



Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Jurídicas e Políticas
Escola de Ciências Jurídicas

Alice Breno Cabral de Lima

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO FRENTE ÀS PRISÕES
CAUTELARES INDEVIDAS**

Rio de Janeiro

2015

Alice Breno Cabral de Lima

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO FRENTE ÀS PRISÕES
CAUTELARES INDEVIDAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Patricia Ribeiro Serra Vieira

Rio de Janeiro

2015

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, por me ensinar a ser perseverante, sempre me levando aonde quero chegar, ainda que sejam por caminhos diferentes daqueles que gostaria de percorrer.

Aos meus pais, pela doação diária, pelo incentivo e apoio, sem dúvida a maneira mais genuína de demonstrar amor.

Aos meus irmãos e amigos, que me inspiram e me ensinam, me confortam e me alegam, e tornam muito mais prazerosa a caminhada.

Aos Professores que tive o imenso prazer de ser aluna, em especial, à minha Orientadora, que demonstram comprometimento com um projeto de ensino de qualidade, amor ao que fazem e verdadeiro dom para propagar o conhecimento.

Por fim, a todos aqueles que me motivam diariamente na busca por uma sociedade mais justa e digna.

“A prisão não deveria deixar nenhuma nota de infâmia sobre o acusado cuja inocência foi juridicamente reconhecida. Entre os romanos, quantos cidadãos não vemos, acusados anteriormente de crimes hediondos, mas em seguida reconhecidos inocentes, receberem da veneração do povo os primeiros cargos do Estado? Porque é tão diferente, em nossos dias, a sorte de um inocente preso? É porque o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em lugar da justiça; é porque se lançam, indistintamente, na mesma masmorra, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é porque a prisão, entre nós, é antes um suplício que um meio de deter um acusado; é porque, finalmente, as forças que defendem externamente o trono e os direitos da nação estão separadas das que mantêm as leis no interior, quando deveriam estar estreitamente unidas.”

(Cesare Beccaria)

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo averiguar na jurisprudência e doutrina pátrias acerca do dever de reparação do Estado pelo exercício da atividade jurisdicional quando da aplicação das prisões cautelares. Buscou-se traçar os aspectos gerais concernentes as medidas cautelares adotadas no sistema processual penal brasileiro, de acordo com a sistemática trazida pela Lei nº 12.403/2011, e em especial no que se refere às modalidades de prisão cautelar. A decretação de prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória é medida extremada que deve ser utilizada somente nos casos excepcionais. Devido ao seu caráter instrumental, a decretação dessas medidas devem se pautar pelo *princípio da proporcionalidade e presunção de inocência*. No entanto, a praxe judiciária mostra que diferente do que determinam os princípios constitucionais e a lei, esta vem sendo utilizada indiscriminadamente pelo Judiciário. Verificou-se em quais hipóteses a prisão cautelar se mostra indevida, principalmente nos casos em que haja posterior decreto absolutório. A jurisprudência e doutrina tradicional entendem pela impossibilidade de responsabilização do Estado pela prisão cautelar quando haja absolvição ao final do processo, isto porque a medida ocorreu dentro dos limites legais, condicionando o dever de reparar apenas aos casos expressamente previstos em lei. Nova tendência, ainda discreta, tem sido adotada nos tribunais superiores entendendo pela possibilidade de reparação do Estado quando sobrevenha absolvição ao final do processo, de acordo com as características do caso. A prática judiciária deve reconhecer indenização aquele que se viu privado de sua liberdade e posteriormente foi considerado inocente, uma vez que a atividade de persecução penal é atividade de risco realizada pelo Estado em prol de toda coletividade e nada mais justo que os ônus dessa atividade sejam repartidos entre todos da coletividade igualmente.

Palavras-chave: Medidas cautelares. Prisão cautelar. Prisão Indevida. Responsabilidade civil do Estado. Atividade jurisdicional danosa. Erro Judiciário.

ABSTRACT

This study aimed to investigate the case law and doctrine of the state homelands repair duty by the exercise of judicial activity in the application of pretrial detention. He attempted to trace the general aspects concerning the precautionary measures adopted in the Brazilian criminal justice system, according to the systematic introduced by Law 12.403 / 2011, especially with regard to the pretrial detention terms. The arrest of adjudication before the final and unappealable penal sentence is extreme measure that should be used only in exceptional cases. Due to its instrumental character, the enactment of these measures should be guided by the principle of proportionality and the presumption of innocence. However, judicial practice shows that different from that determine the constitutional principles and the law, this has been used indiscriminately by the judiciary. It was found in which cases the precautionary arrest proves unwarranted, especially in cases where there later acquittal decree. Jurisprudence and traditional doctrine understand the state accountability impossibility for pretrial detention when there acquittal at the end of the process, because this measure was taken within legal limits, conditioning the duty to repair only in cases expressly provided by law. New trend, yet discreet, has been adopted in the higher courts understand the possibility of state redress when befall acquittal at the end of the process, according to the case features. The judicial practice must recognize compensation who was deprived of his freedom and was later found not guilty, since the criminal prosecution activity is risk activity performed by the State for the benefit of the whole community and it is only fair that the burden of this activity are divided equally among all the community.

Keywords: Precautionary measures. Pretrial detention. Wrongful prison. State responsibility. Harmful jurisdictional activity. Judicial error.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC – Apelação Cível

art. - Artigo

CRFB- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPP – Código de Processo Penal

HC – Habeas corpus

Min. – Ministro

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Sumário

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	11
2.1 OS PRINCÍPIOS REGENTES DAS MEDIDAS CAUTELARES.....	12
2.1.1 Princípio da Presunção de Inocência.....	12
2.1.2 Princípio da Jurisdicionalidade	13
2.1.3 Princípio da Proporcionalidade	14
2.2 DOS REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES: <i>PERICULUM LIBERTATIS</i> E <i>FUMUS COMISSI DELICTI</i>	18
2.3 A PRISÃO CAUTELAR.....	20
2.3.1 Breve Evolução Histórica	20
2.3.2 Espécies de prisão cautelar.....	22
2.3.2.1 Prisão em flagrante.....	22
2.3.2.2 Prisão temporária	23
2.3.2.3 Prisão Preventiva	26
3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA ATIVIDADE JURISDICIONAL.....	32
3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA	32
3.2 A ATIVIDADE JURISDICIONAL CONSIDERADA DANOSA.....	38
3.3 O ERRO JUDICIÁRIO.....	44
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA.....	48
4.1 CONTEXTO DA PRISÃO CAUTELAR NO BRASIL	48
4.2 PRISÕES CAUTELARES INDEVIDAS	49
4.2.1 Prisão Provisória e Indenização do Inocente.....	53
4.3 TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DO TEMA.....	56
5 CONCLUSÃO	63
Referências Bibliográficas.....	66

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de responsabilização do estado em decorrência das prisões cautelares indevidas.

A responsabilidade civil do Estado pela atividade jurisdicional advém da chamada teoria do risco administrativo. No tocante ao dever de indenizar do Estado, muito se discute na doutrina acerca da irresponsabilidade do Estado. No entanto, entende o STF só ser o Estado civilmente responsável pelos atos do Judiciário, estritamente, nas hipóteses previstas em lei¹.

Ainda assim, a jurisprudência e doutrina têm reconhecido possibilidades que estendem esse conceito, que embora não taxadas em lei, merecem ser reconhecidas no âmbito da reparação civil, como é o caso das prisões cautelares.

A análise mais atenta que se pretende fazer no presente trabalho acerca dessas modalidades de prisão busca perceber quando essas medidas serão notadamente inadequadas. Da mesma forma, pretende-se enfrentar o problema do contínuo aumento do número de prisões cautelares, inferindo-se que esta modalidade de prisão tem sido frequentemente utilizada em nosso sistema jurídico penal de modo arbitrário, e em sua maioria, se utiliza como justificativa para a decretação da medida o abstrato e genérico fundamento da garantia da ordem pública, o que contribui para um incremento da população carcerária no Brasil.

Verifica-se a necessidade de conter a abusiva decretação destas medidas pelo Judiciário. As prisões cautelares devem servir tão somente como instrumento de tutela processual, demonstradas sua adequação e proporcionalidade.

A prática judiciária deve reconhecer o direito à indenização da prisão cautelar ilegítima, ou mesmo a legal, na qual, ao final da persecução penal, verifica-se que o acusado era inocente, pois sendo a atividade de persecução penal uma atividade de risco privativa do Estado, realizada em prol de toda a sociedade, nada mais justo, que a sociedade suporte os ônus deste ato, e não que a pessoa suporte sozinha os danos daí decorrentes.

¹ RE 70.121-MG, RTJ 64/689

O trabalho aborda as prisões cautelares no processo penal brasileiro à luz da Constituição da República Federativa Brasileira e da Lei das Medidas Cautelares (Lei nº 12.403/2011), conceituando estes instrumentos legais, definindo seus princípios norteadores e sua importância. Após, pretende-se abordar as modalidades de prisões cautelares atuais existentes no ordenamento, a identificação e a análise de cada espécie dessas modalidades, a fim de melhor situar o tema em análise.

A prisão cautelar, prevista na lei, trata-se de medida coativa extrema que pode ser utilizada pelo Estado, desde que dentro de seus requisitos e fundamentos.

Importante salientar que, como se trata de uma restrição à liberdade do indivíduo, deve ser utilizada com parcimônia, uma vez que a liberdade é a regra e, a prisão, exceção.

Em razão disso, a prisão, antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, só pode ocorrer em situações de flagrante de delito, crime ou transgressão militar, ou ordem judicial fundamentada no curso de investigação criminal, seja quando da decretação na modalidade temporária ou preventiva.

Assim, pelo seu caráter excepcional, tendo como fundamento os princípios constitucionais da *não-culpabilidade* e *presunção de inocência*, bem como estando presentes os requisitos fundamentais da prisão cautelar, e não restando caracterizada como uma forma de execução provisória da pena, essa medida cautelar estará de acordo com a Constituição e a Lei processual.

Em seguida, será apresentado a temática da responsabilidade civil do Estado pela função jurisdicional, permeando-se através de uma análise da responsabilidade civil do Estado e sua evolução histórica. Nesta parte, o trabalho busca apresentar a discussão em torno da responsabilidade do Estado pelo ato jurisdicional (o que se entende por ato jurisdicional e erro judiciário).

Muito se discute acerca da possibilidade da responsabilização do Estado pelo ato jurisdicional, a partir correntes doutrinárias que defendem até a própria irresponsabilidade do Estado nestes casos.

Registre-se que o tema da prisão cautelar indevida, será apresentado na busca de uma complexa definição do que seria indevido. Nessa abordagem,

proceder-se-á a uma análise jurisprudencial quanto ao tema da responsabilidade civil do Estado pela prisão cautelar, verificando a tendência consolidada dos tribunais superiores.

Por fim, a partir da tendência de nossos tribunais acerca dessa problemática, pretende-se responder a importantes indagações, tais como:

i. Cabe ao acusado absolvido ao final do processo indenização do Estado pelo tempo em que ficou preso aguardando julgamento, em razão dos danos decorrentes da prisão cautelar na sua vida pessoal e profissional;

ii. Estaria o Estado agindo dentro dos parâmetros legais, já que trata-se de hipótese prevista no nosso ordenamento e seria um exercício regular de um direito do Estado, devendo, portanto, esses prejuízos serem suportados, não podendo ser responsabilizado;

iii. E ainda, a hipótese assemelha-se ao erro judiciário previsto no artigo 5º, inciso LXXV, da CRFB.

2 AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O nosso código de processo penal, em vigor desde 1942, passou por diversas modificações ao longo dos anos. Modificações estas que se tornaram imprescindíveis a partir da promulgação da Constituição de 1988 e da assinatura de diversos tratados sobre direitos humanos pelo Brasil, uma vez que o código de processo penal, promulgado ainda na época do Estado Novo, apresentava um viés fascista que não se adaptava à nova ordem constitucional.

Em plena vigência de um Estado democrático de Direito não se admitiria que o processo penal tivesse somente como finalidade principal a aplicação da lei penal, mas deveria servir também como instrumento para a garantia aos cidadãos da realização efetiva de seus direitos, principalmente no que concerne ao devido processo legal e a ampla defesa.

Ao longo do tempo, foram apresentados diversos projetos para modificar nosso Código de Processo Penal. No entanto, para facilitar e agilizar o processo legislativo, optou-se por realizar modificações pontuais no código.

Assim, em abril de 2011, em decorrência do Projeto de Lei nº 4.208/2001, foi aprovada a Lei 12.403, que modificou os dispositivos do Código de Processo Penal relativos às medidas cautelares de natureza pessoal.

As medidas cautelares são as restrições aos direitos pessoais e à liberdade de locomoção do indivíduo antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, presentes no nosso Código de Processo Penal.

A importante modificação introduzida pela Lei 12.403/2011 foi a criação de medidas cautelares diversas da prisão, o que refletia uma tendência mundial estabelecida em 1990, nas Regras das Nações Unidas, sobre medidas não privativas de liberdade, conhecidas por Regras de Tóquio. Outras medidas cautelares já existiam antes mesmo da promulgação da Lei 12.403/2011, mas sem que recebessem essa denominação.

A principal percepção desta declaração foi a de que as medidas cautelares privativas de liberdade deveriam somente ser adotadas em último caso, quando não fosse possível a adoção de medida diversa menos gravosa, visto que a

privação do acusado de um dos direitos mais caros às pessoas - a sua liberdade- é medida de extremada e apresenta inúmeras consequências desastrosas para o ser humano.

Os benefícios das medidas cautelares diversas da prisão não atingem somente os indivíduos que à elas são submetidos, mas também beneficiam os familiares destes, bem como o próprio Estado, que economiza nos recursos destinados a manutenção de pessoas encarceradas, e reduz os riscos gerados pelo próprio encarceramento, tais como doenças, estigmatização e criminalização do indivíduo.

Sendo a liberdade a regra e a prisão a exceção, as medidas cautelares privativas de liberdade adotadas durante a persecução penal devem ser adotadas somente por estrita necessidade, sendo sua utilidade precedida da devida motivação.

