do processo.

Com relação à responsabilidade do juiz pelos seus atos no desempenho de sua função, concluiu-se que o mesmo somente será responsável quando agir com dolo ou fraude, aplicando-se a regra do o § 6º, do art. 37 da Constituição Federal, responsabilizando-se o Estado pelos atos cometidos por seus agentes. Mesmo porque, caso fosse responsável por toda e qualquer decisão ilegal cometida, acabava-se por ferir o princípio do livre convencimento do juiz.

Cumprido ressaltar, também, que as decisões que decretam a prisão deverão ser devidamente fundamentadas, para que não ocorram arbitrariedades por parte dos agentes públicos e para que seja respeitado o princípio fundamental constitucional da motivação das decisões.

Ato contínuo, conclui-se que, para conferir legitimidade, as decisões que decretam as prisões, independente da espécie de prisão, deverão preencher todos os requisitos estabelecidos no art. 312 do Código de Processo Penal, sendo estes preceitos amplamente complementados pelos princípios fundamentais previstos na Carta Magna.

Por fim, diante dos inúmeros abusos noticiados diariamente acerca das prisões efetuadas no Brasil, com total desrespeito às normas vigentes e aos princípios fundamentais prevista na Constituição, anota-se a necessidade do cumprimento dos preceitos aludidos nessa pesquisa.

Desta maneira, diante deste cenário, verifica-se que a responsabilização do Estado por ato arbitrário e ilegal e o recebimento de uma indenização é o mínimo que merece um cidadão que teve seus direitos fundamentais violados em virtude de uma prisão ilegal.

## REFERENCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ato Administrativo e Direitos dos Administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 220.982/RS. Rio Grande do Sul, 22/02/2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 7 set. 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. SC - Apelação Cível AC 345112 SC 2005.034511-2. Santa Catarina, 29/08/2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5637926/apelacao-civel-ac-345112-sc-2005034511-2-tjsc>>. Acesso em: 7 set. 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 89501 GO. Goiás, 12/12/2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14730345/habeas-corpus-hc-89501-go>>. Acesso em: 7 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 95.009/SP. São Paulo, 06/11/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc95009EG.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2015.

BRASIL, Tribunal da Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 026621605.2010.8.19.0001. Rio de Janeiro, 08/04/2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FD70E1AA70A8FEC1A2208F5CCD46C257C50360533020>>. Acesso: 15 nov. 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CEBRIAN, Alexandre; RIOS, Victor Eduardo. Direito Processual Penal Esquematizado. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CORREA, Sedeur Fernandes. **Responsabilidade Civil do Estado por Prisão Cautelar Indevida**. Brasília: IDP, 2008. Disponível em: <bdjur.stj.gov.br/xmlui/.../Responsabilidade\_Civil\_Sedeur.pdf?...1>. Acesso em: 7 ser. 2015.

COUTO E CASTRO, Guilherme. **A responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. Fundamentos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 2009, Editora Lumen Juris, 21ª Edição, 519/557.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva 2010.

HENTZ, Luiz Antonio Soares **Direito administrativo e judiciário**. São Paulo: LEUD, 1998.

LIMA, Rafaela Alaniz de; PETRI, Eduardo; ANJOS, Amanda Araujo dos; SANTOS, Bianca Moltocar Bento dos. Responsabilidade civil do Estado por prisão cautelar ilegal. **Revista Jus Navigandi**, nov. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/44325/responsabilidade-civil-do-estado-por-prisao-cautelar-ilegal>>. Acesso: 15 nov. 2015

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 2011, Editora Ímpetus, 5º Edição, pág. 939/955.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 2011, Malheiros Editores, 37ª Edição, pág. 697/711.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 2010, Editora Malheiros, 28ª Edição, Pag.1001/1060.

STOLZE, Pablo.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código de processo penal interpretado. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MONTEIRO. Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico. vol. 1, n. 1, abr/2001. Disponível em:

<<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 26 de Dezembro de 2015.

SANTOS, Áviner Rocha. Responsabilidade Civil do Estado por prisão preventiva indevida. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 26 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52820&seo=1>>. Acesso em: 7 out. 2015.

SILVA, De Plácido. Vocabulário jurídico. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 3.

SOUTO, Ana Carolina Graça. **Prisão cautelar e Responsabilidade Civil do Estado**. 2009. Disponível em: <[http://www.correioforense.com.br/noticia/idnoticia/50067/titulo/Prisao\\_cautelar\\_e\\_responsabilidade\\_civil\\_do\\_estado.html](http://www.correioforense.com.br/noticia/idnoticia/50067/titulo/Prisao_cautelar_e_responsabilidade_civil_do_estado.html)>. Acesso: 30 set. 2015.

STOCK, Bárbara Sordi. O Direito Fundamental a ser julgado em um prazo razoável. Porto Alegre, Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul – nº 57, Metrópole, p. 148.

[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7549](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7549);