



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

DULCÉIA MARIA DOS SANTOS ASSIS

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR PRISÃO ILEGAL

SOUSA - PB  
2006

DULCÉIA MARIA DOS SANTOS ASSIS

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR PRISÃO ILEGAL

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Dr. Jardel de Freitas Soares.

SOUSA - PB  
2006

DULCÉIA MARIA DOS SANTOS ASSIS

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR PRISÃO ILEGAL

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Esp. Jardel de Freitas Soares

---

Prof<sup>ª</sup>. Maria de Lourdes Mesquita

---

Prof. Dr. Robson Antão de Medeiros

Sousa-PB  
2006

Ao meu pai, meu noivo e meus avós que partiram de repente antes de ver concluído o sonho que comungamos juntos e sem que eu tivesse tempo de dar o último abraço. Não houve jeito, não houve tempo, infelizmente. Mas onde quer que estejam, aceitem esta sincera homenagem.

Aos meus estimados pais, Pedro (In memória) e Rita, por terem sido, durante toda essa caminhada, o meu porto seguro, onde eu sempre pude encontrar o conforto necessário e as mais sábias soluções para os problemas surgidos.

Ao meu noivo Rivelino (in memória), por ter contribuído para que esse sonho se tornasse realidade, compreendendo as horas de cansaço e me incentivando a enfrentar os obstáculos, tendo me amado mesmo quando eu menos merecia, pois sabia que era quando eu mais precisava.

Aos meus irmãos, que são as pessoas que fazem sorrir meu coração.

Aos meus amigos em especial a Márcia, por terem me ajudado a superar o momento mais difícil de minha vida, escutando minhas angústias e lamentações e acima de tudo por terem me feito acreditar que ainda era possível sonhar.

Ao meu orientador Jardel de Freitas Soares, por ter entendido as minhas limitações e fazer desse trabalho uma prática prazerosa.

A minha eterna gratidão.

## RESUMO

Esse trabalho científico tem como objeto central a responsabilidade civil do Estado em face de prisão ilegal tendo em vista a grande repercussão e importância do tema para o mundo jurídico. Essa pesquisa aprofunda o estudo sobre a responsabilidade civil do Estado enfocando a indenização do dano sofrido pelo particular, decorrente de conduta lesiva praticada pelo ente estatal, especificamente por parte de um dos seus poderes, qual seja, o Poder Judiciário, na decretação e manutenção de prisão ilegal que se dá através das prisões cautelares proferidas sem observância dos requisitos mínimos erigidos por Lei. No primeiro capítulo elencamos as teorias da responsabilidade civil do Estado e dispusemos a cerca da evolução da responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro. Merecendo destaque em face do atual regime Democrático de Direito que impõe ao Estado a obrigatoriedade de também se submeter ao ordenamento jurídico, que prima pela obediência ao direito de igualdade e o princípio da legalidade. Em seguida, no segundo capítulo é delineado, o perfil da pena no ordenamento jurídico brasileiro, destacando a proteção constitucional ao direito de liberdade, bem como as formas de prisões admitidas no direito pátrio e as exigências para sua decretação. Ao final, o terceiro capítulo se constitui no estudo da indenização do dano sofrido pelo particular, decorrente de conduta lesiva praticada pelo ente estatal, procurando basicamente comprovar se ao Estado compete arcar com o ônus indenizatório em face da indevida restrição à liberdade de locomoção. A análise se realizou por meio de pesquisas bibliográfica e jurisprudencial.

**Palavras-chave:** responsabilidade estatal, prisão ilegal, indenização.

## ABSTRACT

That scientific work has as central object the civil responsibility of the State in face of illegal prison tends in view the great repercussion and importance of the theme for the juridical world. That research deepens the study about the civil responsibility of the State focusing the compensation of the suffered damage for the matter, due to harmful conduct practiced by the state being, specifically on the part of one of your powers, which is, the Judiciary Power, in the diacritical and maintenance of illegal prison that he/she feels through the prisons catenaries uttered without observance of the minimum requirements erected by Law. In the first chapter elencamos the theories of the civil responsibility of the state and we disposed the about of the evolution of the civil responsibility of the State in the Brazilian right. Deserving prominence in face of the current Democratic regime of Right that imposes to the State the compulsory nature of also to submit to the juridical ordainment, that excels for the obedience to the right of equality and the beginning of the legality. Soon after, in the second chapter it is delineated, the profile of the feather in the Brazilian juridical ordainment, detaching the constitutional protection to the right of freedom, as well as the forms of prisons admitted in the right patriot and the demands for your diacritical. At the end, the third chapter is constituted in the study of the compensation of the suffered damage by the matter, due to harmful conduct practiced by the state being, trying basically to be proven to the State competes to arch with the obligation indenizatório in face of the improper restriction to the locomotion freedom. The analysis took place through bibliographical research and jurisprudencial.

**Word-key:** State responsibility, illegal prison, compensation.

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| INTRODUÇÃO .....   | 08 |
| CAPÍTULO 1- DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....         | 11 |
| 1.1 Teoria da Irresponsabilidade Civil .....                 | 12 |
| 1.2 Teorias Subjetivistas... ..                              | 13 |
| 1.3 Teorias Objetivistas.....                                | 15 |
| 1.4 Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro .....       | 17 |
| CAPÍTULO 2 - DA PRISÃO .....                                 | 21 |
| 2.1 Espécies.....  | 21 |
| 2.1.1 Prisão - Pena.....                                     | 22 |
| 2.1.2 Prisão - Processual .....                              | 25 |
| 2.1.3 Prisão - Extrapenal .....                              | 37 |
| 2.2 Prisão Ilegal.....                                       | 39 |
| CAPÍTULO 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR PRISÃO     |    |
| ILEGAL.....  | 43 |
| 3.1 Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais ..... | 44 |
| 3.2 Responsabilidade do Estado Face à Prisão Ilegal .....    | 47 |
| 3.3 O Dano e a Indenização Devida.....                       | 50 |
| 3.4 Da Polêmica do quantum indenizatório .....               | 54 |
| CONCLUSÃO.....   | 61 |
| REFERÊNCIAS .....  | 63 |



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o fim de tratar acerca da Responsabilidade Civil do Estado decorrente da prisão ilegal. Essa é uma temática que se constitui atualmente, em preocupação constante, que transcende as fronteiras de um Estado isoladamente e passa a inserir-se no contexto de questões a serem resolvidas em nível nacional.

A liberdade do indivíduo como direito inalienável, oponível até contra aquele que detém o direito de punir, ou seja, o próprio Estado, sempre foi objeto de garantia constitucional, inobstante o Estado, como detentor do *ius puniendi* possa restringir a liberdade individual e o direito de locomoção, através da prisão, haja vista que cabe-lhe, o dever de manter a paz social e garantir a ordem pública.

Sendo a liberdade um dos direitos fundamentais do ser humano, foi esta elevada ao patamar de garantia constitucional, reconhecendo-se a preservação do direito de locomoção, atribuindo-se, entretanto, à legislação ordinária processual penal, prever as hipóteses em que tal direito de locomoção seja coibido ou restringido provisoriamente por meio de prisão.

Entretanto, se o Estado abusa na atividade de limitação da liberdade, deve ressarcir a vítima do excesso ou arbitrariedade, tal como ocorre nas obrigações de indenizar decorrentes de atos praticados por particulares.

A responsabilidade civil do Estado é a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos. Ancorada na simples relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso.

A responsabilidade civil do Estado, no decorrer da evolução do direito, passou

por diversas fases, começando por aquela onde o Estado não podia ser responsabilizado por qualquer lesão ao direito de alguém, já que na concepção absolutista, o Estado não estava na mesma relação que as pessoas físicas e jurídicas. Passou, posteriormente, para a fase da responsabilidade civilista, quando da discussão sobre a conceituação de atos de império e de gestão, onde começou a ser firmada a responsabilidade da administração pública por danos provenientes de atos de gestão, no caso de culpa ou dolo do agente público. Como evolução da teoria da responsabilidade civilista, passa-se para a fase da culpa administrativa. Esta teoria inova profundamente, pois se passa para a responsabilidade do Estado independentemente da falta do agente público, quando originária da Administração, pelo mau funcionamento do serviço público ou pela sua inexistência, cuja decorrência deve ser concretamente avaliada e analisada. Esta fase marca a transição para a atual fase da responsabilidade objetiva do Estado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. Neste tipo de responsabilidade não há necessidade de apreciação do dolo ou culpa. É a chamada teoria do risco, porquanto tem como pressuposto de que a atuação do poder público envolve um risco de dano, que lhe é insito.

O Fundamento atual da responsabilidade do Estado encontra-se amparado na Constituição Federativa art. 37, § 6º, que dispõe: "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." Consagrando a teoria da responsabilidade objetiva, na modalidade do risco administrativo.

Assim, o Estado como sujeito de direitos e obrigações, poderá, no exercício

das funções, causar prejuízos aos particulares, caso em que emerge a sua obrigação, por força de lei de recompor as lesões patrimoniais decorrentes de sua ação ou omissão motivadora do dano.

No primeiro capítulo elencamos as teorias da responsabilidade civil do estado e dispusemos a cerca da evolução da responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro. Merecendo destaque em face do atual regime Democrático de Direito que impõe ao Estado a obrigatoriedade de também se submeter ao ordenamento jurídico, que prima pela obediência ao direito de igualdade e o princípio da legalidade.

Em seguida, no segundo capítulo é delineado, o perfil da pena no ordenamento jurídico brasileiro, destacando a proteção constitucional ao direito de liberdade, bem como as formas de prisões admitidas no direito pátrio e as exigências para sua decretação.

Ao final, o terceiro capítulo se constitui no estudo da indenização do dano sofrido pelo particular, decorrente de conduta lesiva praticada pelo ente estatal, procurando basicamente comprovar se ao Estado compete arcar com o ônus indenizatório em face da indevida restrição à liberdade de locomoção. A análise se realizou por meio de pesquisa bibliográfica.

Desta forma, os objetivos desta atividade de pesquisa residem na preocupação demonstrada com a decretação de prisões ilegais, prática usual em nosso cotidiano, o que caracteriza o desrespeito ao *status libertatis* do cidadão, além de violar o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Federal de 1988, tudo com o intuito de comprovar a obrigatoriedade que o Estado tem de arcar com o ônus indenizatório em face da prisão efetivada de forma ilegal.

## CAPITULO 1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O Estado enquanto pessoa jurídica se responsabiliza patrimonialmente por atos praticados mediante a atuação de pessoas físicas que ajam na condição de seus agentes, desempenhando funções relativas ao funcionamento do aparelho estatal. Esta responsabilidade extracontratual do Estado fundamenta-se, no princípio da isonomia, e encontra-se regulamentada pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6º.

Consoante MEIRELLES (2002, p.617) a responsabilidade civil do Estado pode ser definida como:

Responsabilidade civil da Administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las.

Entretanto, o nascimento do Estado moderno não trouxe de pronto, como se poderia ter imaginado, a responsabilidade estatal por atos decorrentes das suas funções. Ao contrário, a teoria do direito divino dos reis, impossibilitava qualquer tentativa de responsabilizá-lo, pois o rei, designado por Deus, era infalível.