2.1 OS PRINCÍPIOS REGENTES DAS MEDIDAS CAUTELARES

Considerando que as medidas cautelares representam uma limitação ao exercício ao direito de liberdade, seja restringindo de uma forma mais gravosa, com a privação da liberdade, ou menos imperativa, certo é que por essa mesma razão as medidas cautelares devem obedecer alguns princípios, os quais são objeto de análise, a seguir:

2.1.1 Princípio da Presunção de Inocência

Em 1789, a Declaração de Direitos do Homem, em seu art. 9º já enunciava: “*Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.*”²

A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia das Nações Unidas em 1948, por sua vez, assim também dispôs:

² <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> . Acesso em 29 de abril de 2015.

*Artigo XI- 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.*³

No nosso ordenamento, o *princípio da presunção de inocência* se traduz no *princípio da não-culpabilidade* que garante ao acusado o estado de inocência que prevalece até o marco do reconhecimento da autoria de uma infração penal, qual seja, com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, conforme dicção do art. 5º, inc. LVII da CRFB.

Do princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência resultam duas regras, a saber: a regra probatória e a regra de tratamento. Em decorrência da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de provar a culpabilidade do acusado. Nessa acepção, a presunção de inocência se expressa também no princípio do *in dubio pro reo*, que, para além de uma simples normatização de apreciação de provas, impõe que quando existirem dúvidas sobre a autoria e materialidade do fato delituoso, a decisão a ser tomada deve ser a mais favorável ao acusado, optando-se pela sua absolvição, já que mais valeria a liberdade de um culpado do que a prisão de um inocente.

Da mesma forma, do princípio da presunção de inocência emana a regra de tratamento pela qual impede-se que, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, haja qualquer antecipação de juízo condenatório.

Sendo assim, as medidas cautelares de natureza pessoal, em que pese a tautologia, só podem ser admitidas em razão de uma tutela cautelar, e da mesma maneira, quando estiverem presentes os pressupostos legais que autorizem a adoção de tais medidas.

2.1.2 Princípio da Jurisdicionalidade

O *princípio da jurisdicionalidade* impõe que toda e qualquer medida cautelar esteja condicionada a manifestação do Poder Judiciário. As medidas cautelares devem ser revestidas de um caráter de indispensabilidade, cuja determinação deve ser fundamentada pela autoridade competente.

³ <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> . Acesso em 29 de abril de 2015.

Nesse aspecto, assim dispõe o art. 283 do CPP, trazida pela Lei nº 12.403/11, abaixo reproduzido:

*Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.*⁴

Em outros termos, a prisão antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória só pode ocorrer quando comprovadamente estarem presentes as razões que autorizem a adoção dessas medidas, e a ordem que as conceder deve conter a fundamentação que explicita essas razões.

2.1.3 Princípio da Proporcionalidade

Ainda que não previsto expressamente no nosso texto constitucional, o *princípio da proporcionalidade*, encontra-se implícito no âmbito das garantias individuais.

Mister ressaltar que inexistente uniformidade na doutrina quanto a nomenclatura deste princípio, sendo muitas vezes chamado de “princípio da razoabilidade” ou “princípio da proibição do excesso”. Alguns autores creem ainda tratar-se de princípios diversos, havendo pequenas distinções entre eles.

O ministro Gilmar Ferreira Mendes, entendendo haver diferenciação entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, discorre sobre a fungibilidade auferível entre os mesmos:

“Em sede processual penal, o Poder Público não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Daí a importância do princípio da proporcionalidade, que se qualifica, enquanto coeficiente

⁴ BRASIL. Decreto nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm >. Acesso em 3 de dezembro de 2014.

*de aferição da razoabilidade dos atos estatais, como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público.”*⁵

Registre-se que não se vê importância prática quanto à distinção entre esses princípios, sendo certo que difícil seria a aplicação da razoabilidade sem a proporcionalidade. Por essa mesma razão, assevera Celso Antônio Bandeira de Mello que “o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade”.⁶

Da mesma maneira, inexistente uniformidade quanto à sua origem, sendo distintas as fontes atribuídas ao princípio da proporcionalidade. Dependendo da área do direito pelo qual este é analisado, diferentes são os princípios atribuídos a sua origem, sendo atribuídas ao Princípio do Devido Processo Legal ou ainda ao Princípio do Estado Democrático de Direito.

Destaca-se a importância do princípio da proporcionalidade nos mais diversos aspectos da atuação estatal. Por vezes, a administração pública na prática de seus atos comete arbitrariedades, revestidas de aparência legal. Nesses casos, o Estado Juiz, munido do princípio da proporcionalidade, pode conter a atuação desarrazoada do Poder Público, sendo vedado o excesso, e objetivando a proteção das liberdades fundamentais.

O princípio da proporcionalidade se subdivide em três subprincípios intrínsecos, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade.

O requisito da adequação impõe que a medida restritiva deva ser a mais adequada ao fim que se propõe, a medida adotada deve ser a mais idônea para proteger aquele direito que se encontra ameaçado. Existe, portanto, no subprincípio da adequação uma relação entre meio e fim.

No que se refere à necessidade ou indispensabilidade, também conhecido como princípio da intervenção mínima ou proibição do excesso, deve-se identificar entre as medidas idôneas para atingir o fim proposto, aquela que seja

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 65.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 56.

menos gravosa ao direito de liberdade do indivíduo. Emprega-se aquele meio que seja suficientemente eficaz dentre os mais adequados.

Nesse sentido, no âmbito das prisões cautelares, bem explicita ROXIN sobre o *princípio da necessidade*:

(...) como o direito penal possibilita a mais dura de todas as intromissões estatais na liberdade do cidadão, só se pode aceitar essa interferência quando outros meios menos duros não prometam um êxito suficiente. Supõe haver uma vulneração da 'proibição de excesso' no fato de o Estado lançar mão da afiada espada do Direito penal quando outras medidas de política social possam proteger igualmente, ou até com mais eficácia, um determinado bem jurídico.⁷

Ainda na análise do subprincípio da necessidade no âmbito das prisões cautelares, preciso é o exemplo trazido por Maurício Zanoide de Moraes:

Sendo necessário que um suspeito esclareça determinados fatos, tanto é idôneo intimá-lo para ser ouvido ou prendê-lo temporariamente para contribuir com a investigação depondo. Porém, não obstante ambas as medidas sejam aptas, há evidente diferença de constrição de direitos fundamentais entre uma e outra. Dessa maneira, deverá o julgador, em regra, determinar a menos gravosa (intimação), exceção feita - e sempre de modo excepcional - se a prisão temporária for indispensável para a investigação (inc. 1º do art. 1º da Lei nº 7.960/89), por exemplo, para impedir que o investigado, de qualquer modo, prejudique a apuração dos fatos. Não havendo demonstração objetiva de atos que prejudiquem a investigação, apenas tendo em vista a necessidade de oitiva do investigado, a prisão mostra-se desnecessária, pois há equivalência da eficácia das medidas (intimação e prisão), impondo-se ao julgador a escolha da menos gravosa (intimação).⁸

⁷ ROXIN, Claus *apud* CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2.ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011, p. 94.

⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p.33.

O terceiro subprincípio – *proporcionalidade em sentido estrito*- implica com que seja justa a relação entre os benefícios alcançados com a medida e os meios utilizados para levá-la a termo. Seria a relação de custo-benefício, entre seus resultados alcançados e os danos causados pela medida adotada.

No que concerne à prisão cautelar, estará a medida justificada quando guarde uma relação de proporcionalidade entre o sacrifício imposto ao direito fundamental da liberdade humana e a relevância do interesse do Estado que se pretende proteger.

Desse modo, a utilização da medida cautelar que impõe o sacrifício do direito de liberdade de locomoção do acusado, somente será legitimada quando guarde proporcionalidade com a gravidade do crime e com as respectivas sanções em abstrato que eventualmente possam ser aplicadas ao cabo do processo. Não se deve cogitar da aplicação de prisão cautelar, se não se vislumbra a aplicação de pena privativa de liberdade no caso concreto.

Outrossim, o período da segregação cautelar não pode ser superior ao prazo da pena efetivamente aplicável ao caso, uma vez que estaria o acusado em situação pior que a do próprio condenado.

Daí o cuidado que deve ter o juiz, quando da análise da decretação da medida cautelar, ao avaliar as circunstâncias concretas, se a pena que resultará de eventual sentença condenatória justifique a prisão preventiva.

Maior relevo tomou a discussão sobre a proporcionalidade em sentido estrito com as sistemáticas modificações que vem ocorrendo na legislação brasileira e que tem trazido medidas despenalizadoras para o âmbito penal e processual penal, tais como as Leis nºs 9.099/1995 e 9.714/1998.

Com a promulgação da Lei nº 9.099/1995, que instituiu os juizados especiais criminais, competentes para julgar infrações penais de menor potencial ofensivo que não ultrapassem 2(dois) anos de detenção, têm-se a possibilidade de aplicação de medidas despenalizadoras, tais como a composição civil de danos (art. 74), a transação penal (art.76) e a suspensão condicional do processo (art. 89). Desse modo, não há lógica num encarceramento preventivo nesses casos, tendo

em vista a falta de homogeneidade entre a medida cautelar adotada e a solução possível do processo.

Ainda, com a edição da lei nº 9.714/1998, que alterou os art. 43 e seguintes do Código Penal e o por conseguinte o sistema de aplicação de penas privativas de liberdade, passou-se a permitir a substituição das penas privativas de liberdade nos casos em que a pena cominada não seja superior a 4 (quatro) anos de reclusão e o que o crime não tenha sido cometido mediante violência ou grava ameaça.

Assim, observa-se que ficaram reduzidas as hipóteses de efetivo cumprimento de pena privativa de liberdade, devendo o magistrado adotar redobrado cuidado na decretação da custódia cautelar.

Contudo, importante ressaltar que não trata-se aqui de fazer um prognóstico sobre a quantidade de pena a ser aplicada, tampouco trata-se de antecipação do mérito da pretensão punitiva, no entanto, tendo como parâmetro a graduação da pena em abstrato do crime praticado pelo agente, esta serve apenas como uma base para a valoração da decretação da medida.

2.2 DOS REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES: *PERICULUM LIBERTATIS E FUMUS COMISSI DELICTI*

Determina o art. 282 do Código de Processo Penal, *in litteris*, reproduzido abaixo:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Assim, temos que para a decretação das medidas cautelares estas devem-se apoiar não somente nos subprincípios da necessidade e adequação que o Código textualmente expressa, e que já foram anteriormente analisados. Mas

também se faz necessário que estejam presentes os requisitos básicos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

O *fumus comissi delicti* é a mera cognição primária dos elementos probatórios presentes, que constata a verossimilhança do fato criminoso narrado, demonstrando estarem presentes indícios mínimos de autoria e materialidade do delito.

Destarte, o *fumus comissi delicti* ou “a aparência do delito”⁹ deve estar presente na decretação de toda e qualquer medida cautelar, como bem observa Renato Brasileiro comungando do mesmo entendimento de Fábio Machado de Almeida Delmanto:

*(...) embora seja correto afirmar que as exigências para as medidas cautelares diversas da prisão possam ser menores ou menos intensas do que as exigências feitas para a prisão preventiva, não pode a lei deixar de exigir a presença do fumus comissi delicti, tal como fez para a prisão preventiva, sob pena de possível abuso na aplicação dessas medidas cautelares.*¹⁰

O *periculum libertatis*, por sua vez, representa o perigo causado pela liberdade do investigado à instrução processual, à aplicação da lei penal ou à ordem pública ou econômica, possibilitando com que o indivíduo possa atrapalhar a investigação criminal, se furte da aplicação da lei, ou ainda represente uma ameaça à segurança social de maneira geral.

Isto é, de outra maneira, o *periculum libertatis* nada mais é do que *periculum in mora* presente em todos os processos cautelares, que representa o perigo na demora na prestação jurisdicional, no entanto, sendo este último termo mais apropriado para as medidas assecuratórias, tais como, por exemplo, o sequestro e o arresto, que tem como escopo evitar que o indivíduo dilapide seu patrimônio.

⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal I*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis n.º 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 553.

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p.40.

Em síntese, tanto a prisão preventiva quanto às demais medidas cautelares destinam-se a proteger a atividade probatória, a realização da justiça ou a promover a própria paz social, devendo assim estar devidamente alicerçadas nesses pressupostos para sua decretação.

2.3 A PRISÃO CAUTELAR

2.3.1 Breve Evolução Histórica

Voltando à análise mais detidamente para a prisão cautelar, verifica-se ao longo da história, que esse instrumento processual serviu para finalidades diversas das quais justificam sua existência nos ordenamentos modernos.

Segundo Gian Domenico Pisapia citado por Cruz¹¹, no Direito Romano a prisão sempre era utilizada como medida excepcional. Assim, para a aplicação da custódia cautelar era considerado a probabilidade da condenação, uma vez que tinha a função precípua de garantir a aplicação da lei.

A partir do século XII¹², com o processo inquisitorial predominante na Europa, a prisão passou a ser vista como uma consequência lógica da acusação, permitindo que o acusado estivesse à disposição do inquisidor a todo momento, com o propósito de submeter o acusado a torturas e obter dele a confissão do crime.

Somente a partir do século XVIII¹³, com o surgimento dos Estados Modernos, e devido a influência dos pensamentos de Beccaria trazidos na sua obra *Dos Delitos e das Penas* (1764), a prisão adquire novos contornos, passando-se a entender que a privação da liberdade antes de uma sentença deveria ocorrer somente quando houvesse necessidade.

No Brasil, logo após a independência, a nossa carta política imperial de 1824, em seu art. 179, fazia menção ao conceito de “culpa formada”, que representava um crivo para que fosse admitida a acusação. Convencendo-se o juiz da existência e autoria do crime, com base nas provas até aquele momento juntadas ao processo, estava presente a “culpa formada”. Assim, após a declaração do juízo

¹¹ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 8.

¹² Idem, ibidem.

¹³ Idem, ibidem, p. 9.

nesse sentido, o nome do réu era lançado em livro próprio e a prisão era decretada automaticamente.

O Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832 ainda previa a prisão, ainda que sem “culpa formada”, para às situações de prisões em flagrante e para os crimes que não coubessem fiança.

