

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
BACHARELADO EM DIREITO**

SHIRLEY SANTOS BISPO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS CAUSADOS AOS
JURISDICIONADOS: UMA ANÁLISE DA PRISÃO POR ERRO JUDICIÁRIO**

ARACAJU

2016

SHIRLEY SANTOS BISPO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS CAUSADOS AOS
JURISDICIONADOS: UMA ANÁLISE DA PRISÃO POR ERRO JUDICIÁRIO**

Monografia apresentada a Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe – FANESE um
dos pré-requisitos para a obtenção do grau de
bacharel em Direito

Orientador: Prof. Me. Kleidson Nascimento dos
Santos.

ARACAJU

2016

SHIRLEY SANTOS BISPO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS CAUSADOS AOS
JURISDICIONADOS: UMA ANÁLISE DA PRISÃO POR ERRO JUDICIÁRIO**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, à Comissão Julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^o. Me. Kleidson Nascimento dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof^a. Esp. Gilda Diniz dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof^a. Me. Patrícia Andrea Cáceres da Silva
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

A minha amada mãe, pelo carinho, atenção e cuidado de sempre. Razão da minha fé e perseverança. Ao meu pai, irmãs e sobrinhos. Ao meu querido irmão (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

A Deus pela força e coragem para enfrentar os obstáculos porque passei e pela capacidade de discernimento. Toda honra e toda glória alcançada em minha vida, agradeço a TI SENHOR.

A minha querida mãe, por toda paciência, dedicação, ajuda espiritual e por sempre ter acreditado em mim, MUITO OBRIGADA por estar nessa luta ao meu lado.

Ao meu pai e irmãs por toda a paciência, principalmente nos dias de stress.

Ao meu sobrinho, por toda ajuda nos momentos de sobrecarga e correria.

Ao meu querido irmão (*in memorian*), que de lá do céu torce e intercede por mim.

Aos meus amigos e colegas de trabalho que torceram e me incentivaram.

Ao meu orientador e professores, que com o conhecimento transmitido a mim, contribuíram por mais esta etapa de minha vida.

A todos que de alguma forma contribuíram direta e indiretamente por mais esta conquista, MUITO OBRIGADA A TODOS.

Cometer injustiça é pior do que sofrê-la.
(Platão)

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar a questão do erro judiciário que provoca a prisão indevida seja ela definitiva ou provisória. Fazendo uma abordagem com fundamento na responsabilidade objetiva do Estado, estabelecida pela teoria do risco administrativo, com o conseqüente dever de indenizar. Buscando trazer, desta feita, como vem sendo aplicada essa responsabilidade na atual conjuntura do ordenamento jurídico, já que a ninguém é dado o direito de lesionar seu próximo. Com isso, a ênfase será na aplicação dessa responsabilidade quando da ocorrência de erro judicial, uma vez que retira o direito a liberdade de uma pessoa inocente. Trazendo desse modo, os aspectos gerais da responsabilidade civil, suas teorias, assim como, aborda-se a prisão, sua função primordial e suas espécies, ou seja, faz-se uma abordagem geral para chegar no objetivo principal a ser mencionado. Destaca-se o dever de indenizar do Estado frente a esses erros já que a prisão indevida traz graves conseqüências para o indivíduo, atingindo sua integridade física, psíquica e moral. Para isso, foi utilizado o método qualitativo, assim como o método dedutivo com a finalidade de, a partir de conceitos mais amplos chegar a conclusão do tema em questão. Destacando-se as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, principalmente acerca de qual tipo de prisão indevida recai para o Estado o dever de indenizar. Uma vez que, parte da doutrina e jurisprudência não considera um erro a prisão cautelar indevida, mais especificamente a prisão preventiva, mesmo que de um inocente. Também aborda-se as principais controvérsias em torno do princípio da presunção de inocência e a supressão da liberdade, mesmo que de forma provisória, sempre salientando os posicionamentos divergentes entre a doutrina e jurisprudência.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Estado. Erro judiciário. Prisão ilegal. Indenização

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the question of the judicial error that causes the undue arrest to be definitive or provisional. Taking an approach based on the objective responsibility of the State, established by the theory of administrative risk, with the consequent duty to indemnify. Seeking to bring, this time, how this responsibility has been applied in the current legal environment, since no one is given the right to injure his neighbor. With this, the emphasis will be on the application of this responsibility when a judicial error occurs, since it removes the right to freedom of an innocent person. Bringing in this way, the general aspects of civil liability, its theories, as well as, it is approached the prison, its primordial function and its species, that is, a general approach is made to arrive at the main objective to be mentioned. Emphasis is placed on the duty to indemnify the State against such errors since undue arrest brings serious consequences for the individual, affecting his physical, mental and moral integrity. For that, the qualitative method was used, as well as the deductive method with the purpose of, from broader concepts to reach the conclusion of the subject in question. We highlight the doctrinal and jurisprudential divergences, mainly about which type of undue imprisonment rests with the State the duty to indemnify. Since, part of the doctrine and jurisprudence does not consider an error the improper arrest, more specifically the preventive custody, even of an innocent. It also addresses the main controversies surrounding the principle of presumption of innocence and the suppression of liberty, even on a provisional basis, always highlighting the divergent views of doctrine and jurisprudence.

Keywords: Civil liability. State. mistrial. unlawful imprisonment. Indemnity

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	16
2.1 Teoria da Irresponsabilidade Civil do Estado.....	16
2.2 Teoria da Responsabilidade Subjetiva do Estado.....	17
2.3 Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado.....	18
2.4 Teoria adotada no Brasil.....	19
2.5 Responsabilidade Civil do Estado por Danos Decorrentes de Atos do Poder Judiciário.....	20
2.6 Responsabilidade Pessoal do juiz.....	23
3. PRISÃO.....	24
3.1 Espécies de Prisão.....	24
3.1.1 Prisão Pena.....	24
3.1.2 Prisão Processual.....	25
3.2 Relaxamento de Prisão Ilegal.....	32
3.3 Princípio da Inocência e Prisão Cautelar.....	33
4. PRISÃO INDEVIDA E INDENIZAÇÃO.....	36
4.1 Indenização.....	36
4.1.1 Indenização por danos materiais.....	36
4.1.2 Indenização por danos morais.....	36
4.2 Indenização de Danos Morais como Função Punitiva.....	37
4.3 Prisão Indevida por erro Judiciário.....	38
4.3.1 Indenização às Vítimas da Prisão por erro Judiciário.....	38
4.4 Prisão Cautelar e o Direito a Indenização.....	40
4.5 Julgamento em Segunda Instância e o Atual Posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF).....	43
4.6 Consequências Psicológicas causadas pela Prisão.....	46
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48

6. REFERÊNCIAS.....50

**ANEXO A – EMENTAS DE JULGAMENTOS DE PRISÃO POR ERRO
JUDICIÁRIO.....53**

**ANEXO B – EMENTAS DE JULGAMENTOS DE PRISÃO CAUTELAR
INDEVIDA.....55**

1 INTRODUÇÃO

A vida em sociedade nos gera direitos e obrigações, portanto, normas devem ser estabelecidas para que todos possam respeitar e conviver em equilíbrio, de forma pacífica uns com os outros. Toda vez que esse equilíbrio é quebrado pode gerar conflitos na vida social capaz de desestabilizar a estrutura antes planejada.

Sendo assim, todo acontecimento na vida social que provoca prejuízo a outrem, quebrando esse equilíbrio em sociedade, traz consigo a ideia de responsabilidade do autor em reparar o dano causado. Essa reparação é uma maneira de restabelecer o *status quo ante*, através de uma contraprestação. Nesse sentido a responsabilidade civil para reparar um dano, pode decorrer desde uma violação a um indivíduo, a normas morais ou mesmo a infração as normas jurídicas estabelecidas, causando danos a outro indivíduo ou a coletividade.

Toda violação de normas tem consequências perante a sociedade, e aquele que causou tem por obrigação de reparar, seja através do patrimônio ou até mesmo com a privação de sua própria liberdade. Para que o homem pudesse viver em sociedade, ele abdicou de parcela de sua liberdade natural passando a respeitar normas e cumprir obrigações, ao passo que isso lhes trouxe direitos.

Os direitos e deveres, instituídos pelo Estado é quem garante uma vida social harmônica. Contudo, não só o indivíduo que comete um dano, crime, deve ser punido. Para que a coletividade mantenha-se de maneira pacífica na sociedade, todo aquele que causa dano deve ser responsabilizado, ou seja, o Estado através de seus agentes pode ser responsabilizado civilmente por danos que possam causar aos indivíduos da sociedade. Trata-se da responsabilidade civil objetiva do Estado por prejuízos que causa aos seus membros.

Durante muito tempo o Estado possuiu um poder supremo sobre o povo, podendo errar e nada se podia fazer contra ele, pois, era dotado de soberania absoluta. Esse poder devia-se em razão das teorias absolutistas. Destarte, baseado na ideia de que todos são responsáveis perante os encargos sociais, o Estado passou a ser responsabilizado por esses danos cometidos, através de indenização ao indivíduo que sofreu o ato ofensivo. Mas, essa indenização que o Estado deve pagar, não tem sido de maneira satisfatória, a ponto de pelo menos compensar a dor passada pela vítima que sofreu o dano.