Hoje podemos dizer que a responsabilidade civil do Estado é aceita de forma universal, onde o Estado tem de recompor o patrimônio diminuído em razão de seus atos. A Administração Pública viveu fases distintas, segundo DI PIETRO (2004, p. 548):

A regra adotada, por muito tempo, foi a da irresponsabilidade; caminhou-se, depois, para a responsabilidade subjetiva, vinculada à culpa, ainda hoje aceita em várias hipóteses; evoluindo-se, posteriormente, para a teoria da responsabilidade objetiva, aplicável, no entanto, diante de requisitos variáveis de um sistema para outro,

de acordo com normas impostas pelo direito positivo.

Parece-nos útil examinar, sua trajetória e assim analisar as diversas teorias surgidas a respeito.

### 1.1 Teoria da Irresponsabilidade Civil

Essa teoria foi adotada na época dos Estados absolutos e repousava na idéia de soberania, onde o entendimento era de que o Estado não tinha obrigação de indenizar os prejuízos que seus agentes, nessa condição, causassem aos administrados, havia o entendimento de que, em nenhum caso, sob os mais variados fundamentos, o Estado deveria reparar um prejuízo, derivado de ação ou omissão sua, sofrido por terceiro.

Este fundamento encontrava-se descrito nos princípios orientadores dos Estados absolutistas, onde imaginava-se ser o Estado a personificação da nação e por isso, *non suitability* (não demandável) e *The King can do no wrong* (o rei não pode errar), não lhe cabendo por sua vez o dever de reparar danos causados por seus agentes, ou seja, qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no nível do súdito, em desrespeito a sua soberania.

O princípio desta teoria era o de que os agentes do Estado, quando faltavam ao dever ou violavam a lei seriam pessoalmente responsáveis pelo dano, mas jamais o Estado. O particular, desta feita, não ficava totalmente desprotegido porquanto provada a culpa ou o dolo do agente este responderia individualmente pelo dano causado.

Com o reconhecimento dos direitos dos indivíduos perante o Estado e, com a difusão da idéia de submissão do Estado ao Direito, a teoria da irresponsabilidade

do Estado está totalmente superada, visto que os dois últimos países que a sustentavam, que eram a Inglaterra e os Estados Unidos, passaram a admitir que demandas indenizatórias, provocadas por atos de agentes públicos possam ser dirigidas diretamente contra a administração embora a Inglaterra ainda a adote em relação ao Rei e a alguns de seus funcionários.

## 1.2 Teorias Civilistas

Historicamente pode se afirmar que a base da responsabilidade civilista foi no final do século XIX, após a revolução industrial, cumpre ressaltar que o advento das revoluções burguesas e do Estado de Direito não foi, como em princípio se poderia supor, razão da imediata aceitação da responsabilização civil do Estado. A aplicação prática da teoria da separação dos poderes obstaculizava sua efetivação, sob a excusativa de que a condenação da Administração por parte do Poder Judiciário significaria uma intromissão indevida deste na órbita de autonomia do Executivo, o que era inadmissível.

O início da responsabilidade do Estado somente foi possível após o desenvolvimento de uma teoria que propugnava agir o Estado em duas diferentes roupagens, ora como pessoa pública, ora como pessoa civil. Separou-se, então, a atividade do Estado em atos de império e atos de gestão, para obrigá-lo a reparar os danos causados no desempenho destes últimos em relação aos serviços públicos, por se entender que nestes casos a sua atuação assemelhava-se a dos cidadãos comuns. A partir da distinção destes dois tipos de atuação foi possível ao Estado adentrar a seara civil, enquanto empresário, e passou a ser viável a sua responsabilização quanto a atitudes empreendidas dentro desta segunda acepção.

Em relação às demais, permanecia a sua imunidade, fruto de sua soberania e de seu poder de império.

Todavia, esta situação ainda se apresentava muito desvantajosa para o indivíduo, que muitas vezes ficava irressarcido ante a impossibilidade de se distinguir entre as duas espécies de atos em seu caso concreto, uma vez que freqüentemente se entrelaçavam ambos os tipos em uma mesma situação.

Consoante preleciona DI PIETRO (2004, p. 550):

Embora abandonada a distinção entre atos de império e de gestão, muitos autores continuaram apegados à doutrina civilista, aceitando a responsabilidade do Estado desde que demonstrada a culpa. Procurava-se equiparar a responsabilidade do Estado à do patrão, ou comitente, pelos atos dos empregados ou prepostos. Era a **teoria da culpa civil** ou da **responsabilidade subjetiva**.(grifo do autor)

Desta forma, a responsabilidade do estado passou a ser direta, atendidas as provas da existência do dano, da conduta culposa por parte de um funcionário determinado e do nexo de causalidade entre o dano e a conduta.

Com base nos fatos, o período de responsabilidade civilística, em que o Estado se encontrava em posição de igualdade face ao particular, pode ser dividido em dois principais momentos: o da culpa provada e o da culpa presumida. Onde em um primeiro momento, a responsabilidade estatal assemelhou-se à do preponente pelo ato do preposto, sendo indispensável à demonstração da culpabilidade do funcionário público para deduzir-se a responsabilidade da entidade pública, sendo que, aos poucos a teoria da responsabilidade civil do Estado evoluiu dessa concepção individual, para a prevalência da constatação do dano sobre a prova da culpa.

Sendo assim, a tese da teoria da irresponsabilidade do Estado ficou superada, passando-se a admitir a responsabilidade civil do Estado. Entendia-se

que a culpa da administração derivava da circunstância de seus agentes ostentarem a qualidade de prepostos. O Estado passa a responder de modo indireto pelos atos de seus funcionários.

### 1.3 Teorias Publicistas

Seguindo a evolução das teses acerca da responsabilidade civil do estado, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado é assim chamada por prescindir de apreciação dos elementos subjetivos (dolo e culpa), e também chamada de teoria do risco, porque parte da idéia de que a atuação estatal envolve risco de dano, que lhe é inerente.

Foi a partir do caso Blanco em 1873 que surgiram as teorias publicistas da responsabilidade do Estado, que compreendem a teoria da culpa do serviço ou culpa administrativa e teoria do risco.

Através da teoria da culpa do serviço, passou-se a considerar a falta do serviço (seu mau funcionamento, não funcionamento ou funcionamento tardio) como causa de incidência da responsabilidade do Estado independente da conduta de qualquer funcionário. A culpa a ser apurada passou, do funcionário para a administração.

Já a teoria do risco administrativo representou passo decisivo na doutrina da responsabilidade estatal. A adoção desta teoria, ora a mais divulgada, entende que basta que se prove que o dano sofrido decorreu da atividade pública, ainda que esta não tenha exorbitado sua esfera de ingerência. O particular tem apenas de demonstrar o nexo de causalidade entre o ato da Administração e o dano, e que para este não contribuiu com atitude culposa.



Conforme se extrai do pensamento de DI PIETRO (2004, p. 551):

Essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos.

Na mesma esteira de raciocínio, a autora comenta que nesta teoria, a idéia de culpa é substituída pela de **nexo de causalidade** (grifo da autora) entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular.

Desta forma, a responsabilidade civil do Estado por atos comissivos ou omissivos de seus agentes, é de natureza objetiva, ou seja, dispensa a comprovação de culpa. Para que se configure a responsabilidade objetiva do ente público, basta a prova da omissão e do fato danoso e que deste resulte o dano material ou moral e que o responsável pelo ato revista-se da qualidade de funcionário da Administração Pública, ademais é fundamental, entretanto, que haja o nexo causal, isto é, uma relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano que se pretende reparar. Lembrando que a dispensa de comprovação de culpa da Administração pelo administrado não quer dizer que aquela esteja proibida de comprovar a culpa total ou parcial da vítima, para excluir ou atenuar a indenização. Verificado o dolo ou a culpa do agente, cabe à fazenda pública acionar regressivamente para recuperar deste, tudo aquilo que despendeu com a indenização da vítima.

Outra teoria bastante discutida é a teoria do risco integral, onde preceitua que existe responsabilidade civil do estado em qualquer caso, se presentes o dano ao particular e a causa por agente ligado ao mesmo. Assim, não seriam consideradas

quaisquer excludentes de responsabilidade, tais como o caso fortuito, a força maior, a culpa exclusiva ou concorrente da vítima, a culpa exclusiva de terceiro, entre outros. Portanto, segundo essa teoria, a Administração responde invariavelmente pelo dano suportado por terceiro, ainda que decorrente de culpa exclusiva deste, ou até mesmo de dolo. É a exacerbação da teoria do risco administrativo.

Entretanto a doutrina majoritária não faz distinção do risco integral e o risco administrativo, e mesmo os que o fazem admitem as causas excludentes da responsabilidade na teoria do risco integral. Concluindo-se que as divergências são terminológicas quanto à maneira de designar as teorias, prevalecendo a concordância em que se trata de responsabilidade objetiva e que algumas circunstâncias excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado.

#### 1.4 Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro

As constituições de 1824 (Art. 179) e de 1891 (Art. 82), já previam a responsabilização dos funcionários públicos por abusos e omissões no exercício de seus cargos. Mas a responsabilidade era do funcionário, vingando até aí, a teoria da irresponsabilidade do Estado.

Até a promulgação do Código Civil Brasileiro de 1916, leis ordinárias previam a responsabilidade solidária do Estado em caso de omissão ou abuso praticado por funcionário. A partir daquele diploma, a teoria que imperou no ordenamento jurídico pátrio foi a de que o Estado respondia por todo ato culposo advindo de serviço por ele prestado ou de ação de agente seu no exercício de sua função, a base legal para a sua sustentação residia no artigo 15 do Código Civil brasileiro de 1916:

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

O artigo acima citado subordinava o dever do Estado de ressarcir os danos causados por seus agentes à comprovação de terem procedido de forma contrária ao direito, ou seja, de terem praticado um ato ilícito. Esta teoria evoluiu através da jurisprudência para permitir o direito de requerer indenização não obstante a não demonstração de culpa do agente causador do dano, bastando comprovar a culpa do serviço.

Para essa teoria, tendo em vista que o agente administrativo age em nome do Estado, e uma vez que toda pessoa jurídica procede através de seus órgãos, é responsável pelos danos por estes causados, chegando-se desta forma, à concepção da responsabilidade direta do Estado através da teoria da responsabilidade civil subjetiva, sendo necessária à configuração de dolo ou culpa do agente para a responsabilização civil do Estado, assim sendo, bastava estar comprovada a responsabilidade por falta do serviço, falha do serviço ou culpa do serviço.

A doutrina subjetiva foi perdendo espaço com o advento da teoria objetiva, entretanto, atualmente, no que se refere ao dano por comportamento omissivo, à responsabilidade de pessoa jurídica de direito público é subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades negligência, imprudência ou imperícia, embora possa tratar-se de culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente.