Em 1941, com o novo Código de Processo Penal, evidentemente inspirado na legislação processual penal italiana de 1930 promulgada durante o regime fascista, foram agravadas as medidas de prisão, principalmente em sua modalidade preventiva, como a própria Exposição de Motivos do Código afirma: *“a prisão em flagrante e a prisão preventiva são definidas com mais latitude do que na legislação em vigor (...).”* E prossegue: *“O interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos (...). A prisão preventiva, por sua vez, desprende-se dos limites estreitos até agora traçados à sua admissibilidade.”*

Deste modo, a partir do Código de 1941, a prisão preventiva passa a poder ser utilizado toda vez que conveniente ao interesse da ordem pública, da instrução criminal ou da efetiva aplicação da lei penal, desde que presentes suficientes indícios de autoria do crime, o que representou, de certo modo, um avanço em relação a legislação anterior. No entanto, o Código apresentava ainda um enorme retrocesso, tendo introduzido no sistema penal a prisão preventiva obrigatória para crimes que a pena cominada fosse igual ou superior a 10 (dez) anos.

Com a promulgação da Constituição de 1988, um moderno texto constitucional que ampliava o espectro das garantias individuais, o Código de Processo Penal torna-se em muitos aspectos obsoleto e urge a necessidade da implantação de mudanças.

Nesse sentido, buscando superar as distorções produzidas pelas reformas sucessivas no Código de Processo Penal durante os anos, foi apresentado o PL 4.208, que culminou no advento da Lei nº 12.403/11. Inspirada nas legislações da Itália e Portugal, como a própria exposição de motivos do projeto afirmava¹⁴,

¹⁴ Idem, ibidem, p.132.

procurou reduzir a utilização da prisão preventiva, criando medidas alternativas à prisão.

Portanto, na atual sistemática, a prisão cautelar só será decretada quando impossível a substituição por outra medida cautelar, uma vez que a novel lei possibilita ao magistrado escolher entre um leque considerável de medidas a serem aplicadas ao caso concreto evitando ao máximo encarceramento.

2.3.2 Espécies de prisão cautelar

2.3.2.1 Prisão em flagrante

Em grande parte da doutrina processual penal brasileira a prisão em flagrante, presente nos art. 301 e seguintes do CPP, é entendida como espécie de prisão cautelar. No entanto, Aury Lopes Jr. sendo seguido por tantos outros, tais como Rogério Schietti M. Cruz, entendem ser equivocado o enquadramento deste instituto como espécie de prisão cautelar.

Na visão desses doutrinadores, a prisão em flagrante tem um caráter de pré-cautela¹⁵, necessária apenas para garantir que cesse a atividade criminosa, impedir a fuga do autor e colocar o detido à disposição para que seja posteriormente adotada ou não uma medida cautelar.

Esta modalidade de prisão é absolutamente precária, consistindo numa mera detenção do indivíduo, podendo ser praticada, inclusive, por qualquer particular ou pela autoridade policial. Tem sua duração extremamente curta, pois em 24 horas o detido deve ser apresentado ao juízo que decidirá sobre a conversão da prisão em flagrante em preventiva ou ainda sobre o relaxamento da prisão, nos exatos termos do art. 310 do CPP.

Assim, entendendo de acordo com a melhor doutrina, analisar-se-á mais detidamente essa modalidade de prisão como espécie de prisão cautelar, passando-se à análise das outras duas outras modalidades de prisão cautelar atualmente vigentes no nosso ordenamento.

¹⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p.863.

2.3.2.2 Prisão temporária

A preocupação com a complexidade das investigações de determinadas infrações penais que possuem penas mais graves foi a responsável pela elaboração da lei nº 7.960/89, que trata da prisão temporária.

Tendo surgido logo após a promulgação da nossa Carta Política de 1988, encontrou ampla resistência doutrinária na sua aplicação, uma vez que remetia à ideia de legalização das assombrosas “prisões para averiguação” tão comuns no regime ditatorial brasileiro.

Em realidade, esta surgiu diante da enorme pressão da polícia judiciária, que se viu enfraquecida diante do novo regime constitucional, já que as prisões policiais até aquele momento eram realizadas sem que houvesse intervenção do órgão judiciário.

Ademais, a lei apresentou um vício em sua origem, pois foi criada por meio de medida provisória. Deste modo, violou o que dispõe o art. 22, I, da Constituição, legislando através de medida provisória sobre matéria processual penal. Ainda que tenha sido convertida em lei, isto não sana o vício, sendo assim, flagrantemente inconstitucional. No entanto, em que pese a inconstitucionalidade da lei, a jurisprudência se mostrou inerte nesse sentido, sendo amplamente aceita sua utilização atualmente.

A prisão temporária dirige-se precipuamente à tutela dos inquéritos policiais, desta forma, deixando manifesta sua função instrumental, e portanto, seu enquadramento como modalidade de prisão cautelar. Assim, não cabe prisão temporária quando concluído o inquérito, ou quando já instaurada ação penal.

O art. 1º da lei nº 7.960/1989, abaixo reproduzido, disciplina as hipóteses de cabimento desta medida:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

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

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

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

Importante destacar, a imprescindibilidade da medida para tutela das investigações policiais. Assim, não basta sua comodidade ou conveniência, mas a estrita necessidade da decretação para garantir a atividade investigatória. Ainda se faz necessário que existam fundadas indícios de autoria ou participação do indiciado naqueles crimes explicitados na lei, o que restringe sua possibilidade de utilização.

Nesta acepção, importante colacionar o brilhante voto do Min. Eros Grau no julgamento do HC 95.009-4/SP, perquirindo sobre a necessidade e indispensabilidade desta medida:

(...) O controle difuso da constitucionalidade da prisão temporária deverá ser desenvolvido perquirindo-se necessidade e indispensabilidade da medida. Daí que a primeira indagação a ser feita no curso desse controle há de ser a seguinte: em que e no que o corpo do suspeito é necessário à investigação? Exclua-se desde logo a afirmação de que se prende para ouvir o detido. Pois a Constituição garante a qualquer um o direito de permanecer calado (art. 5º, n. LXIII) – e o temos afirmado aqui exaustivamente –, o que faz com que a resposta à inquirição investigatória consubstancie uma faculdade. Ora, não se prende alguém para que exerça uma faculdade! Sendo a privação da liberdade a mais grave das constringões que a alguém se pode impor, é imperioso que o paciente dessa coação tenha a sua disposição alternativa de evitá-la. Se a investigação reclama a oitiva do suspeito, que a tanto se o intime e lhe sejam feitas perguntas, respondendo-as o suspeito se quiser, sem necessidade de prisão.

31. Tampouco se pode acolher a prisão para impedir que provas sejam destruídas sem que o suspeito tenha dado qualquer motivo para que se afirme essa possibilidade. Na dicção do Ministro CELSO DE MELLO, para tanto é indispensável “base empírica idônea”.

32. Não falta quem diga que a prisão temporária é, às vezes, a “única punição” que o suspeito sofre. Mas prisão cautelar não é pena, de sorte que a circunstância de ter sido ela o único constrangimento por ele suportado consubstanciará prova cabal de que, não tendo sido condenado, o acusado não merecia ser punido.

33. Pior ainda é o argumento da “agilização” da investigação. Pois antes de ser ágil é preciso que ela seja legal e necessária, inexistindo qualquer outra via para o seu curso.¹⁶

¹⁶ STF - HC: 95009 SP , Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 23/07/2008, Data de Publicação: DJe-144 DIVULG 04/08/2008 PUBLIC 05/08/2008.

Acerca do prazo máximo para a duração da prisão temporária, este é de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período, como determina o art. 2º da lei nº 7.860/89. Decorrido esse prazo, o acusado deve ser posto em liberdade imediatamente.

Em relação aos crimes hediondos, o prazo para a duração da prisão temporária é de 30 dias, prorrogável por igual período, em caso de extrema necessidade comprovada, conforme o art. 2º, §4º da lei nº 8.072/1990.

2.3.2.3 Prisão Preventiva

É a espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária no curso da ação penal, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente.

A prisão preventiva será admitida sempre que estiverem presentes os requisitos legais do art. 313 do CPP e quando ocorrerem os motivos autorizadores previstos no art. 312 do CPP.

Antes da Lei nº 12.403/11 entrar em vigor, o nosso Código de Processo Penal previa o cabimento de prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena de reclusão. Com a modificação introduzida pela lei, o critério passa a ser a quantidade de pena aplicável ao crime, e não mais os regimes de cumprimento da pena. Assim, dispõe o inciso I do art. 313, CPP, que cabe prisão preventiva nos casos de crimes dolosos punidos com pena superior a 4 (quatro) anos.

No ponto, vale ressaltar que as hipóteses descritas no art. 313 do CPP, não dispensam que estejam presentes os requisitos básicos inerentes a decretação de qualquer medida cautelar, quais sejam, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, norteados ainda pelos princípios regentes das medidas cautelares.

De acordo com o art. 312 do CPP, são fundamentos autorizadores da decretação da prisão preventiva:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o).

Assim, no que se refere a um dos mais discutíveis fundamentos dessa modalidade de prisão, qual seja, a garantia da ordem pública, torna-se importante uma análise mais detida.

No ponto, vale ressaltar que o termo 'ordem pública' é extremamente impreciso e genérico, o que nos leva a uma discricionariedade perigosa, uma verdadeira carta branca dada ao juiz. Não por outra razão, é uma das fundamentações mais utilizadas para a decretação de prisão preventiva, exatamente por ser um termo extremamente vago.

A princípio podemos identificar três correntes na nossa doutrina e jurisprudência, acerca da possibilidade de decretação de prisão preventiva pelo fundamento da garantia da ordem pública.

Para uma primeira corrente, minoritária, esse fundamento não se encontraria abarcado pela função cautelar. Assim, partindo-se do ponto de que as medidas cautelares tem sua principal função na garantia do normal funcionamento do processo penal, seja por conveniência da instrução criminal, ou seja para assegurar a aplicação da lei penal, o que deixa evidente sua função instrumental a serviço do processo, restando dúvidas quanto à função cautelar do fundamento da garantia da ordem pública.

De acordo com esta corrente, a tutela da ordem pública, bem como da ordem econômica, não teria como fim a proteção do processo, ainda que fundada em fatos que estejam no bojo do processo, não sendo abarcada, portanto, por essa função cautelar típica das medidas cautelares. Aury Lopes Jr. chega a sustentar que estes fundamentos – garantia da ordem pública ou da ordem econômica – seriam *substancialmente inconstitucionais*.¹⁷

Para uma segunda corrente, diga-se, majoritária, o fundamento da ordem pública pode ser utilizado para resguardar a coletividade e evitar a repetição das

¹⁷ LOPES JR., Aury. Op. cit., p.901.

práticas delituosas objeto do processo, levando em consideração a gravidade do fato, a repercussão do delito e a periculosidade do indivíduo.

Deste modo, a prisão preventiva possuiria um caráter de prevenção geral, quando busca dissuadir o cometimento de novas práticas delituosas, e um caráter de prevenção especial, quando serve como meio para impedir que aquele indivíduo volte a delinquir.

Essa segunda corrente estaria amparada pela nova redação do art. 282, inc. 1, do CPP, que nos informa que as medidas cautelares poderão ser adotadas não só para tutelar a aplicação da lei penal e a investigação ou instrução criminal, como também para evitar a prática de infrações penais. Nesta esteira, os Tribunais Superiores também têm decidido.

Ressalta-se, contudo, que o STF já se pronunciou sobre a impossibilidade de decretação dessa medida quando estejam presentes, por si só, o clamor público ou a repercussão do crime¹⁸. Isto porque, por óbvio, para a aferição dos motivos relevantes para justificar a segregação cautelar, o julgador deverá ter em mente os efeitos da perniciosa manipulação da opinião pública pelos veículos de comunicação de massa.

Sequer se poderia cogitar da justificativa da segregação cautelar para a garantia da integridade física do acusado, uma vez que foge ao completo da tutela cautelar. Tal justificativa, só demonstraria a completa ineficiência do Estado para a garantia da ordem e da paz social.

Uma terceira corrente sustenta ainda que além do caráter de prevenção especial em relação ao indivíduo, a credibilidade da justiça seria fundamento para legitimar a segregação, vez que se não houvesse a prisão, o sistema de administração de justiça perderia credibilidade. Assim prender se apresentaria como uma alternativa para reafirmar a força do aparelho estatal repressor.

No que se refere ao fundamento da garantia da ordem econômica previsto no art. 312 do CPP, este foi inserido em decorrência da Lei n. 8.884/1994 (Lei Antitruste), com o objetivo de proteger o risco decorrente daquelas condutas

¹⁸ STF, H C n2 87.041 /PA, 1ª Turma, Rei. Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 24/11/2006. E também: STF, HC nº 91 .61 6/RS, 1ª Turma, Rei. Min. Carlos Britto, Data de Julgamento: 07/12/2007.

que praticadas afetam a tranquilidade da ordem econômica, seja pelo risco da reiteração de práticas que gerem grandes prejuízos financeiros, ou ainda por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores. Em que pese a previsão legal, na realidade, este fundamento teve baixa adesão no âmbito da prática jurídica.

A conveniência da instrução criminal, por sua vez, é empregada quando houver risco efetivo para a instrução, serve para tutelar a prova, sendo uma medida eminentemente cautelar, de natureza instrumental em relação ao processo. O estado de liberdade do acusado, portanto, colocaria em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, seja pela possibilidade de destruir ou alterar as provas, ou porque o indivíduo poderia ameaçar as testemunhas ou a própria vítima.

O fundamento para assegurar a aplicação da lei penal, em síntese, é utilizado para evitar que o acusado se furte da aplicação da lei, fugindo e tornando impossível a aplicação da pena cominada pela sentença condenatória. Neste ponto, vale lembrar que o risco de fuga deve ser concreto e não presumido.

Ainda, no que se refere ao limite temporal da prisão preventiva, persiste um dos maiores problemas do processo penal brasileiro. Isto porque inexistente delimitação temporal para a prisão preventiva, não possuindo nenhuma delimitação legal para duração da medida.

Inúmeros são os casos noticiados corriqueiramente sobre presos que passaram anos encarcerados sem nunca terem sido julgados¹⁹. Assim, a prisão cautelar que deveria ser revestida de provisoriedade, passa a constituir verdadeira pena antecipada, violando não somente o princípio da razoável duração do processo, como também da presunção de inocência.