São muitos os prejuízos causados por parte do Estado, principalmente no tocante ao judiciário, por injustiças e erros contra os seus jurisdicionados, sendo a prisão a que mais causa sofrimento e dor a vítima e seus familiares, pois, retira de forma violenta o seu direito de ir e vir, causando humilhação e constrangimento, sendo muitas vezes não reparada de maneira eficaz.

A Constituição Federal estabelece expressamente em seu artigo 5º, LXXV, que o Estado tem o dever de indenizar o condenado por erro judiciário. No entanto, parte da doutrina e jurisprudência entende que o dever de indenizar não recai para prisão indevida de forma cautelar, permanecendo na vítima o encargo causado pelo Estado. Não restam dúvidas de que a prisão seja por erro judiciário ou a prisão cautelar, feita de forma indevida, trata-se de dano *in re ipsa*, dado o sofrimento passado pela vítima, restringida injustamente de exercer um de seus direitos fundamentais estabelecido Constitucionalmente.

Frente a toda essa situação, um relevante questionamento haverá de ser analisado: Como podemos mensurar a responsabilidade civil do Estado por prisões indevidas decorrente de erro do judiciário? E para tentar dar resposta a essa relevante indagação, se faz necessário algumas questões norteadoras: Como se dá a responsabilidade civil do Estado? Qual a diferença que se estabelece na responsabilidade civil do Estado e a responsabilidade do judiciário na pessoa do juiz por erros cometidos ao cidadão? De que forma é arbitrada a indenização para as vítimas de prisão indevida, seja ela provisória ou após o trânsito em julgado? É possível, através de indenização, reparar o dano causado à vítima de prisão indevida? Quais as consequências morais e psicológicas deixadas em um inocente, vítima de prisão indevida? Qual o posicionamento da doutrina e jurisprudência acerca da indenização por erro de prisão preventiva?

Sendo assim, o objetivo geral do presente trabalho é analisar de que forma o Estado é responsabilizado quando da ocorrência de danos causados aos seus jurisdicionados por prisão decorrente de erro judiciário e como vem sendo estabelecido o *quantum* indenizatório da prisão preventiva indevida, uma vez que não está expressamente no artigo 5º, LXXV da Constituição Federal.

Em contrapartida, têm-se como objetivos específicos: demonstrar de que forma se dá a responsabilidade civil do estado no atual ordem jurídica. Analisar como é imposta a responsabilidade civil do Estado e a do juiz quando ocorre o erro judiciário. Identificar de que forma é feita o arbitramento da indenização às vítimas.

Destacar se há possibilidade de reparação dos danos, através de indenização e se vem sendo feita, quando ocorre a prisão indevida. Demonstrar os prejuízos causados às pessoas inocentes quando é preso injustamente. Expor os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais da indenização por erro de prisão preventiva.

De outro modo, o que justifica o presente estudo é que após anos de julgamento o STF a partir do HC 126.292, mudou de entendimento, permanecendo em decisão mais recente, possibilitando que a sentença condenatória poderá ser confirmada por tribunal de segundo grau, ou seja, o indivíduo pode cumprir pena, mesmo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não é a toa que os ministros passaram a ter esse entendimento. Vivemos em uma sociedade, onde o que vale é dar resposta ao crime, a comunidade quer o sistema penal cumprindo seu papel de forma ágil, célere, sem medir as consequências da aplicação de uma prisão indevida.

Nos últimos tempos com o alto índice de violência a sociedade pede respostas rápidas das autoridades competentes e a imprensa por sua vez. E conseqüentemente com a ânsia de suprir essa necessidade, diversos erros e injustiças são cometidos com o propósito de fazer com que a coletividade se sinta segura, nem que isso possa valer a liberdade de pessoas inocentes. É assustador o número de casos de erros judiciais cometidos não só no Brasil, mas também em outras partes do mundo, como por exemplo, nos Estados Unidos. Vez por outra podemos presenciar casos de indivíduo preso inocentemente ou mesmo cumprindo pena além do que deveria. Vê-se o direito de ir e vir de uns retirados de maneira drástica, para que haja um retorno para com a sociedade, uma contraprestação por parte do poder público para coletividade, que vive em meio a tanta violência, e com isso sente-se ameaçada, clamando por justiça urgente. Porém, devemos ter em mente que, a aplicação da justiça não ocorre somente através da privação de liberdade, existem outras formas de praticar justiça e que a sede de cerceamento da liberdade pode atingir tanto aqueles que cometem a ato ilícito quanto a qualquer outro de forma indevida, como vem ocorrendo.

É preciso ter cautela ao estabelecer normas, visando assegurar justiça isonômica para todos. A sociedade pede respostas, mas essas respostas devem ser dadas de maneira justa, e não em números, pois estaremos cometendo injustiças por vezes irreparáveis contra outras pessoas. É indubitável que aqueles que

cometeram dano a outrem devem ser punidos na forma da lei. A questão se trata de punição por parte da justiça de pessoas inocentes, enquanto muitas vezes os verdadeiros culpados não sofrem consequência alguma. É o que acontece no erro judiciário. O indivíduo inocente acaba tendo sua liberdade retirada, enquanto o verdadeiro ofensor continua em liberdade.

A prisão indevida causa danos devastadores aos que sofrem tal medida. Danos esses incalculáveis de ordem patrimonial, moral e psicológico, capaz que causar constrangimento e dor à vítima. É inquestionável que um ato judicial dessa monta, que é a prisão praticada de forma injusta ainda precise de comprovação do sofrimento da vítima.

Nesse diapasão o tema tratado revela-se de suma importância não só para o mundo acadêmico, servindo como meio para novos pesquisadores, para o mundo jurídico para que sirva de propostas de mudanças das normas jurídicas, mas também para toda a sociedade, pois, o erro judiciário, implicando na prisão de um inocente, além de suprimir um direito fundamental do ser humano, que é sua liberdade, acaba por adentrar e causar danos de maneira irreversíveis à sua dignidade. Sendo de grande relevância para todos. Afinal, justiça não se faz com injustiças. Sendo assim, espera-se ao final da pesquisa poder encontrar propostas de mudanças para esse relevante assunto.

No que se refere a metodologia o presente trabalho baseia-se numa pesquisa qualitativa e explicativa onde irá nos permitir uma análise de diferentes ideias, tentando dessa maneira, trazer explicações plausíveis dos fatos em questão, ou seja, iremos buscar conhecer os fatos e fenômenos que se racionam com o tema, através de levantamentos bibliográficos, por meio da doutrina, jurisprudência, artigos, teses e sites da internet. Buscando ao final do presente, com uma releitura desses meios, explicar e tentar chegar a uma conclusão de como o Estado vem tratando através de seus agentes, o caso do erro judiciário e o seu dever de indenizar.

Para isso o presente trabalho está dividido em 3 capítulos principais que explanam toda a matéria sobre o tema discutido.

O primeiro capítulo tratará da evolução da responsabilidade civil do Estado, as teorias surgidas até se chegar a atual conjuntura adotada no sistema jurídico brasileiro, também abordará a responsabilidade do Estado por atos do poder judiciário e a responsabilidade pessoal do juiz.

O segundo capítulo versará sobre a prisão, discorrendo sobre as espécies, bem como as modalidades de prisão processual, além disso, abordará sobre o relaxamento da prisão ilegal, além de expor as divergências entre o princípio da inocência e a prisão cautelar.

Já o terceiro e último capítulo se analisará sobre a prisão indevida e a indenização, fazendo uma abordagem das espécies de indenização, a indenização como função punitiva, examinará o erro judiciário na prisão definitiva e além do tempo fixado e sua indenização, analisará ainda a prisão indevida preventiva e o direito a indenização, o posicionamento do STF no julgamento em segunda instância e por fim as consequências psicológicas provocadas pela prisão.

2 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.1 Teoria da Irresponsabilidade Civil do Estado

No decorrer do tempo a responsabilidade civil do Estado esteve pautada na teoria da irresponsabilidade, porém, essa tese foi desaparecendo para dar lugar a responsabilidade objetiva, a qual prevalece hoje em nossa Constituição. A ideia da irresponsabilidade do Estado prevaleceu durante muito tempo nos governos absolutistas, pelo fato dos seus atos serem considerados soberanos, ou seja, qualquer dano causado por seus agentes, o Estado não tinha o dever de reparar.

Para que o Estado pudesse ser responsabilizado objetivamente, como podemos ver nos dias atuais, foi necessário uma evolução longa, passando por diversas fases, várias teorias surgiram até chegar na concepção da responsabilidade objetiva do Estado, em que este independentemente de culpa deve ser responsabilizado por danos gerados no âmbito da administração.

Não se podia pensar na ideia de que o Estado pudesse ser responsabilizado por suas ações. Isso traria sem sombras de dúvidas uma visão de que decisões irrefutáveis estariam passíveis de erro que de forma alguma seria admitida num estado absolutista e soberano. Com isso, a responsabilidade era direcionada ao agente causador do dano e não ao Estado.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho: (2014, p. 283) "Sustentava-se que o Estado e o funcionário são sujeitos diferentes, pelo que este último, mesmo agindo fora dos limites de seus poderes, ou abusando deles, não obrigava, com seu fato, a administração".