As Constituições de 1934 e 1937 adotaram a sistemática anterior ao Código da responsabilidade solidária, onde o lesado podia mover ação contra o Estado ou

contra o servidor, ou contra ambos. Somente a partir da Constituição de 1946, a teoria da responsabilidade objetiva foi adotada no Brasil, com a possibilidade de ação regressiva contra o servidor no caso de culpa. Note-se que, a partir da Constituição de 1967 houve um alargamento na responsabilização das pessoas jurídicas de direito público por atos de seus servidores. Saiu a palavra *interno*, passando a alcançar tanto as entidades políticas nacionais, como as estrangeiras. Esse alargamento ampliou-se com a Constituição de 1988, que estendeu a responsabilidade civil objetiva às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, aos serviços não essenciais, por concessão, permissão ou autorização.

A responsabilidade acolhida no dispositivo constitucional atual é objetiva quanto ao Estado. Assim, ocorrendo dano, prescinde-se do dolo ou culpa, bastando ficar provado o nexo de causalidade entre esse dano e a conduta estatal. Todavia, relativamente ao funcionário é subjetiva, ainda que consagre o texto constitucional à responsabilidade objetiva, não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser a subjetiva.

A teoria do risco administrativo tem suporte no ordenamento jurídico pátrio, no artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988.

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso nos casos de culpa ou dolo.

Com este fundamento podemos dizer que o Estado brasileiro em qualquer das suas três esferas – Federal, Estadual ou Municipal - é responsável independentemente de comprovação de culpa, pelos danos causados por seus agentes administrativos a particulares, aí incluídos os funcionários de qualquer

entidade estatal e seus desmembramentos. Resta apenas observar que, para que haja o prejuízo, é necessário que não tenha contribuído de forma culposa a vítima, quando será a responsabilidade mitigada (culpa concorrente), ou afastada (culpa exclusiva da vítima).

MEIRELLES (2002, p.623) destaca que:

A atual Constituição Federal usou acertadamente o vocábulo *agente*, no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público em caráter permanente ou transitório, sendo essencial que o agente da Administração haja praticado o ato ou omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las.

Muito discutido pela nossa doutrina pátria é o fato de que como a nossa Constituição Federal não disciplina a questão das excludentes de responsabilidade, como, por exemplo, o caso fortuito, poderia ter adotado a teoria do risco integral. Porém é de bom alvitre mencionar que esta discussão acadêmica não gerou grande repercussão, ficando, todavia, certo de que o nosso sistema jurídico não adotou no campo da responsabilidade civil do Estado esta teoria, e sim a do risco administrativo.

Vale comentar, por fim, que, em caso de debilidade do funcionamento do serviço público, não é necessário invocar a teoria do risco, por restar caracterizada a culpa do serviço público. Assim, o Estado será responsabilizado pela má prestação, pela não prestação ou pela prestação tardia do serviço público.

## CAPITULO 2 DA PRISÃO

A sanção penal pode ser definida como a reprimenda a uma conduta, previamente condenada pelo ordenamento jurídico, mediante a promessa de restrição de um direito. Para MIRABETE (1998, p.356) “a sanção penal consiste na perda ou privação de exercício de direito relativo a um objeto jurídico”. Desta forma, a prisão, em sentido jurídico, é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal.

A prisão, por ser medida extrema contra o estado de liberdade do indivíduo, direito universalmente garantido, somente se admite quando determinada por ordem legal e emanada de autoridade competente e respeitado o devido processo legal.

Num autêntico estado de direito, nos quais as liberdades individuais devem ser respeitadas, a prisão de qualquer indivíduo antes que seja proferido julgamento definitivo (trânsito em julgado), somente se justifica por razões de necessidade em manter-se a ordem e segurança da sociedade em detrimento da liberdade individual, e deve ter por finalidade a efetividade do processo.

### 2.1 Espécies

No Direito brasileiro existem espécies distintas de prisão. Temos a prisão-pena (penal), a prisão processual e a prisão extrapenal. A prisão penal é claramente repressiva, se dá quando após o trânsito em julgado é proferida uma sentença condenatória em que se impõe uma pena privativa de liberdade.

A prisão processual de natureza cautelar, cuja finalidade é resguardar a efetividade dos fins da persecução criminal, caracteriza-se pela provisoriedade, incluindo a prisão em flagrante (arts. 301 a 310 CPP), a prisão preventiva (arts. 311 a 316 CPP), a prisão resultante de pronúncia (arts. 282 e 408, inc. I do CPP), a prisão resultante de sentença penal condenatória (art. 393, inc. I) e a prisão temporária (lei 7960/89).

Já a prisão extrapenal inclui a prisão civil que é a decretada em casos de devedor de alimentos e de depositário infiel, únicas, na esfera do Direito civil permitida pela constituição (art 5º, LXVII). A prisão administrativa, que após a constituição de 1988 só pode ser decretada por autoridade judiciária, é prevista pelo artigo 319, inc. I do CPP e leis especiais. Por fim, existe a prisão disciplinar permitida na própria constituição para as transgressões militares, crimes propriamente militares (art 5º, LXI e 142, § 2).

Segundo o nosso código de processo penal, com exceção do flagrante delito, a prisão somente poderá efetuar-se nos casos determinados em lei e mediante ordem escrita de autoridade competente. Esta ordem escrita livra o cidadão de arbítrios e excessos cometidos por parte de agentes do Estado.

### 2.1.1 Prisão-pena

Prisão pena é a prisão definitiva fundada no cumprimento de uma sentença penal condenatória, transitada em julgado, oriunda de processo crime. Tem ela caráter verdadeiramente repressor, punitivo, sancionador, aparecendo no ordenamento jurídico brasileiro sob várias formas, que pode ser de reclusão, detenção e prisão simples.

A prisão resultante de sentença condenatória transitada em julgado é imposta através de um processo criminal no qual, deve ser efetuado sob a égide dos princípios constitucionais do devido processo legal, da presunção da inocência e do contraditório e ampla defesa, sob pena e nulidade do processo desde o início, por manifesto cerceamento de defesa.

O julgador, ao condenar o réu, deve fundamentar sua decisão, não podendo levar em conta meramente indícios, mas provas sérias e robustas produzidas no processo.

Ao final, se esgotadas todas as possibilidades de modificação do destino do processo, com as vias recursais devidamente ultrapassadas, o Estado deve, por sua vez, cumprir seu papel perante a sociedade, com a imposição da devida execução da pena por ele mesmo imposta.

Neste diapasão cite-se o conceito de prisão-pena elaborado pelo ilustre doutrinador QUIRINO (1999, p. 22):

A prisão-pena é, portanto, a restrição da liberdade individual em razão da aplicação de uma pena ou sanção definitiva ao infrator da lei penal, decorrente do legítimo exercício do direito punitivo do Estado e que tem como premissa maior a proteção da sociedade, livrando-a dos maus cidadãos transgressores da norma penal, e num segundo plano, sempre que possível, tentar a reintegração desses cidadãos à vida social.

Dentro da evolução da sanção penal, a prisão somente surgiu como pena em meados do século XVIII, pois embora se encontrem registros desde a Antigüidade da existência do encarceramento, esse sempre foi adotado com um sentido custodial.

Na Idade Média também não se viu a prisão com o caráter de pena. Nesse momento histórico, perpetuou-se a prisão custodial como forma de guardar os condenados até o momento da ostentação da sua punição, normalmente



amputações, mutilações e queimaduras, ocorridas a céu aberto, como forma de espetáculo para um público fiel.

No entanto, já na Idade Média, havia a prisão destinada à detenção temporária ou perpétua de inimigos de Estado, além da prisão eclesiástica, cujo surgimento era propício para uma época em que a religiosidade se manifestava de forma exacerbada.

Com a afirmação do catolicismo, seus preceitos se estenderam a religiosos e leigos e gradativamente formaram o corpo jurídico da Igreja Católica, cominando com o surgimento do direito canônico, cuja contribuição se deu pela adoção dos princípios humanitários na aplicação da pena, à qual era dado o sentido de correção e reabilitação do delinqüente.

Durante a Idade Moderna, em face do desenvolvimento das cidades, a crescente criminalidade e ante a impossibilidade de se dizimar toda uma população de delinqüentes, a autoridade do direito penal viu-se obrigada a limitar os casos de adoção da pena de morte. Essa conjuntura social permitiu o surgimento das casas de correção, nas quais se pretendiam reformar o infrator, notadamente, através de um regime de disciplina e trabalho. Outro antecedente na Modernidade da pena de prisão foi a pena das galés, na qual os criminosos eram condenados a cumprir a pena de trabalhos forçados em embarcações de velas, remando sob a coerção de castigos corporais.

Ademais, outra raiz do surgimento da privação da liberdade como pena se encontra no contratualismo do século XVIII. O contrato social, se violado, mereceria uma sanção, entretanto, como a sociedade daquele tempo não dispunha de grandes riquezas, decidiu-se privar o indivíduo daquilo que lhe era mais precioso, sobretudo no Iluminismo: a liberdade.

Todavia, para muitos doutrinadores o surgimento da pena de prisão teria ocorrido muito menos motivado por ideais reformadores e mais como reflexos do capitalismo. Para uma época em que não se admitia o desperdício de mão de obra, as prisões celulares, nas quais se impunham trabalhos forçados, tornaram-se uma ótima proposta de via punitiva.

### 2.1.2 Prisão processual

Por prisão processual entende-se toda a forma de prisão provisória ou cautelar em sentido amplo, assim considerada em razão de recair sobre o indivíduo mesmo sem que haja sentença definitiva.

É revestida de caráter precário, por não ser definitiva, podendo ser decretada ou cassada a qualquer tempo, no curso da fase informativa ou da instrução processual.

Sua decretação não deflui de condenação e tem como finalidade resguardar o processo de conhecimento, pois, em alguns casos, se esta medida não for adotada, privando assim o indivíduo de sua liberdade mesmo sem uma sentença definitiva, quando esta for proferida, já não será possível a aplicação da lei penal.

Tem, pois, a natureza da prisão provisória, caráter de urgência e necessidade, que serve de instrumento para se atingir o fim esperado pelo processo de conhecimento, ou seja, a satisfação da pretensão.

É aquela prisão anterior à condenação e que consiste em uma limitação mais ou menos intensa da liberdade física de uma pessoa, por uma finalidade processual penal. Pode ser considerada como uma espécie de autodefesa do próprio ordenamento jurídico, ante o perigo de que seja burlado.

Saliente-se que, a prisão provisória ou cautelar não pode ser vista como um reconhecimento antecipado da culpa, pois o juízo que se faz, ao decretá-la, é de periculosidade e não de culpabilidade.

Ao se verificar a decretação da medida cautelar, sem que se exponha, fundamentadamente, a justa causa para tal, estará se cometendo uma coação ilegal, segundo o artigo 648, inc. I, do Código de Processo Penal.

Isso significa que o instituto da prisão cautelar, considerada a função processual que lhe é inerente não pode ser utilizado com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento do princípio da liberdade. Ao contrário, constitui instrumento destinado a atuar em benefício da atividade desenvolvida no processo penal.

Conforme preleciona o renomado processualista CAPEZ (2005, p. 229):

Trata-se de prisão de natureza puramente processual, de natureza cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou ainda a impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos. Depende do preenchimento do periculum in mora e do fumus boni iuris.