¹⁹ Apenas a título de exemplo, notícia publicada em 14/01/2013: “O Superior Tribunal de Justiça (STJ) mandou soltar no final de 2012 dois suspeitos de homicídio que ficaram presos durante uma década em São Paulo à espera de julgamento. A corte superior entendeu que o prazo da prisão cautelar dos detentos foi desproporcional, até mesmo porque não havia sequer previsão de quando os réus seriam julgados pelo Tribunal do Júri.” obtida em <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/01/stj-liberta-suspeitos-de-homicidio-presos-ha-10-anos-sem-julgamento.html>>, acesso em 3 março de 2015.

Diferente da prisão temporária que tem um prazo limite, nosso Código de Processo Penal não dispõe sobre nenhum limite temporal para a prisão preventiva, nem para as outras medidas cautelares.

O direito à duração razoável do processo além de se encontrar previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos (Dec. 678/1992), também foi incluído como garantia fundamental na nossa Constituição por meio da Emenda Constitucional nº45/2004. Assim dispoço o art. 5º, LXXVIII *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”*.

A Lei nº 12.850/2013, que versa sobre os crimes praticados por organizações criminosas, traz uma única exceção na nossa legislação, em seu art.22, parágrafo único, quando estabelece o prazo de 120 dias para o encerramento da instrução criminal quando o acusado esteja preso, prorrogáveis por igual período em decisão fundamentada, devido a complexidade ou ato procrastinatório do réu.

Para tentar contornar a falta de prazo das medidas cautelares, que deixava o acusado em total sujeição em relação ao Estado, consolidou-se através de construção jurisprudencial que estando o acusado preso, o processo penal de 1ª instância deve findar-se ao final do prazo de 81 (oitenta e um) dias, sob pena de configurar-se constrangimento ilegal da liberdade de locomoção do indivíduo por excesso de prazo na formação da culpa, devendo ser imediatamente relaxada a prisão, vez que ilegal.

Este prazo foi extraído do somatório dos prazos para a conclusão do inquérito até o prazo para a prolação da sentença, no rito comum ordinário, alcançando-se assim o total de 81 dias (ou 101 dias, se prorrogado o prazo de 15 dias para a conclusão do inquérito, no âmbito da Justiça Federal).

Após, passou-se a entender que o prazo de 81 dias deveria ser observado até o final da instrução criminal, entendendo-se, por essa, no processo comum ordinário, a fase do antigo art. 499, reservada a diligências finais.

No entanto, a Lei nº 11.719/2008, modificou totalmente os ritos procedimentais do processo comum, ordinário e sumário, com o que alterou a contagem de prazos para a aplicação da antiga jurisprudência.

Em razão disso, a contagem do prazo terá início com a prisão do acusado, sendo a partir daí o início da contagem do prazo para encerramento do inquérito policial.

Por conseguinte, a contagem do prazo para encerramento do processo criminal quando o acusado estiver preso, passou a variar de 95 (noventa e cinco) a 185 (cento e oitenta e cinco) dias.

Contudo, importante destacar que esses prazos não possuem natureza absoluta e peremptória, podendo ser dilatados com fundamento no princípio da proporcionalidade, conforme a necessidade da instrução criminal, seja pela pluralidade de réus ou pela complexidade da causa.²⁰ Assim, nesses casos não restaria configurado o excesso de prazo.

Em síntese, conclui-se que não há um prazo único e inflexível para o encerramento do processo. Devendo ser analisado caso a caso, podendo o prazo variar de acordo com suas peculiaridades.

²⁰ PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LIMINAR. ROUBO A BANCO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA (CP, ARTS. 157 E 288). PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, EFETIVIDADE DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL: HIPÓTESES LEGAIS LASTREADAS EM ELEMENTOS CONCRETOS. EXCESSO DE PRAZO. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE: COMPLEXIDADE DOS AUTOS E GRANDE QUANTIDADE DE RÉUS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE JUSTIFICAM DILAÇÃO DO PRAZO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DO PERICULUM IN MORA E DO FUMUS BONI IURIS. LIMINAR INDEFERIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL: NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. [...]O entendimento desta Corte está alinhado no sentido de que o prazo de oitenta e um dias para o término da instrução criminal não é absoluto, podendo ser dilatado mercê da complexidade dos autos e da quantidade de réus envolvidos no fato delituoso. No caso, o alegado excesso de prazo da instrução criminal foi justificado. Ordem indeferida. Ante o exposto, não visualizando de plano o periculum in mora e o fumus boni iuris, INDEFIRO o pedido de liminar. (STF - HC: 107732 BA, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 05/04/2011, Data de Publicação: DJe-071 DIVULG 13/04/2011 PUBLIC 14/04/2011)

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA ATIVIDADE JURISDICIONAL

3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Nos primórdios da responsabilidade civil do Estado, ainda na época dos estados absolutistas e despóticos, vigorava o princípio da irresponsabilidade do Estado.

As máximas “The king can do no wrong” (O rei não erra) e “L’État c’est moi” (O Estado sou eu) exemplificam bem as ideias da época. Acreditava-se que o Estado dispunha de ampla e irrestrita autoridade perante seus súditos, uma vez que se este detinha a função de proteção do direito, não poderia jamais agir contra ele. Desta forma, responsabilizar o Estado pelos danos causados, seria uma afronta à soberania.

Conforme explica Odoné, quando muito admitia-se que os administrados tivessem direito de ação contra o próprio agente causador do dano, quando este agisse contra a lei ou com excesso de poder.²¹

Oportuno ressaltar, que o Brasil nunca passou por essa fase de irresponsabilidade. A Constituição Imperial de 1824, em seu art. 179, n. 29, bem como a Constituição Republicana de 1891, em seu art. 82, disciplinavam que o empregado público era responsável pelos abusos e omissões ocorridas no exercício de suas funções. No entanto, jamais se entendeu que essa previsão excluía a responsabilidade do Estado, servindo apenas para a responsabilidade criminal, na verdade admitia-se existir responsabilidade solidária entre o Estado e o agente.

A teoria da irresponsabilidade do Estado foi mais tarde superada, devido sua evidente injustiça, passando-se a uma concepção civilista, que baseou-se na premissa lógica de que sendo o Estado o guardião do direito, também estaria ele submetido à lei. Desse modo, sendo sujeito de direitos, detentor de direitos e obrigações, nada mais justo de que o Estado seja responsabilizado pelos prejuízos ocasionados ao cidadão em virtude da atividade estatal.

²¹ SERRANO JUNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá Editora, 1996, p.53.

Nessa segunda fase, com o advento do Estado Liberal, buscou-se através dos princípios do Direito Civil resolver a problemática quanto a responsabilidade estatal.

Nesse primeiro momento distinguiu-se as duas formas de ação do Estado: os atos de gestão e os atos de império do Poder Público. Os atos de império caracterizavam-se quando o Estado agia no exercício da sua soberania, não podendo por estes atos ser responsabilizado. No entanto, quanto aos atos de gestão, em que o Estado estava em pé de igualdade com o particular, submetido ao direito comum, caberia a responsabilização pelos prejuízos causados quando verificada a culpa do agente, culpa tal qual como conceituada no Direito Civil. A responsabilidade era, portanto, baseada nos princípios da responsabilidade por fato de terceiro (patrão, preponente, comitente, mandante).

A grande dificuldade enfrentada por esta teoria foi justamente a separação que propunha fazer, pois difícil é a distinção dos atos estatais. Ademais, como Augusto do Amaral Dergint ressalta “*essa concepção civilista da responsabilidade estatal não lograva satisfazer as exigências da justiça social*”²². Isto porque impunha uma enorme dificuldade aos administrados, que além do ônus de demonstrar o dano, tinham também de demonstrar a atuação culposa do agente público.

No Brasil, o art. 15 do Código Civil de 1916, notadamente adepto dessa concepção civilística da responsabilidade do Estado, determinava:

*Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra o causador do dano.*²³

Tal dispositivo condicionava à comprovação de que o agente tinha procedido de forma contrária ao direito. No entanto, este requisito foi parcialmente

²² DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p.38.

²³ BRASIL. Código Civil. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 29 de abril de 2015.

mais tarde revogado pela Constituição de 1946, e nunca mais adotado nas Constituições que se seguiram.

Uma terceira fase desse desenvolvimento surge após a Segunda Guerra Mundial, adaptando-se ao novo modelo de Estado Social implantado, marcado por uma maior intervenção estatal na área social e econômica.

Tem como marco inicial o caso *Blánco*, proferido em 1973 pelo Conseil d'Etat da França. Neste entendeu-se que a responsabilidade do Estado não poderia ser regida pelos princípios do direito civil, devendo ser regulada por regras especiais derivadas do direito público.

Assim, sendo a responsabilidade civil do Estado regulada por matéria de direito público, encontra seu fundamento ora no princípio da igualdade de todos perante a lei, em que devem ser repartidos os ônus e encargos entre todos, ora no dever estatal de prezar pela regularidade e qualidade dos serviços públicos.²⁴

Buscando resolver a questão da responsabilidade civil do Estado pelos princípios do direito público, duas teorias se desenvolveram através da jurisprudência do Conselho de Estado Francês.

A primeira, chamada de teoria da 'culpa do serviço' ou *faute du service* em francês (expressão comumente traduzida como falta do serviço), consiste na responsabilização do Estado levando em conta a irregularidade do serviço prestado, que ocorre quando o serviço não funciona, funciona mal ou atrasado. Baseada no conceito de culpa anônima, independe de prova de que agentes específicos tenham incorrido em culpa.

Por esta mesma razão, muitas vezes é confundida com a responsabilidade objetiva, no entanto, acentua Cavalieri que essas se diferenciam de maneira que para a 'culpa do serviço' é indispensável a configuração do mau funcionamento do serviço, podendo até ser presumida em função da dificuldade em demonstrar que o serviço funcionou abaixo do padrão normal de regularidade, contudo, esta pode ser afastada pelo Poder Público quando provado que o serviço

²⁴ SERRANO JUNIOR, Odoné. Op. cit., p.56.

foi prestado regularmente. Já na responsabilidade objetiva, basta apenas o nexo causal entre a conduta estatal e o dano causado.²⁵

Sem abandonar a teoria da *faute du service*, o Conselho do Estado Francês passou a admitir também em determinados casos a teoria do risco.

A teoria do risco serve como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado. Surge a possibilidade do Estado vir a indenizar pelos danos causados à alguns membros da comunidade, mesmo que esses danos tenham ocorrido em função do exercício normal de uma atividade de competência do Estado, ou seja, ainda que agindo em prol do interesse público. Isto porque, se esta atividade é exercida em prol de todos, nada mais justo que os ônus advindos desta atividade, sejam suportados por todos e não somente por algumas pessoas.

Aqui, temos que a responsabilidade ocorre independentemente de configuração de culpa, seja do agente público causador do dano, ou a 'culpa do serviço', pouco importando se o serviço funcionou regular ou irregularmente. O que se deve verificar é a existência de nexo de causalidade entre a ação do Poder Público e o dano sofrido pelo administrado.

Hely Lopes de Meirelles ainda subdivide a teoria do risco em duas espécies: a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral.²⁶ Pela teoria do risco integral, o Estado terá que indenizar sempre que existente o nexo de causalidade entre a ação estatal e o dano, não sendo admitidas excludentes de responsabilidade. Desta forma, o Estado estaria na figura de 'segurador-universal'²⁷.

A teoria do risco administrativo, por sua vez, ainda que também caracterizado pela responsabilidade objetiva - necessidade apenas do nexo de causalidade entre o dano e a atividade estatal – admite exceções, permitindo à Administração Pública ter afastada a sua responsabilidade nos casos que permitem exclusão do nexo causal (fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro).

²⁵ CAVALIEIRI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 230.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 548.

²⁷ SERRANO JUNIOR, Odoné. Op. cit., p.58.

Na doutrina brasileira, alguns autores faziam confusão com a utilização desses dois termos 'risco integral' e 'risco administrativo', considerando os dois como sinônimos ou ainda igualando o risco administrativo com o 'acidente administrativo'. Alguns ainda, mesmo que mencionando a teoria do risco integral, falavam na possibilidade de exclusão ou mitigação da responsabilidade.

Com efeito, as diferenças terminológicas tratam-se de mera questão semântica, uma vez que todas se referem a responsabilidade objetiva. Ademais, vale repisar que o Estado só será responsabilizado quando existir relação de causalidade entre a sua atividade e o dano experimentado pelo administrado.

Nesta esteira, importante trazer o comentário de Yussef Said Cahali quanto a subdivisão feita por Hely Lopes Meirelles:

a distinção entre risco administrativo e risco integral não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades de risco pretendidas, mas simplesmente em função das consequências irrogadas a uma outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, efeito que seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção [...] deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação atribuída ao risco - risco integral, risco administrativo, risco proveito - aos tribunais se permite exclusão ou atenuação daquela responsabilidade do Estado quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido ou concorrido como causa na verificação do dano injusto²⁸

A teoria da responsabilidade baseada na culpa civil subsistiu no ordenamento brasileiro até a promulgação da Constituição de 1946 que determinava em seu art. 194:

Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

²⁸ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 40.

*Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.*²⁹

José de Aguiar Dias sustentava que a Constituição de 1946 havia adotado o critério da *faute du service* para a responsabilidade estatal, ou quando muito, teria adotado a teoria do risco, como admitia a maior parte da doutrina.³⁰

Desvinculada da concepção civilista, para essa nova diretriz constitucional, a conduta culposa do agente somente possuía relevância para o exercício do direito de regresso contra o agente causador do dano, como preconizava o parágrafo único do mencionado artigo.

Tal orientação se manteve nos textos constitucionais seguintes, na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional de 1969, tendo culminado na Constituição de 1988 vigente.

Assim determinou o art. 37, § 6º da Constituição de 1988: “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.”

Como se vê, na nova ordem jurídica, cristalizou-se a orientação de que o Estado deve responder objetivamente pelos danos causados pela atuação das pessoas jurídicas de direito público. Conquanto, inovou quando estendeu essa responsabilidade as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

A alteração promovida pela Constituição de 1988 substituiu ainda, a expressão funcionários pelo termo mais amplo “agentes”, que deve ser entendido no sentido de quem no momento da ocorrência do dano, exercia atividade ligada à sua atribuição ou função.

²⁹ BRASIL. Constituição (1946) Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em 07 abril de 2015.

³⁰ AGUIAR DIAS, José de *apud* DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 56.