Não seria de se estranhar, pois, em uma época onde o rei governava com autoridade absoluta, controlando todo poder em suas mãos, e sendo este o representante máximo do Estado, seria inaceitável responsabiliza-lo por algum erro cometido aos administrados por sua decisão. Bem sintetiza Maria Sylvia Zanella Di Pietro: (2014, p.716)

O Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito, ele exerce a tutela do direito, não podendo por isso agir contra ele; daí os princípios de que o rei não erra (*The King Can do no Wrong, Le roi ne peut mal faire*), e o de que "aquilo agrada ao príncipe tem força de lei" (*quod principe placuit habet legis vigorem*).

Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que seus súditos, em desrespeito a sua soberania.

Apesar de muita resistência a concepção de irresponsabilidade do Estado foi aos poucos sendo afastada dando lugar a responsabilidade civil do Estado.

2.2 Teoria da Responsabilidade Subjetiva do Estado

A teoria consagrada durante o absolutismo de que o Estado não seria responsabilizado por danos decorrentes dos seus atos foi perdendo espaço para uma nova concepção. Viu-se que o Estado é tutelar de direitos e esses direitos geram obrigações não só para o particular, mas também para o próprio Estado que detêm essa tutela. Sendo, portanto inegável uma visão de Estado que não pudesse ser responsabilizado pelos seus atos, permanecendo nesse momento a concepção subjetiva de responsabilidade pautada na demonstração da culpa por ação danosa de seus funcionários.

Outras teorias surgiram para tentar fundamentar a responsabilidade da administração pública, como a teoria da culpa do serviço ou culpa administrativa que se deu a partir do famoso caso Blanco ocorrido em 1973 na França, em que foi afastada a responsabilidade civil do Estado por danos causados a terceiros por atos de seus agentes, passando a responder pela falta do serviço público. Nesse sentido afastou-se a culpa individual do funcionário e passou-se a responsabilizar pela falta do serviço público. Sendo assim, se não houve o serviço ou se o serviço funcionou mal ou mesmo tardio, ocorria a responsabilidade do Estado pelos danos que por ventura viessem ocorrer aos administrados.

De acordo com essa nova concepção, também chamada de culpa anônima ou falta do serviço público, geradora de responsabilidade do Estado, não está necessariamente ligada à ideia de falta de algum agente determinado, sendo indispensável à prova de que funcionários normalmente especificados tenham incorrido em culpa. Basta que fique constatado um mau agenciador geral, anônimo, impessoal, na defeituosa condução do serviço, a qual o dano possa ser imputado (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 285)

Portanto, para não ensejar responsabilidade, cabe ao Estado provar que não houve culpa e que o serviço prestado funcionou regularmente.

2.3 Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado

A responsabilidade objetiva está consagrada no princípio da igualdade de ônus. Dessa maneira, seja a administração, seja o administrado se incorrer em erro contra terceiros deve suportar esse ônus.

Portanto, havendo a ocorrência de ato ilícito por parte do Estado, independente do dano ter sido cometido por seus agentes na realização do serviço público, se causar dano a outrem, deve ser responsabilizado. Para essa teoria é necessário somente que haja nexo de causalidade entre o dano ocorrido e a atividade praticada.

Dessa forma, como vivemos em uma sociedade democrática de direito, nada mais justo que o Estado como detentor do cumprimento de direitos e obrigações seja responsabilizado em igualdade de condições de qualquer administrado pelos encargos sociais causados.

Da Responsabilidade objetiva surgiram duas teorias: a teoria do risco administrativo, em que o Estado responde pelo risco de sua própria atividade e a teoria do risco integral. De acordo com Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosendal: (2015, p. 1009) "Os riscos fazem parte de nossas vidas e isso é muito maior em relação ao Estado, pela dimensão de suas atividades".

Conclui-se, portanto, que o risco é inerente a sua atividade estatal e como o Estado a exerce em favor de toda coletividade, acaba gerando risco para seus administrados, devendo ser responsabilizado independentemente de culpa, pois o exercício de sua atividade deve ser prestado com segurança para que não cause dano a ninguém.

Convém ressaltar que para essa teoria, a administração pública responde desde que haja relação de causalidade entre o dano e a atividade praticada. Se houver alguma exclusão do nexo causal, como caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, a responsabilidade deve ser afastada.

Não significa, portanto, que a administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexistente relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não poderá ser responsabilizado (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 287)

Com efeito, existem casos em que o Estado é responsabilizado, mesmo que a atividade administrativa não esteja ligada diretamente ao dano ocorrido, ou seja, mesmo com alguma excludente do nexos causal. Trata-se da teoria do risco integral, onde o Estado mesmo não tendo relação de causalidade com o dano gera para ele o dever de indenizar o administrado. Teoria não aceita em nosso ordenamento jurídico.

Ainda preconiza Cavalieri Filho: (2014, p. 288)

Se fosse admitida a teoria do risco integral em relação à administração Pública, ficaria o Estado obrigado a indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular, ainda que não decorrente de sua atividade, posto que estaria impedido de invocar as causas de exclusão do nexos causal, o que, a toda evidência, conduziria ao abuso e à iniquidade.”

Com todo respeito ao posicionamento acima, porém, mesmo que essa teoria possa parecer um tanto injusta para a administração, se faz necessário em algumas situações em que o indivíduo que sofreu o dano não pode ficar a mercê, e o Estado exercendo a tutela de direitos perante a sociedade, tem a obrigação de recompensar os danos que por ventura algum membro venha a sofrer, como nos casos de acidente nuclear, atos terroristas ou mesmo acidente de trabalho, esses casos podem até não ter relação direta de causa e efeito com a atividade administrativa, mas cabe ao Estado proteger seus membros e nessas situações devem ensejar o dever de indenizar.

2.4 Teoria Adotada no Brasil

A teoria adotada no Brasil é a da responsabilidade objetiva, tendo como marco a constituição de 1964 e sendo preservada nas demais Constituições. A Constituição de 1988 em seu art. 37, § 6º estabelece *in verbis*: “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”.

Nesse sentido, é possível se extrair do dispositivo da Constituição, que o Brasil adotou a teoria do risco administrativo para responsabilizar o Estado quando causar dano perante o particular.

É importante mencionar, que com a evolução atual da nossa sociedade está havendo uma preocupação maior com a vítima que sofreu o ato danoso e com isso traz uma forma de estabelecer o equilíbrio social.

Ressalta-se ainda, que o Estado indenizará suas vítimas pelos erros cometidos por seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros quando praticados por atos de império, que são aqueles atos inerentes a própria atividade do Estado ou atos de gestão, quando a administração pública estatal pratica atos equiparando-se ao particular. Seja em quaisquer desses atos, se causarem dano deverá ser responsabilizado independentemente de culpa. Vale mencionar ainda que, independe do tipo de dano, em maior ou menor grau.

De acordo com Chaves, Netto, Rosenvald: (2015, p.1005)

São também aplicáveis a responsabilidade civil do estado - e podem ter valia na solução de casos concretos - alguns outros princípios, tais como: a) princípio da vulnerabilidade (o cidadão está, frente ao estado, em posição de vulnerabilidade, razão pela qual deve ser levado em conta essa situação de real desnível); b) princípio da informação (o estado tem o dever de bem informar ao cidadão, com lealdade de transparência. Salvo naqueles setores - cada vez mais raros - como segurança nacional - em que se impõe o sigilo, a informação deve ser completa, gratuita e útil. Se a ausência de informação causar dano ao cidadão, a indenização poderá ter lugar); c) princípio da segurança (o Estado tem o dever constitucional de prestar segurança aos cidadãos e responder quando falhar no cumprimento desse dever); d) princípio do *venire contra factum proprium* (o Estado não pode adotar uma postura contraditória perante o cidadão. Não pode agir em contradição com legítima expectativa que criou, causando perplexidade e surpresa. Se o comportamento contraditório causou um dano ao cidadão, objetivamente configurado, é natural que surja o dever de indenizar).

Isso demonstra que o particular não pode permanecer prejudicado em virtude da ineficácia por parte dos agentes estatais, sejam eles agindo na qualidade de permanentes ou transitórios. Caso venham a causar um dano a algum membro da sociedade gera para a administração pública o dever de indenizar.

2.5.Responsabilidade Civil do Estado por Danos Decorrentes de Atos do Poder Judiciário

É bastante complexo o entendimento da responsabilidade civil quando se refere aos danos cometidos por atos do poder judiciário. Alguns doutrinadores

costumam fazer a divisão em atos jurisdicionais ou atos típicos do judiciário (sentenças, acórdãos, decisões) e atos judiciais ou atos administrativos, para estabelecer quais são os atos passíveis de responsabilidade pelo Estado. Trata-se de uma questão controvertida e de diversas opiniões.

Existem inúmeros argumentos de que os danos causados por atos jurisdicionais são irreparáveis, ou seja, ocorre a irresponsabilidade civil do Estado frente a esses atos. Esses argumentos estão pautados no entendimento de que o poder judiciário é soberano e a magistratura seria independente.