Por conseguinte, verifica-se um juízo de probabilidade, ou seja, se houver probabilidade de condenação, e o interesse social assim requerer, a providência cautelar poderá ser decretada antecipadamente.

De acordo com o entendimento de QUIRINO (1999, p. 23):

Para evitar abusos e arbitrariedades, a mais autorizada doutrina reconhece princípios informadores concernentes às medidas de cautela adotadas no processo penal, que devem ser observados pelos operadores do Direito, principalmente para aferir a necessidade de restrição da liberdade de locomoção por meio da prisão provisória.

*Princípio da legalidade:* o princípio da legalidade determina que as medidas de cautela impostas ao indivíduo somente podem ser aquelas previstas expressamente pela lei e devem possuir pressupostos de cabimento próprios, não podendo a liberdade pessoal do indivíduo ser restringida ou limitada por outro meio.

*Princípio da adequação e proporcionalidade:* segundo esse princípio, as medidas de cautela adotadas para garantir a efetividade do processo penal devem ser adequadas ao caso concreto e proporcionais a gravidade do crime e a pena que possivelmente possa ser aplicada ao mesmo. Para atender a esse princípio o legislador deve colocar à disposição do magistrado tantas medidas de cautela quanto sejam possíveis, para que, em razão da gravidade do crime e a situação de fato possa haver um elenco maior de medidas, aplicando-se aquela que melhor seja adequada ao caso concreto, ao mesmo tempo em que seja uma garantia da efetividade do processo penal, restrinja o menos possível a liberdade pessoal do indivíduo.

*Princípio da precariedade:* segundo o preceito deste princípio, as medidas de cautela são sempre precárias (notadamente quanto à prisão provisória), em razão do *princípio da presunção de inocência* que não admite a antecipação do cumprimento de pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, pois tal antecipação representaria uma inversão de valores (por pressupor a *presunção de culpa* do indivíduo).

*Princípio da subsidiariedade:* o enunciado desse princípio informa que essa espécie de custódia deve ser de caráter subsidiário, somente aplicando-se em casos nos quais outras medidas de cautela sejam inadequadas e ineficientes em face da presença de algumas condições, a saber: a gravidade do crime praticado; a pena a este cominada; os obstáculos causados pelo agente do fato delituoso para a efetividade do processo penal; o perigo de grave perturbação da ordem pública ou continuação da atividade criminosa. Decorre naturalmente deste princípio também o *princípio da necessidade*, segundo o qual as prisões processuais somente se efetivam se o caso concreto determinar a sua real necessidade.

Para qualquer uma das modalidades de prisão provisória, é necessário a observância do devido processo legal por exigência indeclinável do art. 5º, inc. LIV, da Constituição da República, segundo o qual "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Deste modo, a decretação da prisão provisória, seja qual for à espécie e independentemente do momento processual em que é decretada, até mesmo antes do processo, deverá atender não somente aos pressupostos legais, mas também aos requisitos processuais da autoridade competente e ordem escrita e fundamentada, sob pena de ser imediatamente

relaxada pela autoridade judiciária competente (artigo 5º., inc. LXV, da Constituição Federal), ou ter sua decretação revogada, além da garantia do remédio constitucional do *habeas corpus*, nos casos em que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder (artigo 5º., inc. LXVIII, da Constituição Federal).

Atualmente temos cinco espécies de prisão cautelar, quais sejam: **a)** a decorrente de flagrante; **b)** a preventiva; **c)** a temporária; **d)** por sentença de pronúncia, e **e)** por sentença pena condenatória recorrível, as quais passaremos a ver adiante, analisando seus pressupostos e eficácia.

#### A) O flagrante

Prisão em flagrante é a prisão provisória efetuada quando a infração penal está ocorrendo ou acaba de ocorrer, quando o delito está flamando, queimando. É o que se denomina de estado de flagrância.

A prisão em flagrante está prevista nos artigos 301 a 310, do Código de Processo Penal. É um ato administrativo, no entendimento do artigo 301, CPP, revestindo-se como uma medida acautelatória de natureza processual que dispensa ordem escrita e tem previsão expressa na Carta Política de 1988 em seu artigo 5º, inc. LXI.

A prisão em flagrante é a única exceção à necessidade de ordem escrita e fundamentada de juiz competente. Da mesma forma, também é única prisão que pode ser executada por *qualquer do povo*. Tanto assim é que preleciona o artigo 310 do CPP que qualquer do povo *poderá* e as autoridades policiais e seus agentes *deverão* efetuar prisão daquele que se encontrar em estado de flagrância. Para tal,

por certo que poderá o popular empregar a força necessária, dentro dos limites da lei, pois atua no exercício regular de um direito.

MIRABETE (1998, p.367) invoca que são três os estados de flagrância que autorizam a prisão:

a) o flagrante próprio, que ocorre quando o agente está cometendo a infração ou acaba de cometê-la; b) o flagrante impróprio ou quase-flagrante, que se dá quando o agente é perseguido logo após o ilícito, em situação que se faça presumir ser ele o autor da infração; e, c) o flagrante presumido, que é aquele em que o agente é encontrado logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Fala-se, ainda, em flagrantes preparados e esperados. A primeira forma tem sido identificada com as situações nas quais existe a indução do agente ao delito, ostentando, portando, caráter de ilegalidade. Mas diversa é a situação do flagrante esperado, no qual inexistente a figura do agente provocador, ou seja, a atividade das autoridades reside em colocar-se em posição de vigilância, não havendo atuação positiva na cadeia causal. Por outras palavras, a ação é somente monitorada, sem interferência direta da autoridade policial.

O flagrante não pode ser revogado, revogar é retirar o comando, e na prisão em flagrante não há um comando, uma decisão anterior, já que ela decorre do fato em si. Ao receber o flagrante, o juiz o homologa ou não, e no segundo caso temos um relaxamento da prisão, pois a ilegalidade da constrição enseja o seu relaxamento.

Mas se o flagrante é homologado, ou seja, se é afastado o relaxamento, cabe, então, analisar se a hipótese é de liberdade provisória ou não. Atualmente, consoante a redação do artigo 310, parágrafo único, do CPP, a manutenção da

prisão somente ocorrerá se estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva ou se houver vedação legal à liberdade provisória.

## B) Prisão Preventiva

A prisão preventiva, com previsão nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal, é medida cabível, por despacho fundamentado da autoridade judiciária, em qualquer fase do inquérito policial ou da ação penal, antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória, podendo ser decretada de ofício pelo Juiz ou a pedido do Ministério Público, do querelante ou por representação da autoridade policial.

Só será admitida a decretação da prisão preventiva nos casos expressos no artigo 313 do Código de Processo Penal, ou seja, nos crimes dolosos: a) punidos com reclusão; b) punidos com detenção, quando o indiciado é vadio ou existe dúvida sobre a sua identidade; e, c) se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, com sentença transitada em julgado, salvo a hipótese descrita no parágrafo único do artigo 46 do Código Penal.

Entretanto, em se deparando o Juiz com uma das hipóteses acima mencionadas, ainda assim deverá analisar o caso concreto, uma vez que a prisão preventiva só é cabível em casos excepcionais.

Vale lembrar que a representação da autoridade policial não difere do requerimento do Ministério Público. Ambos devem expor os fatos, enquadrá-los dentro dos permissivos legais, declinando as razões da custódia e formulando seu pedido. A particularidade reside no fato de que a representação da autoridade policial é remetida ao Ministério Público para parecer prévio.

Para decretação da prisão mister a presença de dois requisitos basilares, dentre outros. Há necessidade de prova da existência do delito e indícios suficientes de autoria (artigo 312 do CPP).

Deverá haver, portanto, prova segura de que ocorreu fato apto a caracterizar crime, ficando sua exata comprovação, sob crivo do contraditório, e qualificação postergada para fase seguinte.

Já quanto à autoria, bastam indícios, significa dizer, fatos provados sumariamente, ou conhecidos, que indiretamente apontem para o acusado. É evidente que fica um largo campo dentro do qual o julgador pode transitar a fim de considerar ou não presentes indícios suficientes de autoria. Toda a cautela é recomendada portanto, pois trata-se da liberdade de uma pessoa que ainda não pode ser considerada culpada.

Além da presença destes requisitos básicos, devem estar presentes os fundamentos da custódia que são referidos também no artigo 312 do CPP. São eles: garantia da ordem pública ou ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Mas há, ainda outros requisitos, estes previstos no artigo 313 do CPP, conforme exposto anteriormente, onde em regra, somente os delitos apenados com reclusão admitem a prisão preventiva. Por exceção, os delitos apenados com pena de detenção a admitem quando o acusado é vadio e há dúvida sobre sua identificação, não fornecendo elementos para seu esclarecimento.

Assim, como ocorre com a prisão em flagrante, a prisão preventiva é incompatível com a presença das excludentes da ilicitude, conforme o artigo 314 do CPP.



A prisão preventiva poderá ser relaxada, se ilegal, ou revogada, se houver alteração da situação fática.

### C) Prisão Temporária

A prisão temporária é uma modalidade de custódia cautelar que tem fundamento na Lei nº 7.960/89. Trata-se de uma modalidade de custódia que é exclusiva da fase inquisitorial, e tem por pressuposto a existência de um procedimento de inquérito policial, consoante se depreende do artigo 1º, inc. I, da referida lei.

A prisão temporária é mais uma espécie de prisão provisória ou cautelar. É uma medida acautelatória, restringe a liberdade de locomoção por tempo determinado e tem como objetivo facilitar as investigações a respeito de determinados crimes, durante o inquérito policial. Assim, podemos dizer que a prisão provisória decorre de norma processual de caráter instrumental.

É certo que a prisão temporária somente pode ser decretada pelo juiz, não pode ser decretada de ofício, carecendo representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, ao contrário da prisão preventiva. Também está limitada a um requisito temporal, no caso 5 dias, no máximo, prorrogável, em caso de necessidade fundamentada, por igual prazo. Com exceção da lei dos crimes hediondos que estabelece um prazo de trinta dias (artigo 2º, § 3º da citada lei), podendo ser igualmente prorrogado por igual período, em casos de extrema necessidade. Este prazo somente se conta a partir da execução da ordem, ou seja, a partir da prisão, pois são prazos de duração máxima da custódia.

O artigo 1º da Lei n. 7.960/89 é taxativo ao enumerar as situações em que pode ser decretada a prisão temporária, quais sejam: quando imprescindível para as investigações do Inquérito Policial; quando o indiciado não tiver residência fixa ou ainda não fornecer os elementos necessários para o esclarecimento de sua identidade; quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova legalmente admitida, que aponte o indiciado como autor ou participe de homicídio doloso, seqüestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto violento, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas e crimes contra o Sistema Financeiro.

CAPEZ (2005, p. 248), entende 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*. Sem a presença de um destes dois requisitos ou fora do rol taxativo da lei, não se admitirá a prisão provisória.

A prisão temporária poderá ser relaxada ou revogada. O relaxamento se destina aos casos de ilegalidade, inclusive de falta notória dos pressupostos, pois a prisão realizada sem os requisitos formais ou materiais é ilegal. A revogação, ao revés, destina-se aos casos de alteração da situação fática que façam desaparecer os motivos ensejadores da prisão.