O Código Civil de 2002, ainda um pouco atrás da Constituição - por não prever a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público - também determina no art. 43, que "as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores de dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo".

Em síntese, ainda que permaneça discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, certo é que de maneira geral admite-se que a Constituição instituiu como regra a responsabilidade objetiva do Estado, podendo excepcionalmente, ser admitida a responsabilidade subjetiva da Administração Pública, baseada na culpa anônima ou *faute du service*.

3.2 A ATIVIDADE JURISDICIONAL CONSIDERADA DANOSA

Em que pese a responsabilidade objetiva consagrada na nossa Constituição Federal, ainda persiste discussão doutrinária acerca da tradicional e ultrapassada tese da irreparabilidade do prejuízo causado pelo ato judicial danoso.

Aqueles que advogam pela irreparabilidade sustentam, sob a égide da soberania do Poder Judiciário, que os atos decisórios dos juízes são compreendidos como manifestação da soberania, não podendo eventuais erros cometidos levar a responsabilização do Estado, sob pena de afronta à soberania.

Sustentam ainda, que a independência da magistratura, prevista por nossa Carta Magna, assegura aos magistrados uma atuação independente de influências externas, devendo os juízes agirem com independência no exercício de suas funções, sem temerem que suas decisões levem a responsabilização do Estado. Assim sendo, se os magistrados soubessem que suas decisões levariam a responsabilização do Estado, restaria prejudicado o exercício de uma função julgadora independente e imparcial.³¹

³¹ FERRARI, Paola Nery. *A responsabilidade do Estado decorrente de atos jurisdicionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 81.

Da mesma forma, alegam que indenizar o dano decorrente da decisão judicial encontra obstáculo na imutabilidade da coisa julgada, implicando no reconhecimento de que esta tenha sido proferida com infringência à lei.

Há ainda aqueles que utilizam da argumentação totalmente desamparada pelo direito brasileiro, de que o magistrado não se enquadra na definição de funcionário público, pois este trata-se de um agente especial com prerrogativas e garantias não comuns a outros funcionários públicos.

No que concerne ao argumento da soberania do Poder Judiciário, antes de mais nada, cabe esclarecer acerca deste polêmico conceito. A soberania trata-se de um atributo do Estado, sendo esta una e indivisível e configurando-se como o poder máximo no plano interno do Estado, e independente no plano externo.

Ao Poder Judiciário cabe a incumbência do controle da legalidade e de proteção dos direitos fundamentais, o que importa numa enorme valorização desse Poder em um estado democrático de direito. No entanto, ainda que seja o verdadeiro guardião dos princípios da legalidade e igualdade, não trata-se de um superpoder em relação aos outros.

Os três poderes componentes do Estado não são soberanos, mas sim independentes e autônomos, estando todos submetidos à lei e a Constituição. E justamente por serem todos os poderes independentes, impossível aceitar que somente ao Poder Judiciário permita-se a irresponsabilidade pelos possíveis danos decorrentes do exercício de sua atividade.

Não há que se falar tampouco em independência dos magistrados para justificar a irresponsabilidade do Estado, mas apenas a irresponsabilidade pessoal do juiz. Por mais que nossa Carta Magna tenha assegurado independência ao Poder Judiciário, tal como aos juízes que podem decidir a lide com base no seu livre convencimento, tal ideia não tem o condão de afastar a responsabilização do Estado, pelo contrário, como pondera Odoné:

Ora, para que sejam independentes os magistrados, é necessário que o Estado responsabilize-se pelos seus atos danosos (lícitos ou ilícitos) e que eles só respondam na via de regresso, quando agirem

*com dolo ou culpa. Só assim, os juízes gozarão da tranquilidade indispensável para bem desempenhar suas funções, de modo que, ao aplicar a lei sejam apenas diligentes quanto à observância dos seus deveres funcionais e éticos, firmes e nunca melindrosos.*³²

Quanto ao argumento de que não seria o juiz um funcionário público, este encontrasse totalmente prejudicado, uma vez que quando a Constituição de 1988 previu a responsabilidade do estado, fez alusão expressa a palavra 'agente', sendo assim, ainda que se considere o magistrado como um agente político, este também encontra-se abrangido pela norma constitucional.

Em que pesem os argumentos adeptos da irresponsabilidade, que se coadunam com a jurisprudência majoritária, após a Constituição de 1988 houve um fortalecimento da corrente que entende pela possibilidade da ampla responsabilização do Estado pelos atos judiciais.

Vale dizer que esteja o Poder Judiciário no exercício de uma competência administrativa ou seja uma atividade tipicamente jurisdicional, em ambos os casos trata-se de atividade estatal desempenhada por agente público. Assim, sendo os *serviços judiciários*³³ típicos serviços públicos, os danos que surgirem em decorrência desses atos, ainda que não considerada a falta do agente, devem ser responsabilizados.

Tendo o Estado o monopólio da jurisdição, prestando com exclusividade os serviços judiciários, assume os riscos destes serviços, seja pela falta pessoal do agente, ou seja pelo seu mau funcionamento.

Deste modo, sob a égide do princípio da repartição igualitária dos encargos públicos, sendo a atividade judiciária exercida em proveito de todos – já que as atividades do Poder Judiciário visam a pacificação social – nada mais justo que todos suportem os encargos deste serviço prestado em benefício de toda a coletividade.³⁴

³² SERRANO JUNIOR, Odoné. Op. cit., p.120.

³³ Idem, ibidem, p. 103.

³⁴ Idem, ibidem, p. 104.

Nesta esteira, admitindo a responsabilidade do Estado pelos atos judiciais, fundada na teoria do risco administrativo, diz Augusto Amaral Dergint:

*O serviço judiciário é uma espécie do gênero serviço público do Estado e o juiz, na qualidade de prestador deste serviço, é um agente público, que atua em nome do Estado. Ademais, o texto Constitucional, ao tratar da responsabilidade do Estado, não excepciona a atividade judiciária.*³⁵

Ocorre que a jurisprudência insiste em não reconhecer a responsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais típicos, quais sejam as decisões judiciais, uma vez que acredita que o sistema indenizatório possa interferir no sistema jurisdicional e no mérito das decisões.

Tem entendido a jurisprudência, até o momento, que para que o Estado esteja obrigado a ressarcir, as hipóteses devem estar expressas em lei, adotando-se assim a irresponsabilidade como regra e a responsabilização como exceção.

De acordo com esse raciocínio, somente é admitida a responsabilização do Estado nas hipóteses previstas no art. 5º, LXXV³⁶ da Constituição que trata especificamente do 'erro judiciário', e no art. 630³⁷ do CPP, diante da revisão criminal.

Cavaliere sustenta que por força da hermenêutica, a Constituição deve ser interpretada sistematicamente, e na situação de duas normas constitucionais aparentemente conflitantes, cabe ao intérprete compatibilizá-las.³⁸ Assim, conclui pela harmonização desses dispositivos, o art. 5, inciso LXXV, com o §6º do art. 37 da Constituição, fazendo a distinção entre atividade jurisdicional e atividade judiciária. Para o ilustre doutrinador, deve prevalecer o entendimento predominante de que o Estado só pode ser responsabilizado por ato judicial típico nas estritas hipóteses do

³⁵ DERGINT. Op. cit, p. 160-161.

³⁶ Art. 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, nos termos seguintes: [...] LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença

³⁷ Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

³⁸ CAVALIEIRI FILHO. Op. cit., p. 259.

art. 5º, LXXV. Contudo, em relação a chamada atividade judiciária – denegação da justiça ou falta do serviço judiciário, por exemplo – é cabível ampla responsabilização do Estado com base no §6º do art. 37, uma vez que trata-se de atividade administrativa realizada pelo Poder Judiciário.

Não obstante a força da argumentação mencionada, certo é que, com a promulgação da Constituição de 1988, optou-se taxativamente pela responsabilização do Estado, adotando-a como um princípio, sem tratativa em textos normativos específicos. Ademais, não foi feita nenhuma exceção em relação a atividade jurisdicional, o que nos leva a crer que esta encontra-se totalmente abarcada pelo art. 37.

Os danos advindos dos serviços judiciários são tantos, tais como a pluralidade de situações passíveis na vida, sendo assim, a título de exemplo, mencionamos algumas hipóteses citadas por Maria Emília Mendes Alcântara:

prisão preventiva decretada contra quem não praticou o crime, causando danos morais; a não concessão de liminar nos casos em que seria cabível, em mandado de segurança, fazendo perecer o direito; retardamento injustificado de decisão ou de despacho interlocutório, causando prejuízo à parte. A própria concessão de liminar ou de medida cautelar em casos em que não seriam cabíveis pode causar danos indenizáveis pelo Estado. Apenas para o caso de dolo, fraude, recusa, omissão, retardamento injustificado de providências por parte do juiz, o artigo 133 do CPC prevê a sua responsabilidade pessoal por perdas e danos.³⁹

Diante da falibilidade dos magistrados e das mais variadas hipóteses que podem ocorrer que não encontram-se abarcadas pelo art. 5º, LXXV, a doutrina mais moderna tem apontado em sentido diverso do que a jurisprudência tem adotado como regra, admitindo-se a responsabilidade do Estado pelos prejuízos experimentados pelos administrados decorrentes do exercício da atividade judiciária.

Na esteira deste pensamento, entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

³⁹ ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 775.

A jurisprudência brasileira, como regra, não aceita a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, o que é lamentável porque podem existir erros flagrantes não só em decisões criminais, em relação às quais a Constituição adotou a tese da responsabilidade, como também nas áreas cível e trabalhista. Pode até ocorrer o caso em que o juiz tenha decidido com dolo ou culpa; não haveria como afastar a responsabilidade do Estado. Mas, mesmo em caso de inexistência de culpa ou dolo, poderia incidir essa responsabilidade, se comprovado o erro da decisão.

Registre-se ainda a opinião de José Cretella Júnior, que sintetiza bem os argumentos em defesa da ampla responsabilização do Estado por atos judiciais:

a) a responsabilidade do Estado por atos judiciais é espécie do gênero responsabilidade do Estado por atos decorrentes do serviço público; b) as funções do Estado são funções públicas, exercendo-se pelos três Poderes; c) o magistrado é órgão do Estado; ao agir, não age em seu nome, mas em nome do Estado, do qual é representante; d) o serviço público judiciário pode causar dano às partes que vão a juízo pleitear direitos, propondo ou contestando ações (cível); ou na qualidade de réus (crime); e) o julgamento, quer no crime, quer no cível, pode consubstanciar-se no erro judiciário, motivado pela falibilidade humana na decisão; f) por meio dos institutos rescisório e revisionista é possível atacar-se o erro judiciário, de acordo com as formas e modos que a lei prescrever, mas, se o equívoco já produziu danos, cabe ao Estado o dever de repará-los; g) voluntário ou involuntário, o erro de consequências danosas exige reparação, respondendo o Estado civilmente pelos prejuízos causados; se o erro foi motivado por falta pessoal do órgão judicante, ainda assim o Estado responde, exercendo a seguir o direito de regresso sobre o causador do dano, por dolo ou culpa; h) provado o dano e o nexo causal entre este e o órgão judicante, o Estado responde patrimonialmente pelos prejuízos causados, fundamentando-se a responsabilidade do Poder Público, ora na culpa administrativa, o que envolve também a responsabilidade pessoal do juiz, ora no acidente administrativo, o que exclui o julgador, mas empenha o Estado, por falha técnica do aparelhamento

*judiciário, ora no risco integral, o que empenha também o Estado, de acordo com o princípio solidarista dos ônus e encargos públicos.*⁴⁰

3.3 O ERRO JUDICIÁRIO

Antes de mais nada, importa dizer que os juízes, em razão de sua própria condição humana, são seres falíveis, passíveis de cometer erros, sendo essa possibilidade considerada normal no exercício da atividade jurisdicional. Contudo, isso não pode ser tomado como fundamento para justificar uma irresponsabilidade estatal, porque caso contrário, estariam os jurisdicionados à própria sorte diante de decisões ilegais ou injustas.

A responsabilidade do Estado pelo erro judiciário é expressamente reconhecida na nossa Carta Magna, sendo de tamanha importância ao ponto de ser alçada à categoria de direito fundamental prevista nos termos do art. 5º, LXXV da Constituição Federal: “*O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença*”.

No entanto, ainda que previsto no texto constitucional o dever do Estado de indenizar os prejuízos decorrentes do erro judiciário, não existe precisão quanto ao que deva ser considerado como erro judiciário.

A princípio, podemos considerar o erro judiciário num sentido lato como os erros e equívocos cometidos pelo magistrado. Cavalieri define o erro judiciário como “*o ato jurisdicional equivocado e gravoso a alguém, tanto na órbita penal como civil; ato emanado da atuação do juiz (decisão judicial) no exercício da função jurisdicional*”.⁴¹

Luiz Antonio Soares Hentz aponta a ocorrência do erro judiciário sempre que houver uma *falsa percepção dos fatos ou diante de uma divergência com a realidade*, conforme comentário reproduzido abaixo:

O juiz opera com erro sempre que declara o direito a um caso concreto sob falsa percepção dos fatos, quando a decisão ou

⁴⁰ CRETELLA JÚNIOR, José *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 212-213.

⁴¹ CAVALIEIRI FILHO. *Op. cit.*, p. 260.

*sentença diverge da realidade ou conflita com os pressupostos da justiça, entre os quais se insere o conhecimento concreto dos fatos sobre os quais incidirá a norma jurídica. Assim, as principais causas de erro judiciário são: erro ou a ignorância; o erro judiciário decorrente de culpa; a decisão contrária à prova dos autos; o erro provocado não imputável ao julgador; a errada interpretação da lei; o erro judiciário decorrente da aplicação da lei.*⁴²

Considerando a extrema gravidade do erro na jurisdição penal, foi o primeiro a ser pacificamente compreendido como indenizável pelo Estado, com fundamento no art. 630 do CPP⁴³.

Apesar do art. 5º, LXXV da Constituição não fazer menção expressa, o erro judiciário é comumente associado apenas a esfera criminal, sendo este tradicionalmente associado a uma sentença penal condenatória injusta.