Entretanto, como assevera Di Pietro (2014), se o poder judiciário fosse soberano inexistiam outros poderes acima dele e, os demais poderes também seriam, no entanto, sabe-se que soberano é apenas o Estado e quanto aos poderes legislativo, executivo e judiciário devem obediência a uma lei maior, que é a Constituição. Como pode-se ver esse não seria um argumento capaz de afastar a responsabilidade civil do Estado.

Outro argumento é a tese da independência funcional dos magistrados. De que o juiz não seria funcionário público. Mas, esse argumento também caiu com o dispositivo constitucional de 1988 em seu art. 37º, § 6º, CF. Portanto, o juiz como um agente público, atuando no exercício da função estatal, caso incorra em erro, o Estado deverá ser responsabilizado.

Nem mesmo a coisa julgada pode servir de óbice para afastar a responsabilidade civil do Estado. É o que se pode extrair do posicionamento de Di Pietro (2014, p.736):

[...] o fato de ser o Estado condenado a pagar indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial não implica mudança na decisão judicial. A decisão continua a valer para ambas as partes, a que ganhou e a que perdeu continuam vinculadas aos efeitos da coisa julgada, que permanece inatingível. É o Estado que terá que responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência do erro judiciário.

Assim, a Constituição Federal prevê de forma específica em seu art. 5º, LXXV, a responsabilidade do Estado por erro judiciário. O que não foi sem razão que o legislador inseriu esse dispositivo, em que o Estado indenizará suas vítimas, pois, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, foi possível presenciar casos flagrantes de erros judiciários ocorridos no Brasil.

Entretanto, malgrado previsão constitucional que trata sobre a responsabilidade do Estado por erro judiciário, as decisões sobre o tema ainda são bastante incipientes, uma vez que, parte da doutrina, conforme já mencionado, entende que o Estado não responde pelos erros cometidos através dos atos típicos do judiciário, pois que, apenas os atos administrativos, enseja a responsabilidade civil da Fazenda Pública, levando para este o dever de indenizar. Além disso, o Supremo Tribunal Federal entende que o Estado não é responsabilizado civilmente pelos atos do judiciário, a não ser nos casos declarados em lei.

Cavaliere Filho (2014, p.322-323) estabelece:

Ao sentenciar ou decidir, o juiz, por não ter bola de cristal nem o dom da adivinhação, está sujeito aos erros de julgamento e de raciocínio, de fato ou de direito. Importa dizer que a possibilidade de erros é normal e até inevitável na atividade jurisdicional. Ora sendo impossível exercer a jurisdição sem eventuais erros, responsabilizar o estado por eles, quando involuntários, inviabiliza a própria justiça, acabando por tornar irrealizável a função jurisdicional.

Apesar de saber que erros podem vir a ocorrer na atividade jurisdicional, quando da sua ocorrência, devemos fazer uma análise de cada caso concreto com ponderação antes de irresponsabilizar o Estado, para que o particular que sofreu o dano não fique desamparado, pois acaba por desestabilizar não só a vítima, mas também toda a sociedade.

Di Pietro (2014, p. 737) também se posiciona sobre a questão:

As garantias de que cerca a magistratura brasileira, previstas para assegurar a independência do Poder Judiciário, em benefício da justiça, produziram a falsa ideia de intangibilidade, inacessibilidade e infalibilidade do magistrado, não reconhecida aos demais agentes públicos, gerando o efeito oposto de liberar o Estado de responsabilidade pelos danos injustos causados àqueles que procuram o Poder Judiciário precisamente para que seja feita justiça.

Desse modo, conclui-se que apenas os chamados atos administrativos, encontram-se pacificados em relação a responsabilidade da administração, ou seja, não geram questionamentos de que o Estado, na ocorrência de danos deva indenizar. Esta responsabilidade encontra-se consagrada no art. 37, § 6º, CF/88.

Esses atos do exercício da atividade judiciária quando praticados com negligência, desídia dos agentes públicos ou mesmo falta dos aparatos necessários à realização do bom andamento da atividade, se vier causar erros graves ao particular, enseja a obrigação de reparar por parte do Estado.

2.6 Responsabilidade Pessoal do Juiz

É preciso destacar que há uma separação entre a responsabilidade pessoal do magistrado e a responsabilidade do Estado. Visto que, o juiz somente poderá ser responsabilizado de forma pessoal por danos cometidos com dolo ou fraude. Já o Estado tanto poderá responder quando o juiz cometer danos com dolo ou fraude, o que seria a responsabilidade concorrente, quanto responderá pelos danos advindos de erros dos atos Judiciais.

A responsabilidade civil na pessoa do juiz está estabelecida no art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, onde estabelece que: “Responderá por perdas e danos o magistrado, quando”: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes.

Desse modo, ressalta-se que, apesar de o juiz responder pessoalmente em caso de erro judiciário causado com dolo, deve-se salientar que esta responsabilidade não exclui a do Estado. Devendo este demandar ação regressiva de indenização contra o magistrado que causou o dano

3 PRISÃO

3.1 Espécies de Prisão

A prisão é a supressão da liberdade do indivíduo. Dá-se através de autorização judicial por meio de mandado devidamente fundamentado e pelo flagrante. Existem diversos tipos de prisão. Trataremos aqui as prisões de relevância para o tema.

3.1.1 Prisão Pena

A prisão pena caracteriza-se por decisão judicial transitada em julgamento. Esse tipo de prisão é imposta depois do devido processo legal como resposta do Estado à prática de ato ilícito previsto no ordenamento jurídico. Nada mais é do que um castigo dado àquele que transgrediu a norma, a fim de que seja retirado do convívio social e seja ressocializado, para que, se possível seja restituído a sociedade.

A sanção se dar em decorrência do poder punitivo do Estado, com o propósito deste ser capaz de controlar a vida em sociedade.

A principal função dessa prisão, como o próprio Estado impõe é ressocializar o indivíduo para inseri-lo novamente no convívio social. Ocorre que muitas vezes, infelizmente não é o que se vê.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2011, p.165-166):

Nas prisões clássicas existem condições que podem exercer efeitos nefastos sobre a saúde dos internos. As deficiências de alojamento e de alimentação facilitam o desenvolvimento da tuberculose, enfermidade por excelência das prisões. Contribuem igualmente para deteriorar a saúde dos reclusos as más condições de higiene dos locais, originadas na falta de ar, na umidade e nos odores nauseabundos.

Desse modo, o que por vezes presencia-se é que os condenados à prisão pena não encontram nenhum suporte por parte do Estado, pois, convivem em ambientes insalubres e superlotados, recebendo tratamento desumano, dificultando sua reeducação para sociedade.

3.1.2 Prisão Processual

A prisão sem pena, processual, provisória ou ainda prisão cautelar, ocorre nos casos em que há necessidade que o agente permaneça preso, ou mesmo se solto, seja preso para uma melhor investigação criminal. Deve ser decretada quando houver os pressupostos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Possui caráter precário, podendo ser decretada, assim como suspensão a qualquer momento. Portanto, possui natureza provisional.

A prisão cautelar é medida de privação da liberdade de indivíduos ou coisas, ocorrendo antes da sentença definitiva. É uma forma de privação da liberdade de maneira provisória, com intuito de proteger o processo penal.

Para que seja aplicada a prisão cautelar deve ser atendidos os requisitos de necessidade e urgência. Ressalta-se que essa medida não antecipa o reconhecimento de culpa, como podemos extrair do entendimento de Paulo Rangel (2014, p. 764):

A prisão provisória ou cautelar não pode ser vista como reconhecimento antecipado de culpa, pois, o juízo que se faz, ao decretá-la, é de periculosidade e não de culpabilidade. O Estado, para que possa atingir o fim precípua de sua atuação, ou seja, o bem comum, exige do indivíduo determinados sacrifícios para sua consecução, e um deles é a privação de sua liberdade antes da sentença definitiva, desde que haja extrema e comprovada necessidade.

Sendo assim, frise-se a importância de não se desvincular do real objetivo da prisão cautelar, que é sua instrumentalidade, para salvaguardar o bom andamento do processo e seu resultado final. Devendo, portanto, somente ser aplicada nos casos previstos em lei.

Na prisão provisória, quando da sua decretação, ainda se faz necessário a observância de algumas características imprescindíveis. Segundo Paulo Rangel (2014), trata-se da Jurisdicionalidade, Acessoriedade, Instrumentalidade, Provisoriedade e o que ele chama de Homogeneidade.