E) Prisão decorrente de pronúncia

O procedimento do Júri, destinado aos delitos dolosos contra a vida, tentados ou consumados, apresenta-se dividido em duas fases no primeiro grau de

jurisdição. O *judicium accusationis*, que inicia com o recebimento da denúncia e vai até a fase dos artigos 408 e seguintes, e o *judicium causae*, que terá início a partir do trânsito em julgado da sentença de pronúncia.

Ao julgador, colocam-se quatro alternativas ao fim do *judicium accusationis*. Se estiver convencido da existência de crime e de indícios de autoria na(s) pessoa(s) do (s) acusado(s), acolherá a denúncia pronunciando, ocasião em que determinará os dispositivos legais nos quais incidiu o réu, sejam ou não exatamente os da denúncia, recomendando-o na prisão ou decretando-lhe a prisão, salvo se primário e de bons antecedentes.

Se estiver cabalmente comprovada causa de exclusão da ilicitude ou dirimente da culpabilidade, absolverá sumariamente o réu, remetendo, de ofício, esta decisão a reexame pelo segundo grau de jurisdição.

Se não se convencer da existência de crime ou de indícios de autoria, impronuncia.

Por fim, se o magistrado se convence de que o delito não é crime doloso contra a vida, procederá à desclassificação do delito, remetendo o feito ao juiz competente, se ele não o for, ocasião em que será reaberto prazo para defesa e oitiva de novas testemunhas.

A prisão por pronúncia somente ocorrerá em caso de ser o réu pronunciado. Nesta hipótese, a prisão por pronúncia passa a ser o novo fundamento da custódia se o réu já estava preso preventivamente ou por força de flagrante.

A prisão decorrente da sentença de pronúncia está prevista no Código de Processo Penal, no Capítulo destinado ao procedimento de crimes de competência do Tribunal do Júri, mais especificamente em seu artigo 408.

Estabelece o artigo em apreço que, se o Juiz se convencer da existência do

crime e de indícios de que o réu seja seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos de seu convencimento, proclamando, desta forma, ser admissível a acusação para que esta seja decidida pelo Plenário do Júri.

A pronúncia é instituto processual admitido hoje apenas para os crimes dolosos, consumados ou tentados, contra a vida e conexos com estes. Assim, é certo que a pronúncia é uma medida processual que se exercita unicamente nos casos a serem julgados pelo tribunal do júri. A pronúncia é uma decisão tomada pelo juiz presidente do tribunal do júri em que pronunciará o réu, ou seja, admitirá a acusação, com a procedência da denúncia ou queixa, se estiver convencido da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor. Nesta caso, o juiz não julga o mérito, mas, por decisão, apenas emite um juízo de admissibilidade remetendo o julgamento para o tribunal do júri. A decisão de pronúncia, como toda decisão judicial, deve ser fundamentada, sob pena de nulidade, devendo-se limitar a indicar os elementos probatórios que comprovem a existência dos requisitos legais, enquadrando o acusado nos dispositivos da infração penal. O Juiz, assim, deve ater-se apenas a indicar os dispositivos infringidos, a prova encontrada quanto à existência do crime e referir-se aos indícios da existência da autoria.

#### F) Prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível

Esta forma de custódia cautelar encontra fundamento nos artigos 393, inc. I, e 594 do CPP.

Ao ser proferida a sentença final, em ação penal, em qualquer juízo, poderá ele, se for condenatória, impor penas privativas de liberdade, restritivas de direito ou multa. Em algumas situações, poderá, antes mesmo de transitar em julgado a

sentença penal condenatória, haver o recolhimento do réu à prisão ou a conservação do mesmo lá, se já estiver preso. Sendo assim, após condenar o réu, o magistrado, analisando as condições concretas do caso, deverá conceder ao réu, ou não, o direito de apelar em liberdade.

O que não se pode admitir é o simples fato de alguém ter sido condenado, decisão esta ainda sujeita a reforma, servir de base exclusiva para um encarceramento, o mesmo argumento valendo para a sentença de pronúncia.

O artigo 669, do Código de Processo Penal estabelece que, a sentença só será exeqüível depois de passar em julgado. Assim, em regra, a prisão penal só terá início quando transitada em julgado o comando judicial que impuser a pena privativa de liberdade.

Contudo, determina o artigo 594, do mesmo *codex*, que não poderá o réu apelar sem recolher-se a prisão, ou prestar fiança, salvo se ficar reconhecido na sentença que é primário e de bons antecedentes, ou se condenado por crime que se livre solto.

Assim, antes mesmo do trânsito em julgado da sentença, é possível o recolhimento do réu à prisão, ou a sua conservação ali, se já estiver preso, salvo se for caso de livrar-se solto sem fiança, se for beneficiado com a suspensão da pena ou se a sentença condenatória reconhecer que o acusado é primário e de bons antecedentes, caso em que poderá apelar sem recolher-se à prisão.

A prisão decorrente de sentença penal condenatória poderá ser relaxada, se ilegal, ou revogada, sempre que na instância *ad quem*, seja apreciada a questão como matéria de apelação (preferencialmente como preliminar), ou como objeto de *habeas corpus*.

Importante ressaltar que a prisão de que trata o artigo em comento é prisão processual, sem pena, pois o réu ainda pode interpor recurso.

### 2.1.3 Prisão extrapenal

Conforme preleciona QUIRINO (1999, p. 38) a prisão extrapenal é assim denominada por não possuir natureza de pena imposta em consequência de prática de ilícito penal, dividindo-se em:

- a) prisão administrativa, atualmente prevista no artigo 329, incisos I e II, do Código de Processo Penal e leis especiais, como a Lei nº. 6.815/80 (artigos 61, 69 e 81), que, com o advento da Constituição Federal de 1988, somente é permitida quando determinada por autoridade judiciária competente;
- b) prisão civil, nos casos previstos expressamente pela lei civil e que atualmente são restritos ao alimentante inadimplente injustificado e ao depositário infiel (artigo 5º., inciso LXVII, da Constituição Federal);
- c) prisão disciplinar, aplicável excepcionalmente aos casos de transgressões militares, cujo permissivo legal está no artigo 5º., inciso LXI e 142, § 2º., da Constituição Federal e artigo 18 da Lei nº. 1.002/69.

A prisão administrativa tem cabimento contra aqueles que retardam a entrega do que é seu dever de ofício recolher aos cofres públicos e àqueles que não os entrega. Assim dispõe o artigo 319 do CPP ;"terá cabimento contra os remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo, a fim de compeli-los a que o façam".Caberá ainda, "contra estrangeiros desertos de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional". Nesse caso a prisão administrativa será solicitada ao juiz pelo cônsul do país a que pertença o navio.

Em relação à prisão administrativa alguns discutem a legitimidade dessa modalidade de custódia em face da atual Constituição Federal, entendendo que

após o seu advento somente pode haver a restrição da liberdade em decorrência da prática de infração penal, transgressão ou crime militar, e, tratando-se do descumprimento de obrigações civis, somente nos casos de devedor voluntário e inescusável de alimentos e do depositário infiel (artigo 5º., inc. LXI e LXVII, da C.F.). A Constituição Federal de 1988 parece não ter recepcionado a prisão administrativa.

Quanto a prisão civil o art. 5º, inc. LXVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 preconiza que não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

A prisão civil configura meio coercitivo para obter a execução da obrigação alimentar ou restituir o depósito, cessando de imediato sua eficácia tão logo o executado cumpra a obrigação imposta, sendo certo que, por isso mesmo não pode ser confundida com a prisão penal.

Em se tratando de delitos de natureza militar, tem-se, de logo, como incompetentes para apurá-los, as instituições policiais civis, notadamente pelo disposto na Carta Política vigente que, de forma taxativa, excepciona tais crimes, ao disciplinar a competência da polícia civil, conforme adiante disposto:

Artigo 144, § 4º - "As polícias civis, dirigidas por Delegados de Polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares".

A competência da Justiça Militar vem traçada na Carta Política, em seu art. 124, *caput*, que estabelece o seguinte: "Compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei".

Assim é que, o crime só será militar: primeiro se estiver disciplinado no Código Penal Militar, na sua parte especial; segundo, se subsumir-se a uma das hipóteses previstas no art 9º, incisos II e III do mesmo Diploma.

## 2.2 Prisão ilegal

A prisão ilegal se apresenta como toda providência decretada em processo penal que prive alguém de sua liberdade de locomoção, sem observância dos requisitos mínimos exigidos em lei. Toda prisão que não ocorre em flagrante delito ou com mandado judicial é ilegal, esta é uma regra que está na Constituição. Prisão ilegal, portanto, significa, antes de tudo, ilegalidade e invasão lesante do *status dignitatis e libertatis*.

O legislador constitucional brasileiro trouxe para o direito positivo norma de garantia, inscrevendo em dispositivo apropriado que a indevida privação de liberdade, como direito fundamental do cidadão, seria alvo de recomposição por conta do Estado, ao lado da garantia que também outorgou quanto ao erro judiciário (art. 5º, LXXV, "O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença").

O erro judiciário é aquele advindo de ato jurisdicional que ocorre por equivocada apreciação dos fatos ou do Direito aplicável, levando o juiz a proferir sentença passível de revisão. Enquanto o excesso de prisão ocorre no período da execução da pena, quando o condenado por dessorde ou erro não é liberado do presídio após regular cumprimento de pena fixada em sentença condenatória.

Cabe advertir, que a Constituição Federal, ao garantir o direito a indenização pela atuação do Judiciário o fez em nome apenas da denominada prisão indevida,



visto que a doutrina entende que a prisão indevida constitui gênero, da qual são espécies, as prisões advindas do erro judiciário e a que excede o tempo de cumprimento de pena estabelecida em sentença condenatória, deixando de lembrar, explicitamente da prisão ilegal, desta forma, resta-nos indagar a respeito do cabimento da indenização em se tratando de prisão ilegal que por sua vez encontra-se intimamente ligada à decretação de prisões provisórias.

QUIRINO (1999, p. 53) elucida que:

O art. 5º, inciso LXXV, assegura o direito à indenização ao “condenado” por erro judiciário e àquele que ficar preso por tempo superior ao fixado em “sentença”. A primeira parte do dispositivo assegura a indenização, restringindo-a à “efetiva condenação do acusado pelo judiciário”. A segunda parte restringe a indenização aos casos em que a prisão, justificada e decretada por “sentença”, tenha excedido o prazo de sua duração. Pela análise do dispositivo nos ocorre que o constituinte se esqueceu de amparar de forma mais enfática os outros casos de prisão ilegal (nos quais não é respeitado o “princípio do devido processo legal”, prestigiado pelo art. 5º inciso LIV), notadamente aqueles creditados a má apreciação dos pressupostos fáticos que fundamentam as prisões cautelares, pois, nestas situações a rigor, não podemos falar na existência de “condenação” (principalmente em face do “princípio do estado de inocência”, previsto no art. 5º inciso LVII da Constituição Federal), nem muito menos em “prisão justificada por sentença”.