Nessa acepção, entende a maior parte da doutrina que faz-se necessário o reconhecimento do erro da decisão proferida, por meio de uma revisão criminal. A segunda hipótese assemelhada ao erro judiciário, por força do que determina a redação do texto constitucional, é a situação do condenado que permanece preso para além do tempo fixado na sentença. A reparação, nestes casos, deverá ser a mais ampla possível, abrangendo tanto os prejuízos materiais como os danos morais.

Com essa linha de raciocínio, julgado da lavra do Ministro Relator Sepúlveda Pertence, que concluiu pela indenização por dano moral do erro judiciário cometido em decorrência de condenação desconstituída em revisão criminal:

Erro judiciário. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Direito à indenização por danos morais decorrentes de condenação desconstituída em revisão criminal e de prisão preventiva. CF, art. 5º, LXXV. C.Pr.Penal, art. 630. 1. O direito à indenização da vítima de erro judiciário e daquela presa além do tempo devido, previsto no art. 5º, LXXV, da Constituição, já era previsto no art. 630 do C. Pr. Penal,

⁴² HENTZ, Luiz Antonio Soares *apud* STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1030.

⁴³ Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

com a exceção do caso de ação penal privada e só uma hipótese de exoneração, quando para a condenação tivesse contribuído o próprio réu. 2. A regra constitucional não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37, § 6º, da Lei Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos, a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado. 3. O art. 5º, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário *stricto sensu*, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça.⁴⁴

Quanto à extensão dos danos, entende-se que a reparação deve buscar a restauração do *status quo ante*, ou, não sendo possível, a devida reparação pecuniária indenizatória, de maneira que abarque também os prejuízos materiais ocasionados, conforme demonstra o acórdão abaixo:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR ERRO JUDICIÁRIO. PRISÃO ILEGAL POR 9 (NOVE) ANOS DE RECLUSÃO. CONDENAÇÃO DO AUTOR EM LUGAR DE OUTRO. DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE PROVA EFETIVA. IMPROCEDÊNCIA. 1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente. 2. O aprisionamento ilegal do recorrente por 9 (nove) anos já faz prova suficiente do dano material sofrido, uma vez que este ficou impossibilitado de exercer qualquer espécie de trabalho, o que, por consequência lógica, implica redução, ou não crescimento, de seu patrimônio. 3. Assim, não há que se falar em violação do artigo 333, I, do Código de Processo Civil, sendo o dano material presumido. 4. Em casos análogos, que cuidam de indenização material por dano presumido decorrente de responsabilidade civil do Estado, a condenação foi fixada também com base no pagamento de um salário mínimo mensal, como no presente caso. 5. Recurso especial não provido.⁴⁵

No entanto, temos que o erro judiciário não se limita ao âmbito penal, abrangendo também o âmbito cível, uma vez que do erro judiciário civil podem da mesma forma ocorrer danos injustos que devem ser indenizados pelo Estado.

⁴⁴ STF - RE 505393 PE, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 26/06/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe- 04-10-2007.

⁴⁵ STJ - REsp: 1030890 PR 2008/0029017-3, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 14/04/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/04/2011.

O juiz age em nome do Estado, seja no âmbito penal seja no cível, assim o erro na esfera cível também configura-se como mau funcionamento do serviço público judiciário, gerando o dever estatal de indenizar os danos advindos dessa atuação.

Nesse mesmo sentido, o professor A. B. Cotrim Neto ressaltou que o inciso LXXV do art. 5º do diploma de 1988, deve ser aplicado aos mais diversos ramos do direito em que o indivíduo possa sofrer uma condenação, seja no juízo criminal, cível, militar ou eleitoral.⁴⁶

Contudo não é fácil demonstrar a ocorrência do erro judiciário, uma vez que o mero descontentamento com a decisão judicial ou a divergência na interpretação da lei ou da prova não é o bastante para configurá-lo. É preciso para configuração do erro judiciário que a decisão tenha sido efetivamente contrária à lei ou a realidade dos fatos.

⁴⁶ COTRIM NETO, A. B. *apud* CAVALIEIRI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 260.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA

4.1 CONTEXTO DA PRISÃO CAUTELAR NO BRASIL

Não pretendendo estender o assunto para além dos limites do objeto de estudo do presente trabalho, sem embargo, faz-se necessário tecer breves comentários acerca do contexto atual da prisão preventiva e o impacto da lei das cautelares (Lei. nº 12.403/2011) no judiciário brasileiro.

Tendo alcançado o quarto lugar no *ranking* dos 10 países com maior população prisional⁴⁷, torna-se inevitável concisas observações sobre nossa política prisional e nosso sistema de justiça.

Importante observar que grande parte das vagas do sistema estão sendo ocupadas por presos provisórios, o que revela um dos grandes pontos do poder punitivo no Brasil que é justamente o excesso de encarceramento provisório. No estado do Rio de Janeiro, os presos provisórios chegam a 38% ⁴⁸, um número preocupante, já que representa quase metade da população prisional do estado.

No ponto, vale lembrar que a intenção do legislador com a edição da Lei nº 12.403/2011 era a redução do aprisionamento provisório, com a ampliação do espectro de medidas cautelares a serem adotadas. No entanto, conforme estudo realizado pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania no estado do Rio de Janeiro⁴⁹, a praxe judiciária ainda revela uma preferência pela prisionalização, sendo a prisão provisória a medida mais adotada.

O estudo apontou também que em somente 1/3 dos casos a prisão preventiva se justificou, já que nesses casos o desfecho do processo impôs uma condenação em regime fechado aos acusados.

⁴⁷ *Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil*. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário de Execução de Medidas Socioeducativas-DMF, junho-2014. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em 9 de fevereiro de 2015.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro. Avaliação do impacto da Lei 12.403/11*, p. 16. Disponível em <<http://www.ucamcesec.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2014/01/PresosProvLivro.pdf>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

Assim, nos 2/3 restantes, os casos terminaram sem condenação ou com penas distintas da privação de liberdade completa do acusado. Isto é, na maioria dos casos, a privação da liberdade do indivíduo mostrou-se indevida, tendo em vista a inobservância do princípio da homogeneidade que rege a prisão cautelar, que diz não ser cabível prisão provisória quando o acusado muito provavelmente ao final do processo receberá uma pena alternativa à prisão ou uma pena em regime aberto.

Na parte qualitativa da pesquisa, ao analisar ainda a fundamentação de oitocentas decisões acerca da conversão da prisão em flagrante em prisão provisória, verificou-se que frequentemente se utilizava a vaga expressão da “necessidade da garantia da ordem pública”, assim como invocava-se a gravidade abstrata do delito; a falta de documentação comprovadora de residência fixa e trabalho ou existência de antecedentes criminais, para justificar a adoção da medida, contrariando muitas das vezes o princípio da presunção de inocência.

Pode-se perceber então, que na maioria dos casos, a prisão preventiva não se justificou. Ainda que decretada de forma lícita, não foram observados na decretação destas medidas as garantias constitucionais e os princípios norteadores da adoção da prisão cautelar, que deveria reservar a prisão somente aos casos excepcionais.

4.2 PRISÕES CAUTELARES INDEVIDAS

A doutrina mais avançada tem ampliado o conceito de erro judiciário para ver abarcados outros casos de prisões que não somente aquelas provenientes de uma sentença penal condenatória injusta.

Alguns doutrinadores, tais como Luiz Antonio Soares Hentz e Ruy Rosado Aguiar Junior, consideram ser hipóteses de erro judiciário as prisões cautelares decretadas regularmente, mas que se mostram ao final do processo injustas, uma vez que ao cabo advém decreto absolutório, assim também como as prisões cautelares que se mostram ilegítimas.

José de Aguiar Dias, partilhando do entendimento pela possibilidade de indenização da prisão cautelar indevida, lembrou que se existe erro judiciário em razão de uma sentença penal condenatória, da mesma forma, haverá em

consequência de prisão preventiva ou detenção, uma vez que onde existe a mesma razão de ser, deve haver a mesma disposição.⁵⁰

Ao definir a prisão indevida, Rui Stoco afirma que esta não se confunde com a prisão que se mostrou necessária em determinado momento da persecução penal, preceituando assim que a “*prisão indevida é aquela que ocorreu de forma ilegítima e abusiva em desobediência à realidade fática e aos requisitos formais*”, só havendo o dever de indenizar do Estado quando a prisão transmude-se para a ilicitude.⁵¹

Assim, para o doutrinador seriam exemplos de prisão indevida as hipóteses de prisão em decorrência de abuso de poder e de autoridade; a manutenção do indivíduo preso ou detido pela autoridade policial sem motivação; as prisões decorrentes de erro por homonímia; prisões preventivas mal decretadas; assim como as prisões que extrapolem o limite da razoabilidade, abarcando aí o excesso de prazo na prisão preventiva.

Em sentido parecido, um pouco mais abrangente, Luiz Antonio Soares Hentz discorre sobre a prisão indevida:

A prisão indevida praticada pelo Estado se evidencia no cometimento de abuso por órgão ao qual a legislação concede o poder de privação da liberdade[...]. Seria o caso do abuso de poder, sancionado pelo direito administrativo. E também com maior evidência de ilegalidade, o caso de usurpação do poder por órgão que não o detém na hierarquia interna, mediante desvio de finalidade. A ocorrência mais corriqueira de indevida privação de liberdade verificar-se-á na prisão cautelar, em que é imposta – dada sua peculiar natureza – sem o aferimento do seu exato cabimento em vista de ter ou não o indiciado cometido o crime que se lhe imputa. Aliás, a análise das condições do delito e a situação do seu autor serão dilucidadas no processo, sendo a prisão antecipada a garantia do seu desenrolar seguro. Trata-se de cautela preventiva em favor da sociedade, mas constitui fonte fértil de erros e causa

⁵⁰ DIAS, José de Aguiar *apud* STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 8 ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1211.

⁵¹ Idem, *ibidem*, p. 1220.

*frequente de prejuízos aos interesses particulares, que o Direito tolera por decorrer do dever estatal de proteção da sociedade.*⁵²

Para Hentz, é na modalidade de prisão cautelar que mais se encontram exemplos de prisões indevidas, o que faz gerar o dever de reparação do Estado. De acordo com o doutrinador, o legislador constituinte não tinha como propósito ao introduzir no texto constitucional a indenização por prisão indevida, retirar da esfera da reparabilidade a indenização de prisão indevida não proveniente de uma sentença penal condenatória. Ao contrário, não o fez expressamente quanto a prisão cautelar em decorrência do formalismo que se impunha na elaboração de estatuto de tamanha complexidade, o que requeria assertivas sucintas que apontassem de maneira genérica as garantias e direitos fundamentais.⁵³

Desse modo, temos que a intenção do legislador foi no sentido de ver abarcada a privação ilícita da liberdade do indivíduo. No entanto, a norma deve ser entendida na sua mais completa extensão, extrapolando os limites do sentido expresso dado pelo legislador. Isto porque, a nossa Carta Magna tentou elencar os princípios e normas para assegurar os fundamentos do nosso Estado e para fazê-lo não podia esmiuçar casuisticamente cada hipótese, o que a tornaria inflexível e não adaptável a realidade fática de todas as épocas.

Conclui o doutrinador supramencionado, que sob o fundamento da dignidade da pessoa humana, alicerce do nosso Estado Democrático de Direito, o sentido dado ao legislador da indenização da prisão indevida deve ser sistematizado, ainda que não se enquadre expressamente como erro judiciário, deve ser estendido para todas as privações de liberdade individual que não se confirmem com uma condenação definitiva à pena de prisão, não importando a licitude na decretação da medida.⁵⁴

O argumento mais comum sustentado a favor da irresponsabilidade do Estado nas prisões cautelares indevidas é justamente a legitimidade da adoção da medida. Conforme discorre Cavalieri, sendo a medida decretada nos limites estabelecidos pela lei, não existe possibilidade de responsabilizar o poder público,

⁵² HENTZ, Luis Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: Leud, 1996, p. 90-91.

⁵³ Idem, ibidem, p. 125.

⁵⁴ Ibidem, p. 130.

mesmo que a ação seja considerada gravosa ao indivíduo, por conta de não existir nenhuma ilicitude na ação praticada.

Dessa maneira, de acordo com Cavalieri, o Estado não seria responsável pela prisão preventiva regularmente decretada, porque para além dessa modalidade de prisão ser resguardada pela própria Constituição, o princípio que não considera ilícito o ato praticado no exercício regular de um direito e em razão do cumprimento de um dever legal respalda o ato, portanto, somente cabível indenização quanto aos atos dotados de alguma ilicitude ou quando lícitos, a indenização venha expressamente prevista na lei e na Constituição.⁵⁵

Adauto Alonso S. Suannes demonstra com dois exemplos a fragilidade do argumento quanto a licitude do ato. A uma, porque temos alguns exemplos no nosso ordenamento de atos legais que geram indenização, tal como a desapropriação no âmbito cível. A duas, porque diante da hipótese da prisão preventiva de homônimo, temos um ato legal, não decorrente de abuso de autoridade ou mesmo erro judicial proveniente de sentença condenatória como se refere expressamente o inciso LXXV do art. 5º da CRFB, e nem por isso é discutível o direito a reparação neste caso. E conclui:

Ressalte-se que se não exige que o ato seja ilegal, bastando seja ele injusto, que é coisa diversa, pois a prisão de alguém pode ser legal, porém injusta, como, sem a menor dúvida, será aquela de alguém que venha a ser, ao final, absolvido da acusação que motivara tal prisão.⁵⁶

Não há dúvidas que os fundamentos que imputam responsabilização estatal nos casos de prisões cautelares, diferem daqueles que preveem indenização decorrente da prisão por ato ilícito. A prisão cautelar é legítima pois ordenamento jurídico a prevê e regula, tendo como sustentáculo a proteção da coletividade, o que justifica o risco das prisões indevidas.

A decretação da medida ocorre regularmente em decorrência de um ato lícito, fruto do exercício do poder estatal, não obstante, o risco imanente de uma

⁵⁵ CAVALIEIRI FILHO. Op. cit., p. 262.

⁵⁶ SUANNES, Adauto Alonso Silvinho. *Indenização por prisão indevida*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.6, nº 21, p. 237-250, 1998, p. 247.

privação da liberdade põe o Estado, e portanto a coletividade, em posição de responder pelos atos que feriram o direito de liberdade alheio. Em razão do princípio da igualdade de todos perante a lei e da repartição dos encargos, mostra-se censurável não reparar aquele que teve seu direito violado pelo comportamento estatal exercido em benefício da coletividade.