Quanto à jurisdicionalidade é devida, dado que, em regra a prisão cautelar somente deve ser aplicada por decisão judicial. Pois, como se trata de medida de privação da liberdade, tal medida não pode ferir direitos estabelecidos nem na Constituição nem nas Convenções internacionais das quais o Brasil é signatário. A sua aplicação somente será aceita sem a análise judicial em alguns casos, como por

exemplo, na prisão em flagrante ou em busca e apreensão no domicílio do indiciado, com o seu consentimento. Porém, mesmo nesses casos deverá ser submetida a análise do Judiciário posteriormente sob pena de ilegalidade. Dispõe o art. 5º, LXI CF: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

A acessoriedade define a prisão cautelar como acessória, dependente do processo principal, perdendo sua eficácia quando do resultado deste. Na instrumentalidade, conforme já mencionamos anteriormente, a medida cautelar serve de meio, de instrumento para atingir o resultado do processo principal. Na provisoriedade, impõe que a prisão cautelar seja aplicada de maneira provisória, enquanto houver a necessidade daquela medida, ou seja, somente enquanto não for estabelecido o resultado definitivo da medida principal. E por fim, a homogeneidade, que diz que a aplicação da medida cautelar deve-se levar em consideração os requisitos ou pressupostos da necessidade, adequação e ponderação.

Com isso, Paulo Rangel menciona: (2014, p. 743)

O critério a ser adotado pelo magistrado para admitir a prisão ou qualquer das medidas cautelares diversas da prisão será tríplex: primeiro verifica se a medida é necessária, isto é, inevitável, imprescindível, sem a qual o processo perderá a razão de ser porque a tutela jurisdicional não será alcançada; segundo se a medida é adequada, ou seja, ajustada, adaptada ao caso concreto a ponto de permitir a justa posição entre a privação da liberdade (ou restrição de direitos) e o que se quer alcançar em si com o processo, que é a prestação jurisdicional; por último, se a medida é proporcional em sentido estrito, quer dizer se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca.

Ora, como já destacamos e nas palavras do doutrinador acima citado, a prisão cautelar é medida de acautelamento, não de antecipação de culpa, devendo o juiz, antes de sua aplicação, observar as características e pressupostos estabelecidos para tal medida.

Compreende a prisão processual, dentre elas a prisão temporária, a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão domiciliar, a prisão decorrente da pronuncia e a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.

São vários os tipos de prisão provisória. Discorreremos sobre algumas delas.

a) Prisão em Flagrante

Espécie de prisão provisória que ocorre quando o delito está sendo cometido. Conseqüentemente dá-se no instante da prática delituosa, sendo definida pela atualidade e visibilidade. A prisão em flagrante está prevista no art. 302, CPP, o qual menciona as situações em que está prisão poderá ser aplicada.

Art.302 – considera-se flagrante delito quem:

I – está cometendo infração penal;

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Desse modo, sua decretação deve estar inserida no mencionado artigo, para não ensejar prisão atípica ou ilegal, pois, trata-se de rol taxativo.

Nessa modalidade de prisão não há necessidade de anterior avaliação judicial, ou seja, mandato de prisão, até porque o flagrante da infração pode ser decretado além da autoridade policial, por qualquer pessoa do povo (art. 301 CPP). Por isso, possui natureza administrativa. Porém, deverá ser submetida ao crivo do judiciário posteriormente; onde este poderá relaxá-la no caso de considerar ilegal ou mantê-la, convertendo em prisão preventiva, se estiverem presentes seus requisitos ou ainda conceder liberdade provisória.

Entretanto, apesar de ser uma prisão definida pela imediatidade, deverá seguir os trâmites legais, tais como: comunicação à autoridade judicial no prazo de 24h, comunicação aos familiares ou pessoa indicada e ao advogado ou defensoria pública.

Importa mencionar ainda outros tipos de flagrante que podem incidir prisão em flagrante.

a.1) Flagrante preparado ou provocado

É o tipo de flagrante em que é feito com a participação de terceiros. O agente é induzido, instigado a cometer o delito, pois são tomadas todas as providências para que o crime ocorra, mas não haja a sua consumação.

A súmula 145 diz: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível sua consumação”.

Importante destacar que esse tipo de flagrante não é aceito, devendo ser autorizado de imediato o relaxamento da prisão nos termos do art. 5º, LXV, da CF.

a.2) Flagrante esperado

Ocorre quando o agente pratica o crime independentemente da provocação por parte de terceiros, há apenas informações de que a conduta delituosa irá acontecer, fazendo com que a autoridade policial apenas aguarde o cometimento do crime sem nenhuma interferência, para no momento oportuno efetuar a prisão em flagrante. Esse tipo de flagrante é plenamente aceito.

a.3) Flagrante forjado

É também praticado com a participação de terceiros. Entretanto, ocorre uma farsa, o crime é manipulado para acusar o agente, sem que este jamais tenha pensado em praticar tal crime.

a.4) Flagrante deferido ou retardado

Nessa modalidade de flagrante a autoridade policial espera o momento certo para decretar o flagrante para que possa obter mais informações a respeito da infração penal, ou seja, visa uma investigação mais completa com a formação de mais provas. Flagrante normalmente usado para organizações criminosas.

Destaca-se que a prisão em flagrante nos crimes permanentes poderá se dá a qualquer momento, pois, nessa espécie de delito, apesar da ação ser consumada uma única vez, se prolonga no tempo. Em relação aos crimes habituais, por se concretizar através de várias ações para que se dê sua consumação, não existe um momento certo para a decretação do flagrante, o que nesse sentido, torna inviável a prisão.

Em sentido contrário Júlio Fabbrini Mirabete (1997, p.392) discorre: “[...] não é incabível a prisão em flagrante em crime habitual se o agente é surpreendido na prática do ato e se recolhe, no ato, provas cabais da habitualidade”

A prisão em flagrante deve ser convertida em preventiva, se estiverem presentes os requisitos. Devendo a conversão ser feita através de decisão judicial, com a consequente expedição do mandato de prisão.

b) Prisão Temporária

Tipo de prisão cautelar, prevista na Lei 7.960/89, que é aplicada ao acusado que cometeu um crime grave. Serve para resguardar o andamento da instrução criminal. A lei 7.960/89 institui em seu art. 1º, I, II, III, que a prisão temporária pode se dar quando imprescindível para as investigações do inquérito policial e quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade e ainda quando o indiciado é autor ou participou de crimes arrolados no art. 1º, III desta lei.

A prisão temporária, via de regra tem prazo de 5 dias, podendo ser prorrogada por igual período. No entanto, para os crimes hediondos e equiparados o prazo será de 30 dias podendo ser ampliado por igual período.

Terminando o prazo da prisão temporária, o denunciado deverá ser liberado, já que é prescindível a autorização judicial. Todavia, terminado o prazo da temporária, o juiz poderá determinar a preventiva, se presente as exigências.

Deve-se ter em mente que a prisão temporária é para os casos de extrema necessidade, pois funciona apenas de instrumento, servindo para acautelar a investigação policial, não estando submetida ao bel prazer das autoridades, sem que haja um motivo justo para a privação da liberdade do indivíduo.

Destarte, como se pode presenciar a supressão da liberdade de um indivíduo não deve ser decretada apenas para satisfazer aos anseios da sociedade, que espera um retorno do Estado, para o crime cometido, a qualquer custo. Pois, por vezes inúmeras injustiças tendem a ocorrer, visto que muitas dessas prisões não estão dentro dos pressupostos legais.

c) Prisão Domiciliar

Modalidade de prisão, introduzida pela lei 12.403/11, onde o infrator, preenchendo os requisitos, poderá cumprir a prisão preventiva em sua residência. Prevê o art 318 do CPP:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

- a) maior de 80 (oitenta) anos;
- b) pessoa extremamente debilitada por motivo de doença grave;
- c) imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
- d) gestante;
- e) mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;
- f) homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

A prisão domiciliar não é tipo de prisão cautelar e sim uma forma de cumprimento da prisão preventiva nos casos estabelecidos. Frise-se que, o cumprimento da prisão preventiva na residência é para os casos necessários e desde que se enquadre nos requisitos estabelecidos no art. 318 CPP, só podendo deixar a residência por ordem judicial.

d) Prisão Preventiva

A prisão preventiva trata-se de modalidade de prisão cautelar que pode ser determinada tanto durante a investigação criminal quanto no processo penal, conforme dispõe o art. 311, CPP, podendo se dar por requerimento do Ministério Público; do querelante; do assistente ou mediante representação da autoridade judicial. Apesar de a lei mencionar a prisão preventiva durante a investigação policial, na prática não é o que ocorre, vê-se sua ampla utilização durante o curso do processo, o que para alguns doutrinadores, tem natureza processual.

Conforme Guilherme de Souza Nucci: (2012, p. 604)

É rara a decretação da prisão preventiva durante a fase da investigação policial, sendo por vezes incompreensível que o juiz o faça, pois atualmente existe, como medida cautelar mais adequada, a prisão temporária, indicada justamente para os crimes mais graves, que estariam a demandar a segregação cautelar do investigado.

Ao contrário da prisão temporária, não existe em lei um prazo para que o acusado permaneça preso por prisão preventiva, sendo necessária enquanto permanecerem os motivos que a determinou. Assim deve-se levar em conta sua necessidade, adequação e sua duração em observância a razoabilidade.

Paulo Rangel (2014, p. 801), mais uma vez destaca:

No Brasil a prisão preventiva foi banalizada. Pessoas que deveriam estar soltas foram presas desnecessariamente. Outras, que deveriam estar presas, permanecem soltas inexplicavelmente, durante o processo. Para tanto, a lei exige a demonstração da necessidade e da adequação da medida, sob pena de ilegalidade em sua adoção.