Interpretando o art. 5º, inc. LXXV, alguns autores entendem que a intenção do legislador constituinte foi clara o suficiente ao delimitar taxativamente os casos que comporta indenização por conta do Estado, na esfera do Poder Judiciário: prisão indevida (advinda de sentença penal condenatória com trânsito em julgado) e no caso do erro judiciário.

Porém, o referido permissivo legal não obstou a possibilidade do Estado vir a indenizar o particular por prisões ilegais. Pois, apesar da Constituição ter previsto explicitamente a indenização em casos de erro judiciário e prisão indevida, o que ocorre com maior frequência é a ilegalidade da prisão, surgida com os decretos de

prisões cautelares, em face disso é que atualmente se tem questionado muito acerca da responsabilidade civil do Estado nos vários tipos de prisões cautelares, quando determinadas, especialmente, sem a observância dos requisitos mínimos exigidos para sua efetivação. Ademais, quando a Constituição Federal previu estas duas possibilidades, não proibiu outras.

QUIRINO (199, p. 54) comunga do mesmo entendimento:

Todavia, o particular que for vítima dessas outras espécies de prisões ilegais, particularmente as prisões cautelares, não está desamparado, pois, ainda assim poderá ser responsabilizado o Estado com base na norma genérica que lhe impões a obrigação de indenizar, conforme previsão do art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

É de se observar que a prisão ilegal viola a Constituição Federal quando esta garante a "dignidade da pessoa humana", estabelecendo seu art. 5º que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", e seu inciso X, que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Ao inserir a cláusula de garantia no rol dos direitos individuais, a legislação avançou na direção reclamada pelo Direito, reconhecendo imposição do dever de indenização ao Estado. Ao entender necessário, para a boa convivência entre o poder do Estado e o respeito ao direito do cidadão, a menção explícita da possibilidade de indenização por qualquer violação a esses direitos, o legislador buscou um equilíbrio indispensável à vida social por intermédio da boa aplicação do Direito. Desse modo, da atuação do Estado não pode advir à coletividade senão

benefícios. E a prisão de alguém, sem correspondência com a condenação legítima emanada do órgão estatal com poderes para tanto, fere não só o direito abstratamente considerado, mas também a esfera de direitos do cidadão protegidos constitucionalmente, como se dá com a liberdade.

Evidente que além da ilegalidade e da lesão ao status de dignidade e liberdade decorrentes do ato praticado, existem, em virtude do sistema penitenciário brasileiro, riscos de maior gravidade que colocam em jogo a integridade física e mental do preso. Tais riscos são de amplo e geral conhecimento, pois, a prisão traz hoje consigo, risco de mal grave, perigo de lesão intensa.

Uma vez, portanto, submetido o réu à prisão ilegal, não importa o motivo, fará jus à indenização, às custas do Estado. A imperatividade da norma constitucional brasileira faz pensar em obrigação atribuída pela lei, afastando o questionamento acerca de elemento estranho à norma. Certo é que sua posituação teve por fundamento o respeito à liberdade individual. O encargo que assume o cofre público com a indenização por indevida supressão desta é que faz presumir a igualdade de todos, pois a recomposição patrimonial do lesado é obtida com dinheiro de impostos, indistintamente arrecadado. Mas a responsabilidade pública, essa, decorre da lei.

## CAPITULO 03 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR PRISÃO ILEGAL

Quando exerce o seu poder de restrição da liberdade pessoal, na verdade o Estado está atuando em nome da própria sociedade, que, por meio de seus representantes, edificam a ordem institucional vigente. Entretanto, para que exerça o seu poder quando chamado a fazê-lo, o Estado somente pode atuar restringindo a liberdade pessoal se o fizer em estrita obediência aos princípios e ao regramento legal vigente, legitimando sua ação. Havendo abusos, irregularidades, arbitrariedades ou caso a restrição da liberdade pessoal venha a se configurar desnecessária, o Estado deve ser responsabilizado para que os danos causados ao indivíduo sejam integralmente reparados.

Se por um lado ao Estado é conferido o poder de restringir a liberdade pessoal, não é menos verdade que esse poder não é absoluto, ficando adstrito as regras fixadas pelo legislador. Essas regras limitadoras da atuação do Estado, caso não respeitadas, seja por erro ou omissão, acarretam-lhe a obrigação de indenizar o particular.

A Constituição Federal protege o cidadão contra práticas arbitrárias, no que concerne a sua prisão, que caso ocorra, deverá ser efetivada em obediência ao artigo 5º., incisos III, XI, XLIX, LIII, LIV, LV, LVII, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, dentre outros que visem a proteção contra a prisão ilegal, injusta, violenta e arbitrária. O Código de Processo Penal, por sua vez, trata da prisão nos seus artigos 282 e seguintes, onde encontramos os casos em que a custódia pode realizar-se e as formalidades que devem ser obedecidas.

### 3.1 Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais

É ainda conflituoso o posicionamento da doutrina e da jurisprudência no que diz respeito à responsabilidade civil do Estado no âmbito do Poder Judiciário. Opiniões variam, da total irresponsabilidade até a responsabilidade segundo a teoria do risco administrativo. Justifica-se a irresponsabilidade pela necessidade de preservar a independência do judiciário (autoridade da coisa julgada) e a soberania dos juizes como órgãos de soberania nacional.

Contudo, a tese da irresponsabilidade do Estado pelos danos causados no exercício da função jurisdicional está sendo aos poucos refutada, pois, pelo princípio da igualdade dos encargos sociais, o Estado tem o dever de indenizar todo e qualquer dano sofrido pelo particular quando paciente do serviço público, seja ele de que natureza for, incluindo-se o exercício da função jurisdicional, sem prejuízo da responsabilização pessoal do juiz mediante ação regressiva.

O Estado ao assegurar o pronunciamento judicial como único meio de estabilizar definitivamente qualquer direito conflitado deve responder pelos prejuízos resultantes da sua má atuação em fazer aplicar tal dogma constitucional. A finalidade da tutela jurisdicional é garantir que o direito objetivo material seja obedecido. Para tanto, estabelece a obrigatoriedade de o juiz cumprir determinados prazos, tomar providências preliminares, proferir sentença, etc; constituindo garantia constitucional implícita à prestação apoiada no princípio da legalidade, através do qual o Estado deve suportar a lei que ele próprio fez, sendo inconciliável com o sistema, o fato de não gerar responsabilidade o descumprimento do direito positivado.

Neste sentido já se posicionou a renomada civilista DINIZ (2005, p. 647):

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 não permite que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito individual. Se ao Estado compete assegurar o pronunciamento judicial sobre qualquer conflito jurídico, ele deve responder por prejuízos oriundos da sua má atuação em fazer aplicar aquele dispositivo constitucional.

Ademais, conforme estabelece o art. 37, §6º da Carta Constitucional, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos (concessionárias e permissionárias), 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. Desta forma, o Estado é responsável pelos atos praticados pelos seus agentes que causem dano a terceiro, garantindo, assim, que qualquer prejuízo decorrente da atividade estatal, independentemente de caracterizar erro judiciário, será reparado pelo Estado.

Interessante observar que o artigo constitucional estabeleceu duas relações de responsabilidade, quais sejam: a do poder público e seus delegados na prestação de serviços públicos perante a vítima do dano, baseada no nexo causal; e a do agente causador do dano, perante a Administração ou empregador, baseada no dolo ou culpa. Possibilitando que o Estado exerça seu direito de regresso nos casos de culpa exclusiva de seus funcionários, o que não lhe exime da obrigação indenizatória perante o particular.

Constata-se aí, pois, a existência de uma responsabilidade subjetiva, que deriva da culpa do agente, e de uma responsabilidade objetiva, decorrente do risco que a atividade desenvolvida provoca à sociedade; como corolário do princípio oriundo do direito romano, que aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes.

A Constituição Federal garante a todos o direito de reparação aos danos patrimoniais ou morais sofridos e a tutela de seus direitos e garantias fundamentais sem distinção, em relação à responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais ou de qualquer de seus agentes, se de aspecto civil, penal, trabalhista, etc; bem como o direito de todos a peticionar aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder e, ainda, por ordem constitucional, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Não há, portanto, como negar a responsabilidade civil do Estado perante àquele que sofrer uma agressão ou dano decorrente de atividade jurisdicional.

Em relação à responsabilidade pessoal do magistrado por ato jurisdicional, importante analisar o art. 133 do Código de Processo Civil que, deve ser analisado à luz da Constituição Federal de 1988. Aplicado o mandamento constitucional, observa-se que, na hipótese do juiz proceder com dolo ou fraude no exercício de suas ações, a responsabilidade civil recai sobre o Estado que haverá direito de regresso em face de seu agente e, no caso de haver recusa, omissão ou retardamento, sem justo motivo, em providência que deva ser ordenada de ofício, ou a requerimento da parte, a responsabilidade civil será pessoal do juiz, com natureza correicional.

De acordo com esta previsão, a obrigação de indenizar é pessoal do magistrado quando tenha agido com dolo (posto que a fraude é uma conduta dolosa) e culpa, sob a modalidade de negligência, ou seja, recusar, omitir ou retardar.

A esse respeito, observa-se que a ação de indenização pode ser impetrada contra o magistrado diretamente, permanecendo a cargo do lesado optar por ingressar com ação contra a Fazenda Pública.

Nestes casos, o magistrado poderá responder sempre diretamente perante o lesado. Quando, porém, não derive de prática de crime, a responsabilidade civil, além de só ser admitida nos casos especialmente previstos na lei, só poderá ser efetivada mediante ação de regresso exercida por parte do Estado contra o magistrado.

A responsabilidade pessoal do juiz, no entanto, não exclui a responsabilidade do Estado, sendo possível que o lesado ingresse com a competente ação contra ambos, solidariamente.

### 3.2 Responsabilidade do Estado Face à Prisão Ilegal

Ponderável fundamento jurídico obriga o Estado a indenizar a vítima de dano provocado por sua indevida atuação, pois, como ao particular, não lhe é dado ficar imune à responsabilidade em face de uma conduta ilícita que causou dano ao administrado. A atribuição de responsabilidade ao Estado por prisão ilegal, ante a legitimidade da prisão cautelar, tem natureza jurídica diversa dos fundamentos que determinam a imputação da mesma responsabilidade em suas outras hipóteses de incidência. A prisão que origina o direito à indenização é legítima na medida que o ordenamento jurídico a protege e regula. A proteção da coletividade justifica o risco da prisão ilegal, isso sob o prisma do Estado, daí que o fundamento da indenização, nesse caso, não pode ser a atuação do agente público. O Estado podia efetivar a prisão (a legislação ampara tal proceder), daí não se poder falar em danos causados por seus agentes a terceiros (ao menos segundo a dicção usada no art. 37, § 6º, da nossa Constituição).



Na hipótese de prisão ilegal, o fundamento da indenização deve ser focado como 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 do 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 responder pelos comportamentos violadores do direito alheio em que incorreu. E isso porque, o princípio da igualdade de todos perante a lei, acolhido pelo Estado moderno, leva forçosamente ao reconhecimento da antijuridicidade do comportamento estatal, que agrava desigualmente a alguém, ao exercer atividades no interesse de todos, 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. Não se trata de comparação entre os valores protegido e ofendido. A proteção da liberdade pessoal, dever inarredável do Estado e uma conquista do cidadão contra o poder soberano impõe, em qualquer circunstância, a obrigação de indenizar, sempre que alguém sofrer prisão ilegal.