No entender daqueles que veem a prisão cautelar indevida decorrente da posterior absolvição do acusado e enquadram-na como hipótese de erro judiciário, o que para Hentz se enquadra como uma categoria autônoma de possibilidade de indenização, o erro judiciário não está adstrito a uma sentença, podendo se caracterizar em outras manifestações judiciais no processo.

Nas palavras de Nestor Eduardo Araruna Santiago “ *o erro judiciário é a realização ou não realização de ato judicial, lícito, ou ilícito, que cause dano ao jurisdicionado ou a terceiro*”. E vai além, defendendo não somente que a prisão preventiva pode ser indenizada quando haja absolvição ao final, mas também que no caso da configuração do excesso de prazo da prisão preventiva, deve haver reparação por danos morais, pouco importando o resultado ulterior do processo.⁵⁷

4.2.1 Prisão Provisória e Indenização do Inocente

Apesar da diferença entre a prisão-pena e a prisão processual, o dano moral e psíquico que passa o indivíduo submetido a uma prisão cautelar é evidente e tão severo quanto o sofrimento que é imposto por uma prisão-pena. Mais ainda, se formos pensar nas péssimas condições do nosso sistema carcerário, que não oferece condições dignas a nenhum dos prisioneiros, sejam provisórios ou condenados.

A custódia cautelar quando não se confirma por uma sentença condenatória representa uma antecipação da pena, em que pese não ter natureza de sanção jurídica e ser o exercício regular de um poder do estado, coloca o indivíduo em situação mais grave, sob qualquer análise que se faça, do que o condenado.

⁵⁷ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. *Prisão preventiva, duração razoável do processo e reparação por danos morais e materiais*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 8, nº31, p. 179-192, 2008.

O Estado na defesa dos interesses da coletividade assume riscos, tal como quando possibilita a aplicação de prisão cautelar. Na hipótese de não se verificar posterior condenação, demonstra-se que não houve causa justa para a segregação da liberdade pessoal do indivíduo. Portanto, mostra-se que a prisão cautelar restou indevida, impondo o dever de ressarcir ao Estado, distribuindo-se assim, os encargos sofridos pelo indivíduo que se viu privado de liberdade, entre toda a coletividade que foi beneficiada pela atividade estatal.

Yussef Said Cahali entendendo a prisão preventiva como injusta quando ao final da ação penal é julgada improcedente, discorre:

Impondo ao Estado a obrigação de indenizar àquele que “ficar preso além do tempo fixado na sentença”, estará implicitamente também assegurado ao sentenciado o direito de ser indenizado em virtude de prisão “sem sentença condenatória”. Com efeito, não se compreende que, sendo injusta a prisão no que exceder o prazo fixado na sentença condenatória, seja menos injusta a prisão do réu que nela é mantido se ao final vem a ser julgada improcedente a denúncia pela sentença absolutória.⁵⁸

Sem embargo, há doutrinadores que entendendo pela possibilidade de responsabilização objetiva do Estado com base no art. 37, §6º em associação com o art. 5º, inciso LXXV ambos da CRFB, quando ocorra uma prisão cautelar legal mas que ao final o indivíduo venha a ser absolvido, ressalvam que para tanto, a absolvição deve fundamentar-se em negativa de autoria ou materialidade do crime, conforme acentua Ruy Rosado do Aguiar Júnior:

Além do erro judiciário, reparável após o desfazimento da sentença, devemos incluir no âmbito da reparação civil a prisão preventiva, quando ilegal e a legal de quem veio a ser finalmente absolvido com fundamento na categórica negativa da existência do fato ou da autoria, ou pelo reconhecimento da licitude do comportamento.⁵⁹

⁵⁸ CAHALI. Op. cit., p. 603.

⁵⁹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil*. Revista AJURIS, Porto Alegre, v. 20, n. 59, p. 5-48, 1993, p. 39-40.

Na visão do autor, impossível a reparação nos casos de absolvição por falta de provas, uma vez que a indenização seria fundada em direito do qual se tem dúvida, já que não ficou demonstrada a certeza da inocência do réu.

Em sentido contrário, comentando a decisão proferida na AC 5438/96-RJ⁶⁰, Suannes, aponta que não importa se o réu foi absolvido por falta de provas ou pela ausência de autoria ou materialidade do crime, visto que não se vislumbra diante dos preceitos constitucionais que haja distinção entre o réu totalmente inocente ou restritivamente inocente, pois os dois gozam do mesmo *status* de inocência dado pela Constituição, só cessando no dia do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Em suma, a indenização pela prisão cautelar que mostra-se indevida pela absolvição ao final do processo, torna-se inegável pelo reconhecido dano moral experimentado pelo acusado. Ficar durante dias ou meses, extraído do convívio familiar e da sociedade, em precárias condições carcerárias, submetido a intenso sofrimento psíquico e moral, exposto a humilhações e doenças decorrentes do encarceramento, perder o emprego e sofrer estigmatização da comunidade são consequências nefastas que não se pode propor que se mande proceder à reparação natural.

A corroborar com o argumento defendido, importante trazer o comentário de Suannes:

a lei autoriza a prisão de uma pessoa que o Estado vem a afirmar posteriormente ser inocente; sua prisão era necessária para preservar a ordem, pouco importando se se travava de algum desocupado, de um pai de família ou de alguém que veio a perder o emprego em razão da prisão indevida. O que se verifica é que, em nome da lei e da ordem, um homem presumido inocente pela Constituição e por tratado internacional subscrito pelo Brasil, que tem o direito de ver respeitada sua dignidade, teve seu direito de ir e vir violado pelo Estado, o que seguramente lhe causou transtornos irreparáveis. Em nome de se tratar de decisão lastreada em preceito constitucional, lhe foi denegado o mínimo que faria jus em uma

⁶⁰ TJRJ- Apelação Cível nº 5428/96, 9ª Câmara Cível, Des. Rel. Luiz Carlos Motta, Data de Julgamento: 27/11/1996.

*sociedade democrática: ser indenizado pelo evidente dano moral (se não provado dano material) que isso lhe causou.*⁶¹

Como se vê, diversos são os entendimentos adotados quanto a possibilidade de indenização dos danos provenientes da privação da liberdade cautelar. Temos aqueles que defendem a irresponsabilidade, só existindo obrigação de reparação quando a prisão seja ilegítima. Para outros a pretensão indenizatória surge a partir do decreto absolutório que reconheça a inocência quanto a autoria de materialidade do delito, não levando ao dever de reparar do Estado a mera absolvição por falta de provas. Outros são ainda aqueles que apontam no sentido de que a prisão cautelar sem sentença condenatória caracteriza por si só, a injusta privação de liberdade e a possibilidade de indenização do Estado.

Passamos então a análise jurisprudencial do tema, que num primeiro momento é firme em afirmar a responsabilidade do Estado somente nos casos de erro judicial, abuso de autoridade e ilegalidade do ato de prisão.

4.3 TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DO TEMA

No que tange a responsabilidade do Estado decorrente dos danos provenientes de prisões cautelares, assim como na doutrina, diverge também a jurisprudência sendo diversos os entendimentos sobre o assunto, no entanto, apontando majoritariamente para a impossibilidade de responsabilização do Estado.

Ao apreciarem a possibilidade de indenização pela prisão cautelar analisam as circunstâncias em que se deu a decretação da medida e os fundamentos utilizados na sentença do processo que julgou pela absolvição do acusado. Sendo assim, verificada a legalidade da medida ainda que tenha havido posterior absolvição, isso não gera o dever de indenizar do Estado.

A jurisprudência do STF, em sua maioria, é firme em afirmar pela impossibilidade de indenização por erro judiciário decorrente de prisão preventiva, quando esta fosse devidamente fundamentada e obedecesse os pressupostos legais. Nesse sentido o RE 429.518/SC, de Relatoria do Ministro Carlos Velloso, assim ementado:

⁶¹ SUANNES. Op. cit., p. 249.

CONSTITUCIONAL.ADMINISTRATIVO.CIVIL.RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS ATOS DOS JUÍZES. C.F., art. 37, § 6º.

I. - A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do S.T.F.

II. - Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário - C.F., art. 5º, LXXV - mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido.

III. - Negativa de trânsito ao RE.

DECISÃO: - Vistos. O acórdão recorrido, proferido pela Segunda Câmara de Direito Público do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, está assim ementado:

"CIVIL - REPARAÇÃO DE DANOS - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ESTADO - PRISÃO PREVENTIVA - POSTERIOR DECISÃO ABSOLUTÓRIA - PRISÃO EFETUADA DENTRO DOS LIMITES LEGAIS - ERRO JUDICIÁRIO NÃO CARACTERIZADO.

O decreto judicial de prisão preventiva, quando suficientemente fundamentado e obediente aos pressupostos que o autorizam, não se confunde com o erro judiciário a que alude o inc. LXXV do art. 5º da Constituição da República, mesmo que o réu ao final do processo venha a ser absolvido ou tenha sua sentença condenatória reformada na instância superior.

Interpretação diferente implicaria a total quebra do princípio do livre convencimento do juiz e afetaria irremediavelmente sua segurança para avaliar e valorar as provas, bem assim para adotar a interpretação da lei que entendesse mais adequada ao caso concreto."⁶²

O entendimento consubstanciado na decisão se dá pelo fato de ser pacífico na jurisprudência do STF que a responsabilidade objetiva do Estado não é aplicável aos atos judiciais, a não ser nos casos expressamente declarados em lei, isto porque, entendimento contrário afetaria a "soberania" da atividade jurisdicional do magistrado, e o livre convencimento motivado do juiz, o que geraria insegurança ao magistrado na hora de apreciar as provas e de adotar a interpretação da lei que entenda mais adequada.

Igualmente, os tribunais dos estados têm decidido com amparo nos precedentes aplicáveis ao caso firmados pelo STF, como se vê do aresto do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

AÇÃO INDENIZATÓRIA. ALEGAÇÃO DE PRISÃO ILEGAL. ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI POR NEGATIVA DE

⁶² STF - RE: 429518 SC, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 17/08/2004, Data de Publicação: 14/09/2004.

AUTORIA. PRISÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE CULPA ANÔNIMA. A prisão legal não dá ensejo a indenização por danos morais e materiais, por se tratar de ato de persecução criminal que repousa em juízo provisório. Fortes indícios, à época, de que o autor tivesse participado do crime que lhe foi imputado, tendo o ministério público oferecido denúncia. A responsabilidade do estado somente se caracteriza se provado o erro judicial, o abuso de autoridade ou a ilegalidade do ato, não bastando a mera absolvição pelo tribunal do júri. A ação policial, a persecução criminal e a prisão cautelar, desde que observadas as garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, não ensejam a reparação moral. Não demonstrada a responsabilidade do estado pelo alegado excesso no ato de prisão. Negado seguimento ao recurso.⁶³

Eventualmente, algumas decisões admitem a possibilidade de indenização pela prisão preventiva decretada regularmente quando o fundamento da absolvição reside na negativa de autoria ou materialidade do delito, no entanto, afastam a possibilidade de configuração do erro judiciário quando ocorrida posterior absolvição por falta de provas, já que esta não teria o condão de tornar ilegal a prisão decretada, pois não seria demonstrativa de certeza quanto à inocência do réu:

Responsabilidade civil. Erro judiciário penal. Absolvição por falta de provas suficientes. A configuração de erro judiciário, para efeito de indenização, não se compatibiliza com a absolvição pela inexistência de prova suficiente para condenação. Decisão com o suporte processual do artigo 386, VI, do CPP, não é demonstrativa da certeza da inocência do réu. E técnica processual que se apoia na dúvida, em que prefere o erro judiciário que desfavorece a sociedade ao erro judiciário que ofenda o denunciado. Embargos acolhidos.⁶⁴

Da mesma forma, encontramos precedentes na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como o exemplo do REsp 911641/MS, de Relatoria da Ministra Eliana Calmon:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - PRISÃO PREVENTIVA E POSTERIOR ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - NECESSIDADE DE CONSTATAÇÃO DA ILEGALIDADE DO DECRETO PRISIONAL - REEXAME DE PROVAS - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO - INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL.

1. Esta Corte tem firmado o entendimento de que a prisão preventiva, devidamente fundamentada e nos limites legais, inclusive temporal,

⁶³ TJRJ- Apelação Cível nº. 0367885.38.2009.8.19.0001-5ª C.Cível- Des. Antonio Saldanha Palheiro. Data de Julgamento: 05/02/2015.

⁶⁴ Embargos Infringentes Nº 597222652, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, Data de Julgamento em 05/03/1999.

não gera o direito à indenização em face da posterior absolvição por ausência de provas. Precedentes.

2. Na mesma linha, tem decidido que avaliar se a prisão preventiva caracterizou erro judiciário enseja reexame de provas, sendo inviável em recurso especial (Súmula 7/STJ). Precedentes.

3. Ausente o cotejo analítico e não demonstrada similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigma, não se conhece do recurso especial pela alínea "c".

4. Recurso especial não conhecido.⁶⁵

No entanto, a jurisprudência dos nossos tribunais superiores tem evoluído revelando uma nova tendência para estender a possibilidade de indenização fundada em erro judiciário à prisão preventiva quando o indivíduo venha a ser posteriormente absolvido, conforme entendimento adotado pelo STJ no julgamento do REsp 427560/TO:

PROCESSO CIVIL – ERRO JUDICIÁRIO – ART. 5º, LXXV, DA CF – PRISÃO PROCESSUAL – POSTERIOR ABSOLVIÇÃO – INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – 1. A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5º, LXXV, da CF, garante o cidadão o direito à indenização. 2. **Assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido.** A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar o mais comezinho direito fundamental à vida livre e digna. **A absolvição futura revela da ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos (notoria non egent probationem).** 3. O pedido de indenização por danos decorrentes de restrição ilegal à liberdade, inclui o "dano moral", que in casu, dispensa prova de sua existência pela inequivocidade da ilegalidade da prisão, duradoura por nove meses. Pedido implícito, encartado na pretensão às "perdas e danos". Inexistência de afronta ao dogma da congruência (arts. 2º, 128 e 460, do CPC). 4. A norma jurídica inviolável no pedido não integra a causa petendi. "O constituinte de 1988, dando especial relevo e magnitude ao status lebertatis, inscreveu no rol das chamadas franquias democráticas uma regra expressa que obriga o Estado a indenizar a condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado pela sentença (CF, art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes a de quem submetido à prisão processual e posteriormente absolvido." 5. A fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica na valoração da proporcionalidade do

⁶⁵ STJ- Resp 911641/MS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, Data de Julgamento: 07/05/2009, DJ 25/05/2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=absolvi%E7%E3o+por+falta+de+provas+indena%E7%E3o+&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=9>. Acesso em 23 de maio de 2015.

quantum e na capacidade econômica do sucumbente. 6. Recurso Especial desprovido. (grifo nosso)⁶⁶

Na hipótese dos autos ficou demonstrado ao final do processo que o verdadeiro autor do delito era outra pessoa que já se encontrava presa, apesar do acórdão não fazer diferenciação entre a absolvição por falta de provas ou fundada na comprovada inocência do acusado.