Do mesmo entendimento Eugênio Pacelli de Oliveira: (2014, p. 549)

Referida modalidade de prisão preventiva, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu *iter* procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade

Nesse contexto, salientamos que para haver a decretação da preventiva é imprescindível a avaliação judicial, para se verificar se diante do fato concreto, está enquadrado os pressupostos que permitem a prisão, que é o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Quanto a fumaça do bom direito, nos remete a necessidade da medida diante do caso, se está dentro da lei, se é adequada. Pois, se for constatado que a prisão é ilegal, cabe impetração de *habeas corpus* contra a autoridade que decretou. Outra análise que deve ser feita é a existência do perigo, caso o indiciado permaneça solto durante o curso do processo.

Ainda podemos estabelecer outras condições que são necessárias à prisão preventiva, as quais o art. 312, CPP dispõe: 1) Garantia da ordem pública e Econômica; 2) Conveniência da instrução criminal; 3) Assegurar a aplicação da lei penal.

A determinação da prisão preventiva em virtude da ordem pública deve ser vista com bastante reserva, pois não se trata apenas em fazer justiça levando-se em consideração os apelos da sociedade ou mesmo dos órgãos de imprensa. Deverá haver o fundado motivo de perigo para a sociedade, acaso o acusado permaneça solto, trazendo medo e desordem social.

Além de que, essa análise deve ser verificada de acordo com a natureza do crime praticado, as circunstâncias em que foi cometido, se há perigo de fuga do infrator ou mesmo da continuação da prática do delito.

A Dra. Maria Ignez Lanzellotti Baldez Kato (2005, p.117 *apud* RANGEL 2014, p. 807) diz:

A prisão como garantia da ordem pública rompe com o princípio da legalidade, pelo seu conceito indefinido, subjetivo, vago e amplo. É exatamente nesse conceito de conteúdo ideológico que se verifica a possibilidade do exercício arbitrário das prisões, em desrespeito aos direitos fundamentais, tornando legítimas decisões injustas e ilegais.

A garantia da ordem econômica refere-se ao prejuízo econômico - financeiro causado pelo agente com a prática da infração, como a desestabilização da economia, levando a necessidade da medida preventiva.

Quanto à conveniência da instrução criminal, diz respeito ao devido processo legal, onde devem ser aplicados os meios necessários na busca da verdade dos fatos e o contraditório. Dessa forma, caso o réu solto, queira perturbar o andamento da instrução criminal, como ameaçar testemunhas, juiz ou promotor, tentar subornar perito ou mesmo tentar desaparecer com provas, ocasiona a decretação da prisão preventiva.

Já a garantia da aplicação da lei penal, garante que o Estado exerça o seu direito de punir, de impor a sanção ao infrator. Dessa maneira, se o indiciado tentar burlar, dificultar o desenvolvimento do processo, caberá prisão preventiva.

Enfim, se houver algumas dessas hipóteses, que representa o *periculum in mora* associado ao *fumus boni iuris*, que está representada pela prova da existência do crime e o indício suficiente de autoria ensejará a privação da liberdade do agente preventivamente.

É imprescindível lembrar que esse cerceamento da liberdade deve ser com reserva, sem excessos, uma vez que a prisão cautelar deve ser deferida se realmente houver indícios da autoria e prova do crime para que não haja dúvidas da ocorrência da infração penal, retirando a liberdade de uma pessoa inocente, incorrendo em uma prisão indevida, como diversas vezes mencionamos.

3.3 Relaxamento de Prisão Ilegal

Ocorre o relaxamento da prisão ilegal pela autoridade judicial quando a privação da liberdade do indivíduo se der com violação à lei e por excesso de prazo. A prisão ilegal deverá ser imediatamente relaxada em qualquer fase do processo.

A Constituição Federal em seu art.5º, LXV, consagra: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

Dessa maneira, “[...] chegando ao conhecimento da autoridade judicial a existência de uma prisão ilegal, deverá ela, nos limites de seu poder jurisdicional, determinar *incontinenti* o seu relaxamento.” (OLIVEIRA, 2014, p.589)

O dispositivo constitucional nada mais é do que uma garantia contra a restrição da liberdade fundada na não observância da lei, ou seja, na ilegalidade. O relaxamento de prisão não se confunde com a liberdade provisória, pois no relaxamento houve uma prisão de forma irregular, enquanto na liberdade provisória, a prisão está dentro da lei, porém o réu preenche as condições que lhes permite responder o processo em liberdade.

O relaxamento de prisão é cabível, portanto, em qualquer tipo de prisão que esteja com violação das normas legais. A súmula 697 STF estabelece: “A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo”.

Assim, em um Estado democrático de direito onde a regra é a liberdade individual, não seria aceitável retirar essa liberdade sem um justo motivo devidamente previsto na norma.

3.4 Princípio da Inocência e Prisão Cautelar

A Constituição Federal determina em seu art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” Trata-se do princípio da presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade, onde o indivíduo é inocente até que seja comprovada sua culpabilidade. Esse princípio protege o direito a liberdade de ir e vir do agente, para que não seja suprimido antes da condenação penal definitiva.

Aury Lopes Junior disserta: (2015, p.587)

É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção sejam protegidos.

Por outro lado a mesma Constituição prevê espécie de prisão para o acusado, de forma antecipada, com a finalidade de acautelamento, seja da investigação policial ou do processo penal, que são as prisões cautelares.

Segundo alguns doutrinadores, esse tipo de prisão não ofende o princípio da inocência, estes convivem de forma harmoniosa. Tendo em vista essa medida ser considerada excepcional e para tanto somente deve ser decretada de forma fundamentada, levando em conta sua real necessidade.

De acordo com Fernando Capez: (2011, p.323-324)

(...) a prisão preventiva, bem como todas as modalidades de prisão provisória, não afronta o princípio constitucional do Estado de inocência, mas desde que a decisão seja fundamentada e estejam presentes os requisitos da tutela cautelar (comprovação do perigo da demora de se aguardar o trânsito em julgado, para só então prender o acusado).

Ocorre que, se existe uma garantia constitucional que impede a prisão do acusado antes do trânsito em julgado, como prender um indivíduo, mesmo que de forma provisória? Isso não estaria retirando-lhe sua liberdade individual e ferindo um de seus direitos? Já que este é considerado inocente, cabe ao acusador provar sua culpa para que o mesmo seja preso e não prendê-lo para que seja provada sua inocência ou não.

Em sentido contrário Paulo Rangel (2014, p. 844) afirma:

No Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão da prisão para investigar, ou seja, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente, é o autor do delito. Trata-se de medida de constrição da liberdade do suspeito que, não havendo elementos suficientes de sua conduta nos autos do inquérito policial, é preso para que esses elementos sejam encontrados.

O mesmo autor explica:

Prisão não pode ser uma satisfação à sociedade por mais grave que seja o crime, mas uma necessidade para se assegurar o curso do processo. No caso da temporária, é para se assegurar que se realize uma investigação sobre o fato, dizem, praticado pelo apontado suspeito, o que, por si só, é inadmissível. Prender um suspeito para investigar se é ele, é barbárie. Só na ditadura e, portanto, Estado de exceção. (RANGEL, 2014, p. 844)

A prisão provisória frente ao princípio da inocência é um contra senso que fere outras garantias constitucionais previstas para este princípio, como sua proteção a privacidade, a honra, imagem, ampla defesa, a dignidade, e a própria liberdade, já que a prisão de um indivíduo sem a comprovação de que este seja

culpado pode gerar consequências graves perante a sociedade. Sendo assim, o ab(uso) das prisões cautelares devem ser restringidas através da análise do magistrado no caso concreto para evitar transtornos ao acusado, principalmente se não tiver provas suficientes de sua autoria ou participação na infração.

4 PRISÃO INDEVIDA E INDENIZAÇÃO

4.1 Indenização

A indenização surge quando da prática de um ato ilícito que causar prejuízo a outrem. Esse dever de ressarcimento vem do princípio de que ninguém pode lesar outrem (*neminem laedere*). Portanto, quando um indivíduo causar lesão a interesse de alguém, seja este patrimonial ou moral, recai para o causador a obrigação de reparar o dano. O Código Civil no seu art. 927 reza: “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Todavia, para que haja a indenização deve-se estar presente o nexo de causalidade entre a conduta exercida e o dano sofrido, e ainda a demonstração de que essa conduta ilícita causou perda patrimonial ou tenha causado sofrimento.

A ideia de indenizar é de fazer justiça, reparar o prejuízo causado, tentando fazer a reconstituição da situação de antes.

A indenização pode se dar por danos materiais (patrimonial) ou danos morais (extrapatrimonial), a saber:

4.1.1 Indenização por danos materiais

Ocorre quando a lesão provoca um prejuízo no patrimônio de alguém, caracterizando uma diminuição ou perda patrimonial. Os danos patrimoniais abrangem os bens corpóreos e incorpóreos, trata-se de um conjunto de bens economicamente apreciáveis.