Mesmo diante da imprecisão da lei maior em alguns aspectos sobre o tema, o direito brasileiro assegura a indenização nos casos de prisão ilegal, pois a liberdade pessoal goza de total proteção da Constituição Federal, que previu a possibilidade de indenização por danos morais e patrimoniais em que sejam lesados referidos direitos. Dessa forma, o poder que tem o Estado de restringir a liberdade pessoal, via prisão, não é absoluto e caso esse poder seja utilizado sem a observância das normas previstas, o ente estatal ficará obrigado a indenizar os danos causados ao particular.

Em se tratando, especialmente da responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal, a decorrente obrigação de indenizar representa um reforço à garantia dos direitos individuais e se estabelece em função da própria norma constitucional em seu artigo 5º, "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade" e inciso X, "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

A responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal insere-se no contexto da responsabilidade objetiva, conforme consagrada a teoria do risco administrativo, bastando a comprovação do nexo de causalidade entre o fato lesivo e o dano, sendo o Estado obrigado a indenizar o particular. Entretanto, em caso de prisão ilegal, 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.

A responsabilidade, portanto, existe por decorrer diretamente da lei, não depende, portanto, de sua ocorrência estar ligada a ato de qualquer agente público. É uma causa objetiva de indenização, proclamada diretamente da Constituição Federal em seu art. 37, § 6º:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso nos casos de culpa ou dolo.

O Estado somente não será responsabilizado pela reparação do prejuízo na hipótese do dano ter ocorrido por culpa exclusiva do lesado ou de terceiro (desde que comprovado que o Estado não concorreu, de nenhum modo, para a existência do ato lesivo), ou na ocorrência de caso fortuito e força maior.

A prisão ilegal, de certo, atinge o *status dignitatis* e *libertatis* do cidadão, primeiramente em virtude da ilegal constrição ao direito de locomoção - ir e vir, tolhendo a liberdade física, fato que por si só autoriza a indenização. Além disso, não se deve desconhecer que outros prejuízos advindos do encarceramento ilegal subsistem, como as injúrias físicas perpetradas contra o preso, dentro das celas dos presídios ou dos distritos policiais, colocando em risco sua integridade física e moral, causando-lhe constrangimento, humilhação e diminuição em sua auto-estima.

Ademais, consoante estabelece o art. 630, do Código de Processo Penal, o Tribunal, se o interessado requerer, poderá reconhecer o direito à justa indenização por prejuízos sofridos, que será liquidada no juízo cível, respondendo a União, no caso da condenação ter sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

No entanto, dispõe mencionado artigo que a indenização não será devida se o erro ou injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder, bem como se acusação houver sido meramente privada.

### 3.3 O Dano

Resume-se o dano à conseqüência de uma desacertada atuação do poder público. A atitude do órgão pode ser lesiva à esfera de direitos do particular por sua própria força (quando é contrária à esperada) ou pela interferência de fatores outros

(e os efeitos se revelam contrários ao esperado). Não existiria *a priori* uma "conduta lesiva", ou um rol delas. Apresenta-se na verificação *a posteriori*, e se concretiza na análise do resultado, que é o dano, e não na causa, que é a ação danosa.

Assim, no que concerne à prisão ilegal, é imprescindível que se tenha em mente, sempre, se tratar de atividade de risco. Há um risco contínuo e imanente no poder de privação da liberdade física dos indivíduos. Isso implica a verificação posterior da ilegalidade no agir. O dano se traduz, no Direito, em prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequência da violação destes por fato alheio. E sendo o Estado o agente provocador da lesão de direito, um sentimento de justiça social lhe impõe a obrigação de indenizar, estando ínsita nessa expressão a idéia de que a justiça não se realizará se alguma espécie de dano ficar sem reparação.

A prisão ilegal constitui ofensa à liberdade pessoal da pessoa humana e com o advento da Constituição Federal de 1988 o direito a liberdade foi erigido à categoria de direito da personalidade e sua violação impõe ao ofensor a obrigação de indenizar o ofendido, conforme preceitua o art. 5º, caput concomitante com o inciso V, assim é garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Assim, é do efeito da lesão que se aferirá o caráter do dano, questionando-se se a repercussão recaiu sobre o patrimônio do lesado ou não. No dano moral, com efeito, não há diminuição patrimonial sentida em termos monetários, o que tem ensejado algumas discussões sobre o seu cabimento. O dano moral é o que atinge aspectos não econômicos dos bens jurídicos da pessoa. É uma ofensa ao patrimônio não-econômico, não se confundindo com o dano material. Tais afirmativas não significam que, o dano patrimonial descaracteriza o dano moral,

sendo possível resultar da concomitância de lesões duas indenizações, uma pelo dano material e outra pelo dano moral.

Em regra, o dano provoca lesão de natureza material, atingindo o patrimônio da pessoa que sofre o prejuízo. Trata-se da perda monetária mediante a redução do patrimônio ou da supressão de possibilidade de seu aumento (para a primeira hipótese, se diz emergente, quando recai sobre um interesse atual ou relativo a um bem pertencente a uma pessoa já no momento em que ele ocorre; para a segunda, se o objeto é um interesse futuro ou se refere a uma coisa ainda não pertencente ao lesado, se diz lucro cessante). Mas as características podem não ser mensuráveis, quando então se diz ser o dano moral.

O estabelecimento da extensão do dano moral é um passo necessário para que se suceda o arbitramento de importância suficiente ao ressarcimento do mal causado pela conduta lesiva. A mensuração dos efeitos do próprio ato lesivo, considerado em si mesmo, seria um exercício adequado para se chegar à possível dimensão do dano como sentido pelo particular. Assim porque o dano moral não poderia ser tratado em face da dor sofrida pela vítima. O que transcorre no íntimo das pessoas é impossível de ser aferido objetivamente, ainda mais em se tratando das aflições daquele que foi privado de sua liberdade. O sentimento de cada um é algo muito próprio, sem paradigma que sirva de base para considerações. Seria de bom alvitre, por tudo isso, que a legislação ditasse regras a serem seguidas pelo juiz quando do arbitramento da indenização por dano moral.

O caráter distintivo do dano moral é o seu conteúdo, que não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, a emoção, a vergonha, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa. Porém, a maior

dificuldade do dano moral é precisamente o fato de não encontrar correspondência no critério valorativo patrimonial.

DINIZ (2005, p. 99):

A indenização não paga a dor sofrida, por ser esta indenizável, isto é, insuscetível de aferição econômica, pois, seria imoral que tal sentimento pudesse ser tarifado em dinheiro ou traduzido em cifras de reais, de modo que a prestação pecuniária teria uma função meramente satisfatória, procurando tão-somente suavizar certos males, não por sua própria natureza, mas pelas vantagens que o dinheiro poderá proporcionar, compensando até certo ponto o dano que lhe foi injustamente causado.

Assim, temos que a atribuição de um valor para indenização de danos morais sofridos é difícil tarefa que precisa ser desempenhada com cautela, observando-se, sempre, o atendimento aos objetivos de tal indenização: a compensação da vítima e a punição do ofensor.

Não há, portanto, como contestar o cabimento da indenização por danos morais quando se trata da decretação de prisões ilegais, porque conforme restou demonstrado, a prisão causa um grande mal ao cidadão, ferindo o direito fundamental de liberdade e causando enormes prejuízos na esfera íntima, chegando a desmoralizar publicamente o prejudicado.

Alguns doutrinadores afirmam a existência da figura do dano pessoal, assim considerada à privação de liberdade em si mesma, independentemente dos efeitos materiais e morais que é capaz de causar no patrimônio e na pessoa de quem a sofre. Para essa corrente, não é necessário dano efetivo para incidir a indenização específica por prisão indevida, o que não afasta, contudo, a reparabilidade das lesões patrimonial e moral, deve, portanto, ser fixado um valor em dinheiro suficiente para a indenização do tempo de indevida privação da liberdade.

QUIRINO (1999, p. 57) se mostra contrário a esse pensamento, para o autor:

Danos morais e danos pessoais são expressões sinônimas que qualificam os mesmos prejuízos, ou seja, aqueles sofridos pela lesão praticada contra direitos da personalidade. Neste sentido, o autor defende que a norma constitucional apenas garantiu o direito a uma indenização pelo dano moral sofrido, sem necessidade de demonstrar a efetiva ocorrência do prejuízo, já que a sistemática e os princípios adotados pela constituição consideram implícita a existência do dano moral pelo fato da perda da liberdade.

Pela exposição, restou demonstrada que a existência de dano contra o direito à liberdade pessoal é um dos elementos necessários para a caracterização da responsabilidade civil do Estado e que, sendo aquele direito inerente à personalidade de todo indivíduo, somente pelo fato da prisão ilegal já fará jus o lesado a pelo menos uma indenização por danos morais.

#### 3.4 Da polêmica do quantum indenizatório

Em se tratando de dano material, a indenização pode apresentar caráter de recomposição patrimonial, fixando-se um montante pago de uma só vez ou natureza alimentar, mediante o pagamento de pensão mensal. Quanto a esse último, a sua ocorrência se dá, primeiramente em caso de morte do ofendido, devendo o pagamento corresponder a uma pensão, por parte do Estado, conforme dispõe o art. 948, incisos I e II do Código Civil. Quando a indenização patrimonial versar sobre a perda ou diminuição da capacidade laborativa, o suporte legal a embasar a reparação será o art. 950 do Código Civil. Sendo caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o fundamento legal para fixar o montante indenizatório será o art. 949 do Código Civil.

Quanto aos danos morais, a indenização não significará necessariamente o preço da dor, como querem alguns doutrinadores, mesmo porque, verdadeiramente

nenhum dinheiro paga ou corresponde exatamente ao sofrimento do prejudicado, mas por outro lado, pode abrandar os efeitos que o ato danoso causou.

Convém lembrar com relação aos danos morais que, a dificuldade de se apurar o quantum indenizatório encontra-se na falta de equivalência econômica de tal dano, onde o ressarcimento dos danos morais não tende a *restitutio integrum* do dano causado; tende mais a uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompensa, em certo modo, o sofrimento ou humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência (próprio do ressarcimento), pelo de reparação que se obtém atenuando de maneira indireta em consequência dos sofrimentos daquele que padeceu de uma lesão, evidenciasse desse modo a subjetividade da indenização por danos morais, o que acarreta a dificuldade de se determinar um valor econômico, sem poder se utilizar de qualquer correspondência.

Para ocorrência da condenação por danos morais, são exigidos os mesmos requisitos caracterizadores dos danos materiais, ou seja, a presença do resultado danoso, a conduta omissiva ou comissiva do Estado, bem como o nexo de causalidade entre conduta e resultado. Deve-se, no entanto lembrar que a responsabilidade estatal, de acordo com nosso ordenamento jurídico (art. 37, § 6º da Constituição), obedece à teoria objetiva, na modalidade do risco administrativo, pela qual a responsabilidade não se liga ao elemento culpa, sendo desnecessário se provar a culpa do agente público, em decorrência de ato praticado no exercício de suas funções, admitindo-se, dessa maneira, a responsabilidade sem culpa, decorrente apenas do risco da atividade estatal.