Em ocasião parecida, o Ministro Celso de Mello negou provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Estado de São Paulo contra acórdão que reconheceu a responsabilidade objetiva do Estado pela decretação de prisão cautelar indevida:

Responsabilidade civil objetiva do Estado (CF, ART. 37, § 6º). Configuração. “Bar Bodega”. **Decretação de prisão cautelar, que se reconheceu indevida, contra pessoa que foi submetida a investigação penal pelo poder público. Adoção dessa medida de privação da liberdade contra quem não teve qualquer participação ou envolvimento com o fato criminoso.** Inadmissibilidade desse comportamento imputável ao aparelho de estado. Perda do emprego como direta consequência da indevida prisão preventiva. Reconhecimento, pelo tribunal de justiça local, de que se acham presentes todos os elementos identificadores do dever estatal de reparar o dano. Não-comprovação, pelo estado de São Paulo, da alegada inexistência do nexa causal. Caráter soberano da decisão local, que, proferida em sede recursal ordinária, reconheceu, com apoio no exame dos fatos e provas, a inexistência de causa excludente da responsabilidade civil do poder público. Inadmissibilidade de reexame de provas e fatos em sede recursal extraordinária (súmula 279/stf). Doutrina e precedentes em tema de responsabilidade civil objetiva do estado. Acórdão recorrido que se ajusta à jurisprudência do supremo tribunal federal. RE conhecido e improvido. (grifo nosso)⁶⁷

O acórdão recorrido embora tenha decidido pela indenização, entendeu não se configurar no caso o erro judiciário tal como previsto no art. 5º, LXXV da Constituição, mas reconheceu que o Estado no desempenho das suas funções deve agir com margem de segurança, sem a qual resta a responsabilização objetiva do Estado pela ofensa aos direitos subjetivos do cidadão.

⁶⁶ STJ – RESP 427560 – TO – Primeira Turma. – Rel. Min. Luiz Fux – Data de Julgamento: 30/09/2002. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+427560+&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4> >. Acesso em 24 de maio de 2015.

⁶⁷ STF - RE: 385943 SP, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 15/12/2009, Data de Publicação: DJ 19/02/2010.

No mais, é incontroverso na jurisprudência dos tribunais o direito à indenização por prisão cautelar que se mostrou indevida por não atender os pressupostos legais, conforme demonstra a decisão monocrática negando seguimento ao recurso extraordinário interposto pelo Estado de Rondônia contra acórdão que entendeu pela indenização por danos morais resultante de decreto de prisão preventiva que se mostrou desprovido de motivação consistente, cujo trecho é reproduzido abaixo:

[...] Tenho que a insurgência não merece acolhida. No caso, observo que foi à luz do conjunto fático-probatório dos autos que a instância julgante de origem deu pela procedência do pedido de indenização por danos morais e materiais, reconheceu a presença dos elementos configuradores da responsabilidade objetiva, quais sejam, dano, ação ou omissão do agente e o nexo de causalidade entre esses, bem como fixou o montante indenizatório. Reproduzo, por esclarecedores, os seguintes trechos do acórdão recorrido (fls. 429-431): “No presente caso, verifica-se que formalmente a prisão preventiva estava revestida de legalidade. No entanto, as razões fáticas da decisão não eram consistentes o suficiente, não demonstrando ser a medida adequada e necessária. Ou seja, uma prisão preventiva mal decretada, que caracteriza abuso de direito, ofensa à esfera de garantia dos direitos individuais do cidadão. Observa-se que, em relação à autoria, a decisão foi fundamentada nestes termos: ‘também há indícios de que os representados concorreram para a prática do crime. Nesse sentido os diversos depoimentos até agora colhidos pela autoridade policial que preside o inquérito’ (fl. 23). Esses depoimentos a que a decisão se refere são de conteúdo por demais frágeis. [...] A prisão cautelar precisa de indícios sérios, confiáveis. Não pode ser decretada por meras suposições. Para a decretação de uma prisão cautelar é preciso a verossimilhança das alegações, o que não ocorreu neste caso, pois a liberdade de ir e vir é uma garantia constitucional foi cerceada. Qualquer decisão judicial precisa efetivamente satisfazer os direitos fundamentais garantidos na Constituição. Em razão disso, exige-se que as decisões judiciais sejam fundamentadas sobre bases racionais, demonstrando objetivamente o raciocínio jurídico com a realidade dos fatos. Assim, é inadmissível uma decisão judicial que decreta a prisão preventiva calcada em suposições ou depoimentos duvidosos. No caso, a prisão preventiva com duração de 4 (quatro) meses causou ao apelante sério constrangimento, abalando a sua psique e honra. O apelante perdeu o emprego em que trabalhava há 11 (onze) anos, foi obrigado a mudar de cidade, porque, mesmo tendo sido absolvido, continuou sendo apontado pelas pessoas como o autor de crimes graves que abalaram a população daquele local. As notícias divulgadas na imprensa, relatando as palavras do delegado que presidiu o inquérito, este se manifestando como autoridade pública, consistiram em uma condenação antecipada. A Constituição Federal garante a presunção de inocência e a proteção da dignidade da pessoa humana. Assim, a declaração do delegado divulgada na imprensa no sentido de não ter dúvidas de que os

acusados eram realmente os autores dos crimes do ácido, sem provas manifestas, caracteriza ofensa à garantia da presunção de inocência e dignidade da pessoa humana. Portanto, no caso, há o dever de indenizar.”⁵. Nessa contextura, entendo que, para se chegar a conclusão diversa da adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, se faz indispensável o reexame dos fatos e provas constantes dos autos. Providência que não tem lugar neste momento processual, conforme a Súmula 279/STF. Isso posto, e frente ao caput do art. 557 do CPC, e ao § 1º do art. 21 do RI/STF, nego seguimento ao recurso. ⁶⁸

⁶⁸ STF - RE: 603395 RO, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 14/12/2011, Data de Publicação: DJe-025 DIVULG 03/02/2012.

5 CONCLUSÃO

Em busca de responder as indagações feitas inicialmente no presente trabalho, restou demonstrado que a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional ainda encontra resistência na doutrina e jurisprudência tradicionais. Apesar disso, o entendimento dominante reconhece o dever de reparar do Estado pelo ato jurisdicional apenas nas situações previstas expressamente na lei, nos casos de erro judiciário, assim entendido como o erro proveniente de uma sentença condenatória injusta.

Quanto às prisões cautelares indevidas, o tema se mostra ainda controverso, sendo diversos os fundamentos para justificar a impossibilidade de responsabilização do Estado.

A doutrina e jurisprudência majoritárias apontam no sentido do dever de indenizar pelos danos provenientes da prisão cautelar somente quando estas foram decorrentes de abuso de autoridade ou excesso de poder, da ilegalidade do ato de prisão, ou ainda quando essa exceda o prazo razoável de duração.

No entanto, entendem pela impossibilidade de responsabilizar o Estado pelos danos materiais e morais sofridos pelo acusado que teve tolhida a liberdade até o julgamento e posteriormente veio a ser absolvido. Isto porque, dentro dessa lógica, quando decretada à prisão cautelar dentro dos parâmetros legais, essa não enseja a responsabilização estatal, vez que o Estado está no exercício regular do seu direito, não sendo a hipótese assemelhável ao erro judiciário previsto no artigo 5º, inciso LXXV, da CRFB. Desse modo, o indivíduo deve suportar sozinho os danos produzidos pela prisão cautelar na sua vida pessoal e profissional.

Não parece razoável concordar com o entendimento majoritário que aponta no sentido da irresponsabilidade estatal nesses casos. Aquele que for vítima de outras espécies de prisões injustas, principalmente nas prisões cautelares, não pode ficar desamparado. Para tanto, o Estado pode vir a ser responsabilizado com base na responsabilidade objetiva prevista no art. 37, §6º da CRFB, visto que pela análise do nosso sistema constitucional, a própria Constituição reconhece no art. 5º, §2º que “*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros*

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”.

Se o Estado reconhece a indenização por erro judiciário ou para aquele que ficar preso, em decorrência de uma decisão legal, por tempo superior ao determinado na sentença, não poderia ser diferente o entendimento quanto as outras modalidades de prisões injustas. A interpretação sistemática dessas normas, para longe de inviabilizar a justiça, pelo contrário, auxilia para que a justiça seja concretizada, pois em consonância com os princípios da Constituição, serve como importante instrumento na garantia dos direitos fundamentais do lesado, que não pode suportar sozinho os ônus decorrentes de sua injusta privação da liberdade.

A privação da liberdade do indivíduo é um poder do Estado exercido em prol da coletividade, que deve ocorrer dentro dos limites da lei, em obediência aos princípios constitucionais e aos pressupostos legais. Assim, a possibilidade de responsabilização do Estado em decorrência de prisão cautelar indevida está fundada no risco assumido pelo Estado, atuando na defesa do interesse público, ao possibilitar através de sua legislação a privação da liberdade do indivíduo antes de uma sentença penal condenatória.

Convém ressaltar, contudo, que não se busca defender a eliminação dessa modalidade de prisão do nosso ordenamento pelos altos prejuízos causados, já que isto levaria a um engessamento das atividades de persecução penal. Mas o reconhecimento do dever de indenizar do Estado serviria para desestimular a banalização da decretação dessas medidas, tendência que os números alarmantes de prisões preventivas nos apontam, a partir daí então seriam essas medidas apenas utilizadas verdadeiramente em caráter excepcional como a Constituição e a lei preceituam.

O dever de indenizar do Estado nessas hipóteses, portanto, deve ser analisado caso a caso, de acordo com as circunstâncias da prisão e dos fundamentos da decisão que a decretou, e não adotada uma fórmula única, comum a todos os casos. Essa tem sido inclusive a nova tendência dos nossos tribunais superiores, ao acatar a possibilidade de indenização pelos danos sofridos pelo indivíduo decorrente da privação cautelar indevida.

Diante disso, apoiada em parte, ainda discreta, da jurisprudência e doutrina pátria, entende-se ser cabível indenização por prisão cautelar indevida, quando ocorra posterior absolvição do acusado ao final do processo, por ser medida de máxima justiça, pois não poderia o indivíduo suportar sozinho o ônus de uma atividade estatal exercida em prol de toda a coletividade.

Referências Bibliográficas

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 1764. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf>. Acesso em 19 de fevereiro de 2015.

Biblioteca Virtual de Direitos Humanos- USP - *Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789*. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em 07 abril. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 07 abril. 2015.

BRASIL. Decreto nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 03 de dezembro de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 911641/MS. Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 07.05.2009, DJ 25/05/2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=absolvi%E7%E3o+por+falta+de+provas+indeniza%E7%E3o+&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=9>>. Acesso em 23 de maio de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 427560/ TO. Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJU 30.09.2002. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+427560+&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>> . Acesso em 24 de maio de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1030890/ PR. Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, Data de Julgamento: 14/04/2011, Data de Publicação: DJe 27/04/2011. Disponível em <

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1030890&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2> > . Acesso em 27 de maio de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 429518/SC. Segunda Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 05/10/2004, DJ 28/10/2004.

Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28429518%2E%2E+OU+429518%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://ti.nyurl.com/lpbk5m2>>. Acesso em 23 de maio de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 385943/SP. Segunda Turma, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 15/12/2009, DJ 19/02/2010.

Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=385943&classe=RE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>.

Acesso em 23 de maio de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603395/RO. Relator Ministro Ayres Britto, julgado em 14/12/2011, DJe-025 DIVULG 03/02/2012 PUBLIC 06/02/2012. Disponível em <

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=603395&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> .

Acesso em 24 de maio de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 505393/ PE , Relator: Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 26/06/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe- 04-10-2007. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=505393&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> .

Acesso em 27 de maio de 2015.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2.ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.

COMPARATO, Fábio konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. Estud. av., São Paulo, v. 18, n. 51, p. 151-159, Aug. 2004. Disponível em

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200008&lng=en&nrm=iso)

40142004000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 23 de abril de 2015.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso 25 em fevereiro de 2015.

DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

Dez anos da política nacional de penas e medidas alternativas (Redação: Fabiana Costa Oliveira Barreto), Ministério da Justiça, Brasília, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRARI, Paola Nery. *A responsabilidade do Estado decorrente de atos jurisdicionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HENTZ, Luis Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: Leud, 1996.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2 edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário de Execução de Medidas Socioeducativas-DMF, junho-2014. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em 9 de fevereiro de 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis n.º 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Luiz Felipe Bueno. *Prisões cautelares: aspectos históricos e gerais*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 108, jan 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12659&revista_caderno=22>. Acesso em 3 de março de 2015.

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

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. *Prisão preventiva, duração razoável do processo e reparação por danos morais e materiais*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 8, nº31, p. 179-192, 2008.

SERRANO JUNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá Editora, 1996.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 8 ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SUANNES, Adauto Alonso Silvinho. *Indenização por prisão indevida*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.6, nº 21, p. 237-250, 1998.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos infringentes nº 597222652. Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Relator Des. Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, julgado em 05/03/1999. Disponível em <
http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=embargos+597222652&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=597.222.652&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em 23 de maio de 2015.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0367885-38.2009.8.19.0001. 5º Câmara Cível, Relator Des. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 05/02/2015, DJ 09/02/2015. Disponível em <
<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201500100677>>. Acesso em 23 de maio de 2015.

Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro. Avaliação do impacto da Lei 12.403/11. Disponível em < <http://www.ucamcesec.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2014/01/PresosProvLivro.pdf>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.