4.1.2 Indenização por danos morais

Nesse tipo de indenização, o dano causado atinge um dos direitos da dignidade da pessoa, capaz de trazer dor e sofrimento para o indivíduo que sofreu o dano.

Não podemos falar que a indenização por danos morais recompõe a situação anterior, já que se trata de dano psíquico, de ordem moral, que nunca seriam reconstituídos.

Para Silvio de Salvo Venosa: (2011, p.311-312)

Costumamos afirmar que a indenização, qualquer que seja sua natureza, nunca representará a recomposição efetiva de algo que se perdeu, mas mero lenitivo (substitutivo, diriam os mais tradicionalistas) para a perda, seja de cunho material ou não. Desse modo, sob certos prismas, a indenização pode representar mais ou menos o que se perdeu, mas nunca exatamente aquilo que se perdeu.

Com isso, essa indenização serve apenas para tentar compensar a dor da vítima que sofreu o dano. Por isso mesmo torna-se difícil avaliar seu *quantum* indenizatório, e não se pode generalizar devendo a análise ser feita em cada caso específico.

Dessa forma a indenização deve satisfazer ao máximo, capaz de reparar o mais próximo possível o dano sofrido pela vítima. Por outro lado, como enfatiza VENOSA (2012), jamais conseguiremos estabelecer uma correspondência entre o prejuízo causado com o dano e a indenização, por mais criteriosa que seja a avaliação do caso concreto, sempre levando em consideração a razoabilidade. Assim, sempre que possível o juiz deve se pautar em critérios objetivos para estabelecer o valor da indenização.

Porém, o arbitramento do dano moral não pode configurar enriquecimento sem causa e sim, como já mencionado, tentar compensar a dor, sofrimento ou tristeza causado a pessoa em decorrência do ato danoso do ofensor.

O juiz deve ter em mente, além do livre arbítrio, o bom senso, pois, a indenização deve ser razoável e suficiente para suprir a ofensa sofrida.

4.2 Indenização de Danos Morais como Função Punitiva

Boa parte da doutrina e jurisprudência admite o dano moral como forma punitiva ao ofensor. Já que a indenização aplicada através do dano moral é para tentar compensar, reparar a dor ou angústia sofrida pela vítima e ao mesmo tempo serve para fazer com que este possa sentir alguma satisfação apesar do sofrimento lhe causado e dessa maneira amenizar sua tristeza. Ao mesmo tempo em que pune o ofensor e lhe serve de desestímulo para a prática do ato ilícito. Nesse sentido, fala-

se de dano moral punitivo, uma vez que de alguma forma sanciona, reprova a conduta praticada pelo ofensor.

Conforme Daniel de Andrade Levy (2011, p. 72): “É a dupla função do dano moral: de um lado, a amargura da ofensa e um possível ímpeto de vingança e, de outro, a punição do agente pela violação de um bem jurídico da vítima”.

Portanto, podemos dizer que além do caráter de ressarcimento, o dano moral visa prevenir o agente para o não cometimento de dano a outrem, assim como uma maneira de punir àquele que causou o dano.

4.3 Prisão Indevida por erro Judiciário

Constantemente enfrentamos diversos erros causados pelo Judiciário. Esses erros não só ocorrem na esfera penal, podendo ocorrer também em decisões cíveis, trabalhista e, em todas elas a vítima deve ser reparada pelo Estado pela lesão que sofreu. Porém, um dos erros que mais intriga é a prisão decorrente de erro judiciário que se dá por ato judicial típico da atividade jurisdicional. Trata-se de ato decidido de forma equivocada contra um indivíduo, que lhes provoca um dano, a retirada de sua liberdade.

A Constituição Federal em seu art. 5º, LXXV: “O Estado indenizará o condenado por erro Judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Observar-se que o dispositivo constitucional deixa claro o dever de indenização pelo Estado às vítimas do erro Judiciário. Esses erros tanto podem ser através de condenação de pessoa errada ou mesmo por excesso de prisão, onde o condenado permanece preso além do que deveria, por esquecimento, falha e omissão do Estado. Fora os casos em que muitas vezes o acusado fica preso, sem nem mesmo ser julgado antes, ou seja, preso esperando um julgamento, e que em alguns casos o tempo de prisão que vem cumprindo já seria suficiente para pagar por aquele crime que cometeu.

4.3.1 Indenização às vítimas da prisão por erro judiciário

Nos casos elencados expressamente no art. 5º, LXXV, CF, o Estado está obrigado a indenizar o indivíduo pelo erro. Assim também dispõe o art.630 do CPP:

“O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”.

A prisão indevida seria uma afronta aos direitos da pessoa que teve sua liberdade cerceada injustificadamente e a indenização é uma forma do Estado tentar reparar os danos provocados, já que traz consigo traumas muitas vezes irreversíveis para a vítima. Ainda nesse mesmo sentido O art. 954 do CC estabelece: “A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido e se este não puder provar prejuízo”, informa ainda que “tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente”, que aduz “Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”.

É importante mencionar que para o Estado ser responsabilizado com a consequente indenização, deve-se verificar se a prisão injusta foi em decorrência de erro Judiciário provocado por agentes públicos, pois caso haja alguma excludente, como culpa exclusiva da vítima ou de terceiros, não haverá para o Estado o dever de indenizar. Trata-se da responsabilidade objetiva do Estado por danos provocados por seus agentes conforme estabelecido no art. 37,§6º, CF, ou seja, mesmo que sendo o juiz que determinou uma sentença equivocada, recai para o Estado a responsabilidade, a menos que este tenha agido de forma dolosa ou fraudulenta. Não esquecendo o direito de regresso por parte do Estado. Ademais, sabemos que todo ser humano passível de erro, o que não podemos aceitar é que o indivíduo que sofreu o dano permaneça com seu direito lesionado indevidamente e não tenha a necessária atenção por parte daquele que deveria tutelar e garantir esses direitos, o Estado.

De acordo com Maria Helena Diniz (2015, p.728):

Com a indenização a vítima poderá ingressar na vida social, mas é preciso deixar bem claro que o Estado deverá fazer o possível para restabelecer a situação anterior ao erro judiciário, dando ao condenado injustamente uma reparação patrimonial proporcional à privação da liberdade e as lesões morais e econômicas que sofreu, visto que foi atingido em sua honra, reputação, liberdade, crédito, etc.

Dessa maneira, a reparação é uma tentativa de trazer para o indivíduo aquilo que se perdeu em decorrência da prisão, compensando-lhe a dor, sofrimento

e humilhação vivenciados injustamente. Todavia, nem sempre o quantum indenizatório fixado é por vezes justo e com isso, além da demora no seu recebimento, o cidadão que sofreu o dano não é compensado como deveria.

Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.125)

Assim, a indenização deve satisfazer ao máximo, capaz de reparar o mais próximo possível o dano sofrido pela vítima. O arbitramento do dano moral não pode configurar enriquecimento sem causa e sim tentar compensar a dor, tristeza, o vexame e a preocupação causados ao ofendido em decorrência do ato ilícito. Com isso o juiz deve ter em mente, quando da aplicação do dano moral, além do livre arbítrio, o bom senso, pois, a indenização deve ser razoável e suficiente para suprir a ofensa sofrida.

A propósito, em casos de erro configurado no art. 5º, LXXV da CF, tem entendimento majoritário os tribunais (ANEXO A) pela responsabilidade objetiva do Estado e o dever de indenizar.

Sendo assim, extrai-se desses julgados, já sedimentados, que somente é objetiva a responsabilidade do Estado por erro Judiciário, nos casos estabelecidos em lei, no art. 5º, LXXV CF, uma vez que há entendimento de ofensa ao princípio da presunção de inocência tendo o Estado à obrigação de ressarcir de acordo com o caso concreto, ou seja, os prejuízos causados. Portanto, somente há cabimento de danos morais e/ou materiais por erro Judiciário que provoca a prisão e nos casos em que há prolongamento da prisão além do tempo fixado na sentença, por erro ou omissão.

4.4 Prisão Cautelar e o Direito a Indenização

Quando se fala em erro Judiciário estabelecido no art.5º, LXXV, deve -se fazer uma análise extensiva, incluindo todo erro judicial que provoque à prisão injusta, seja através da condenação transitada em julgado, quanto àquelas

decorrentes de prisão sem sentença, como a prisão preventiva, já que ambas causam prejuízos aos jurisdicionados. Cabendo da mesma forma o dever do Estado indenizar, conforme garantia expressa constitucionalmente. Porém, parte da doutrina e jurisprudência entende que a prisão cautelar quando recai em uma pessoa, mesmo que inocente não gera para o Estado a responsabilidade de indenizar pelo erro cometido.

Segundo Carlos Alberto Gonçalves: (2016, p. 184)

Tem-se decidido que 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 art. 386, VI do CPP, não é demonstrativa da certeza da inocência do réu. É técnica processual que se apoia na dúvida, em que prefere o erro judiciário que desfavorece a sociedade ao erro judiciário que ofenda o denunciado.