Todavia, o grande problema encontrado para se proceder a uma avaliação justa, reside no fato de que a quantia devida pelo dano moral não obedece, na



maioria das vezes a uma regra pré-estabelecida que defina claramente qual o rumo a ser tomado na fixação do montante indenizatório.

Assim, com base na inexistência de um padrão geral que oriente o julgador na fixação do quantum indenizatório, a doutrina e a jurisprudência oferecem, como regras ou critérios a serem utilizados para se aferir o montante correspondente à reparação, o disposto no Código Brasileiro de Telecomunicações e na Lei de Imprensa que assim estabelecem:

Art. 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações:

Na estimação de dano moral, o juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão das ofensas.

Art. 53 da Lei de Imprensa

No arbitramento da indenização em reparação de dano moral o juiz terá em conta notadamente:

I – a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;  
II – a intensidade do dolo ou grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou civil fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação.

Desta forma os seguintes fatores precisam ser observados: a gravidade e repercussão do ato danoso; a intensidade do sofrimento imposto à vítima; a capacidade econômica do ofensor e a posição social e política do ofendido.

O primeiro elemento a ser avaliado é a gravidade e repercussão do fato lesivo. Em se tratando de prisão ilegal, não há como negar que o indevido encarceramento gera sérios prejuízos à esfera da vida privada do cidadão, sem falar nos rumores e comentários que logo se alastram, causando na comunidade local,

verdadeiro rebuliço e comentários dos mais variados. A prisão repercute na vida do indivíduo preso injustamente de maneira tão brutal que, nem mesmo o reconhecimento judicial de sua inocência, mediante absolvição e prestação de indenização por parte do Estado, apagam as conseqüências avassaladoras que tal acontecimento pode originar.

Quanto à intensidade do sofrimento imposto à vítima, é igualmente inquestionável, tendo em vista que a angústia experimentada no cárcere provoca um abalo interior e uma baixa da auto-estima, sem falar na superlotação e promiscuidade do ambiente prisional, que colocam em jogo a integridade física e psíquica do preso, gerando sentimento de humilhação e constrangimento.

O terceiro requisito aferível para se estabelecer o valor da indenização, diz respeito à capacidade econômica do ofensor, o que no caso em tela é representada pelo Estado, entidade com poder econômico suficiente para compensar a dor e o sofrimento vivenciado pelo ofendido, de maneira significativa, fazendo valer a teoria do desestímulo, que por sua vez, imprime ao ofensor o pagamento de quantia razoável, o bastante que venha a compensar os danos causados e que ao mesmo tempo produza efeitos inibitórios ou sancionador, para que atos dessa qualidade não sejam repetidos. Buscando-se também com o exemplo, a melhoria na prestação dos serviços, posto ser a finalidade do Judiciário pacificar os litígios com justiça.

Assim, a condição social do ofendido constitui elemento que deve ser apreciado com cautela, não podendo servir de obstáculo à reparação, ou dar causa a indenizações extremamente parcimoniosas, tendo em vista que a maior parte dos abusos cometidos pelos agentes públicos, nos casos de prisão ilegal, com a violação do *status libertatis* e *dignitatis* do cidadão atinge, em sua maior parte, pessoas das camadas mais pobres, desprestigiadas socialmente. Fato que por si só não diminui a

dor ou a torna diferente quando comparada ao mesmo sofrimento experimentado por pessoa que ocupa posição de destaque na sociedade.

Os dois últimos elementos - capacidade econômica do ofensor e condições sociais do ofendido devem ser analisados, observando-se o critério da razoabilidade, tendo em vista que a decisão final não pode configurar enriquecimento ilícito do ofendido, e muito menos, isenção de responsabilidade por parte do ofensor. Dessa maneira, a forma de indenização que maior eficácia apresenta, é a que atende aos aspectos: compensação do dano e punição ao ofensor.

Entretanto, é de se notar que o Código Brasileiro de Telecomunicações e a Lei de Imprensa são normas específicas que tratam, evidentemente, dos danos morais decorrentes do uso das telecomunicações e da imprensa.

A esse respeito já se posicionou DINIZ (2005, p.101):

Mesmo que a Lei de Imprensa tarife a indenização, fixando pisos máximos para pagamento de certas infrações, não traz segurança e certeza de reparação do dano moral, pois, por ser norma especial não se aplica ao direito comum, nem tem o poder de afastar a incidência do princípio geral do Código Civil, aberto à ampla reparação do dano moral.

E mais, os dispositivos legais acima transcritos e inúmeras decisões a respeito, utilizam-se da apreciação da "posição social e política do ofendido" como critérios determinantes para valorar a indenização. Cumpre-nos, pois, observar traços discriminatórios nos requisitos a serem considerados na fixação do quantum indenizatório, gerando assim valores insignificantes nas indenizações decorrentes de prisão ilegal, visto que, as prisões ilegais com freqüência são contra cidadãos desprestigiados socialmente, pertencentes a camadas mais baixas da sociedade, assim a aplicação de tais dispositivos sempre ira gerar valores ínfimos, não trazendo

compensação satisfatória à vítima de ato violento sofrido e nem tão pouco acarretando a punição do ofensor, no caso o Estado.

Óbvio que a repercussão de um dano pode ser maior ou menor em virtude da posição social e política do ofendido, porém, o que se visa indenizar é a dor moral. O sofrimento que por falta de medidas, é igual para todos nós, independentemente de qualquer outro fator. Aliás, se o sofrimento moral não tem preço, não tem valor econômico é discriminatório o requisito que determina levar-se em conta a posição social e política do ofendido. É dizer-se que de acordo com a posição ocupada pelo indivíduo, na sociedade, sua dor seria maior ou menor.

Assim, em não havendo normas específicas para os casos de danos morais decorrentes de prisão ilegal, deveriam as decisões utilizar-se das leis de imprensa e Código de Telecomunicações apenas como parâmetros na quantificação do dano moral e sempre em consonância com os dispositivos legais constantes do Código Civil e do Código Penal que tratam desses casos e que podem assim, atender os objetivos das indenizações por danos morais, auxiliando os magistrados na obtenção de valores justos, punitivos e compensatórios.

A esse respeito já se posicionou a civilista DINIZ (2005, p.101):

Fácil é perceber que essa lei poderá servir de parâmetros, balizando o raciocínio judicial, mas não deverá ser utilizada em todos os casos, deixando a vítima sem o adequado ressarcimento.

Ainda sobre o assunto DINIZ (2005, p. 100) esclarece que:

Ante a dificuldade de estimação pecuniária do dano moral, a disparidade de julgados, para alguns autores, o mais sensato seria que houvesse uma disciplina legal prescrevendo, para impedir excessos, uma indenização tarifada em salários mínimos, atendendo as peculiaridades de cada caso, ou a fixação de teto

mínimo e de teto máximo para determinação da quantia indenizatória.

Para quem defende a existência de danos com caráter pessoal, ou seja, modalidade diversa do dano material e moral, que se apóia independentemente no ordenamento jurídico, por força da previsão constitucional (art. 5º, LXXV), a apuração do *quantum* indenizatório se faz mediante arbitramento. Esse posicionamento admite tripla possibilidade de reparação em virtude da prisão indevida – indenização do dano patrimonial, moral e pessoal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos temas levantados no decorrer da pesquisa, percebe-se a importância de que desfruta a responsabilidade civil do Estado, sem dúvida, sendo a teoria do risco administrativo a que melhor atende aos anseios de um Estado Democrático de Direito, fundado sobre princípios como o da isonomia.

Mais especificamente, no que toca à responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal, tendo em vista a posição clássica da doutrina e entendimento predominante dos tribunais, no sentido de que o Estado-Juiz, não pode ser responsabilizado por atos danosos que venha a praticar contra particular. Pois, as garantias que cercam a magistratura brasileira, previstas para assegurar a independência do Poder Judiciário, em benefício da Justiça, produziram a falsa idéia de intangibilidade, inacessibilidade e infalibilidade do magistrado, gerando, muitas vezes, o efeito de liberar o Estado da responsabilidade pelos danos injustamente causados aos jurisdicionados.

Quanto à prisão ilegal, afirmam os partidários da irresponsabilidade que o art. 5º, LXXV, da Constituição, não abrange a prisão ilegal, tendo em vista que a literalidade do termo empregado no citado dispositivo de prisão indevida, abrange 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.

Assim, esses argumentos foram refutados ao longo da pesquisa, chegando-se à conclusão de que a reparação decorrente da incertada atuação estatal é providência lógica no ordenamento normativo pátrio, em função de já ser comprovada a desmistificação do Poder Judiciário e a sua soberania exclusiva, onde, cremos que era inevitável tal acontecimento, visto que, é inadmissível

pretender o monopólio da atividade judiciária sem antes assumir os eventuais riscos que porventura seriam gerados pelo manuseio da máquina judiciária.

Quanto à prisão ilegal está a depender ainda de adequada regulamentação, para facilitar o exercício do direito assegurado ao lesado, mas que não fica afastado pela sua inexistência, impondo a aplicação dos princípios gerais que decorrem do ordenamento jurídico.

Ao longo da pesquisa constata-se que os fundamentos da responsabilidade do Estado, face à prisão ilegal, residem na correta interpretação dos princípios e regras constitucionais, especialmente o § 6º, do art. 37 da Constituição Federal.

Assim, não existindo causa apta para a privação da liberdade pessoal em definitivo, a prisão não é devida, impondo ao Estado o dever de indenizar. O fundamento da indenização por prisão ilegal é a assunção de responsabilidade, frente ao risco assumido, a que o Estado adere por força da legislação que impõe o dever de indenizar, atribuindo a responsabilidade ao poder público, e tornando imperativa a sua obrigação perante o particular.

Há, portanto, o dever do Estado de indenizar o ofendido, buscando sempre atingir dois objetivos: compensar a vítima e punir o ofensor. Todavia, as indenizações são fixadas com base nos dispositivos do Código de Telecomunicações e Lei de Imprensa e a aplicação deles resulta em valores ínfimos diante da gravidade da ofensa imposta àquele preso ilegalmente.

Todavia, existem dispositivos do Código Civil Brasileiro que, combinados com dispositivo do Código Penal, podem ser aplicados nos casos de indenização por danos morais decorrentes de prisão ilegal, compensando de forma mais ampla a vítima e punindo de forma mais eficaz o ofensor.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, CÓDIGO CIVIL. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Ed. atual. Em 2000. Brasília: Senado Federal, subsecretaria de edições técnicas, 2000.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 12. ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 19. ed.v.7. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 7. ed. São Paulo, Atlas, 1997.

QUIRINO, Arnaldo. Prisão ilegal e responsabilidade civil do Estado. São Paulo:Atlas, 1999.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil - Responsabilidade civil. 20. ed. v.4. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, Renildo do Carmo. Teoria, Prática e Jurisprudência da Prisão em Flagrante. São Paulo, Editora de Direito, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.