Diverge Sérgio Cavalieri Filho: (2014, p.325)

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

Esse entendimento não seria prudente, já que a prisão cautelar pode trazer consequências tão grave para a vítima quanto à prisão definitiva. Afinal, levar uma pessoa inocente as nossas cadeias ou ao sistema prisional que temos hoje, com tantas mazelas, mesmo que provisoriamente ofende não só direitos, mais também à própria dignidade da pessoa humana, visto que, a lesão provocada dificulta a inserção desse indivíduo novamente na sociedade.

A indenização é um meio de tentar amenizar o mau que a prisão indevida provocou. O acusado tem sua imagem exposta, muitas vezes pela mídia, taxado de criminoso perante a sociedade, sua reputação denegrida, perda do emprego, afetando sua volta ao convívio social.

Diante disso, não indenizar a prisão preventiva acaba por retirar a função de instrumentalidade que essa prisão tem, antecipando a condenação do indivíduo e negando a existência do princípio da presunção de inocência, pagando sozinho o acusado por tamanho encargo público em prol da coletividade, conforme estabelece Maria Helena Diniz (2015, p.729):

A prisão preventiva, se injusta[...], ou se ordenada por engano[...], como vimos, dará também origem à responsabilidade do Estado que deverá indenizar os danos dela decorrentes, que poderão ser até tão ou mais graves quanto os do erro judiciário, visto que, se o acusado for absolvido, ao final da instrução criminal, por ausência de provas ou inexistência de crime, verifica-se que em prol do interesse da sociedade, de apurar o crime e seu autor, um cidadão foi onerado, de modo desigual, pelas cargas públicas, logo, nada mais equânime que essa mesma sociedade, isto é, o Estado que lhe impôs um sacrifício anormal e excepcional, o indenize pelos danos causados no cumprimento do dever de apurar crimes e responsabilidades.

Assim sendo, não se pode aceitar que em um Estado Democrático de Direito, um cidadão pague por esse encargo, pois, é sabido que a privação da liberdade de alguém, se dar para garantia da ordem e harmonia da sociedade, retirando do convívio social aquele que infringiu a lei. E sendo este considerado inocente até que se prove sua culpa. Por isso, permitir que a prisão preventiva quando indevida permaneça sem a devida atenção, deixando o cidadão a mercê do Estado.

E ainda, se a Constituição garante a presunção de inocência do indivíduo, não podendo ser preso antes do trânsito em julgado, sendo assim a própria prisão preventiva já seria ilegal, e uma afronta maior ainda aos direitos da pessoa, é a prisão cautelar feita em virtude de erro e sem haver a responsabilidade do Estado de reparar por esse dano causado.

Ressaltando ainda que, havendo lesão a honra, a imagem ou a privacidade, o que a prisão indevida causa, o ofendido tem garantido seu direito a indenização, como dispõe o art. 5º, X, CF: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Na jurisprudência da maioria dos tribunais regionais e dos tribunais superiores (ANEXO B) a respeito do assunto, é possível verificar o entendimento de que a prisão preventiva, mesmo que indevida, não gera para o Estado o dever de indenizar, considerando ser uma responsabilidade subjetiva. Contudo, admitir tal entendimento é ignorar diversos princípios e direitos consagrados e conquistados durante muito tempo a duras penas

Por essa razão, ainda que de forma provisória, a prisão de um inocente importa incalculáveis danos que deve ser verificado em cada caso concreto, não podendo generalizar, pois o Estado deve proteger e garantir os direitos dos

indivíduos, ainda mais quando se fala em direito a liberdade, dado que, os seres humanos são livres por natureza, somente devendo ter a sua liberdade suprimida quando em fundado motivo, por transgredir norma imposta a todos e para que o Estado possa garantir os direitos de outros membros da comunidade e manter o equilíbrio em sociedade.

4.5 Julgamento em Segunda Instância e o Atual Posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF)

A partir do HC 126.292 de fevereiro de 2016, o STF por maioria de votos, entendeu que seria possível a execução da pena a partir da sua imposição ou confirmação em segunda instância.

Esse mesmo posicionamento da egrégia corte permaneceu nos julgamentos das liminares pleiteadas nas ADCs 43 e 44 propostas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Tais pedidos liminares tratavam da suspensão da execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância, a partir do HC 126.292 de fevereiro 2016, o que foi indeferidos em outubro de 2016.

Nesse toar, o STF decidiu recentemente, em novembro de 2016, pela reafirmação da jurisprudência definida em fevereiro, de que a execução provisória do acórdão penal condenatório não ofende o princípio da não culpabilidade. Porém, essa decisão e o seu reconhecimento como repercussão geral, vem causando bastantes controvérsias acerca de se estar ou não desrespeitando o art. 283 do CPP e o próprio princípio da presunção de inocência.

Ocorre que essa decisão agride não só o artigo acima mencionado, como também o princípio da presunção de inocência, pois, diversas sentenças já foram modificadas em sede de recurso. E esse posicionamento apenas irá restringir para o acusado mais uma possibilidade de poder comprovar sua inocência.

Tal decisão do Supremo se deu por 6 votos a 5, o que demonstra de certa forma uma instabilidade sobre o assunto e a gravidade de decisões como esta para a sociedade, no sentido da perda das garantias fundamentais. O ministro Dias Toffoli que havia votado a favor na primeira decisão, dessa vez se posicionou contra.

Eis alguns dos argumentos utilizados pelos ministros que posicionaram-se contra a execução provisória da pena em segunda instância.

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 43 DISTRITO FEDERAL. Nesse contexto, a execução provisória da pena, por tratar o imputado como culpado e configurar punição antecipada, violaria a presunção de inocência como “norma de tratamento”, bem como a expressa disposição do art. 283 do Código de Processo Penal. Em sua interpretação literal, a presunção de inocência exige que o réu seja tratado como inocente não apenas até o exaurimento dos recursos ordinários, mas sim até o trânsito em julgado da condenação, o que é bem diverso. Daí porque interpretar trânsito em julgado como mero exaurimento dos recursos ordinários subverteria o texto legal, haja vista que não se concebe a existência do trânsito em julgado provisório: ou se exaure a legítima possibilidade de recorrer, e a pena pode ser executada, ou não se exaure, e a execução da pena é vedada. Analogamente, o entendimento de que, após o julgamento dos recursos ordinários, a presunção de inocência se convolaria em presunção de culpabilidade colide frontalmente com o texto do art. 5º, LVII, da Constituição Federal. (BRASIL, 2016, p. 10)

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 43 DISTRITO FEDERAL. PLENÁRIO. VOTO. Quantos princípios proclamados pela autoridade superior da Constituição da República precisarão ser sacrificados para justificar a decisão desta Suprema Corte proferida no julgamento do HC 126.292/SP? Quantas liberdades garantidas pela Carta Política precisarão ser comprometidas para legitimar o julgamento plenário do Supremo Tribunal Federal que, ao instituir artificial antecipação do trânsito em julgado, frustrou, por completo, a presunção constitucional de inocência? Quantos valores essenciais consagrados pelo estatuto constitucional que nos rege precisarão ser negados para que prevaleçam razões fundadas no clamor público e em inescondível pragmatismo de ordem penal? Até quando dados meramente estatísticos poderão autorizar essa inaceitável hermenêutica de submissão, de cuja utilização resulte, como efeito perverso, gravíssima e frontal transgressão ao direito fundamental de ser presumido inocente? (BRASIL, 2016, p.1)

Segue outro argumento mencionado pelo mesmo ministro:

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 43. DISTRITO FEDERAL. PLENÁRIO. VOTO. A solução dessa questão, que não guarda pertinência – insista-se – com a presunção constitucional de inocência, há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de meios que, adotados pelo Poder Legislativo, confirmem maior coeficiente de racionalidade ao modelo recursal, mas não, como se pretende, na inaceitável desconsideração de um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos desta República fundada

no conceito de liberdade e legitimada pelo princípio democrático. (BRASIL, 2016, p.4)

Os entendimentos dos ministros Dias Toffoli e Celso de Mello condizem com o que proclama a Magna Carta, preservando direitos inerentes à pessoa e já consagrados nessa Lei maior, que preserva a dignidade da pessoa humana. No entanto, certo é que o indivíduo que cometeu o ato delitivo deve pagar, e a depender do caso concreto, com a mais alta pena que houver. Porém, a questão principal a ser discutida é se essa decisão não irá comprometer “liberdades”, já que se tem como garantia pétrea a comprovação da inocência até o trânsito em julgado.

Sabe-se que a sociedade pede respostas urgentes, mas será que somente a prisão, em meio à crise do nosso sistema prisional, garantiria a diminuição da criminalidade, uma vez que a mesma não consegue atender a sua finalidade ressocializadora.

Por isso, conceder a antecipação da pena de uma pessoa deve ser visto com bastante cautela, no sentido de não cometimento de erros e que inocentes acabem pagando com a privação de sua liberdade enquanto os verdadeiros culpados continuem soltos cometendo crimes.

Argumentos a favor do cumprimento da pena em segundo grau:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 43
DISTRITO FEDERAL [...] A dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema de justiça criminal do país. Se de um lado a presunção de inocência – juntamente com as demais garantias de defesa – devem viabilizar ampla disponibilidade dos meios e oportunidades para que o acusado possa intervir no processo crime em detrimento a imputação contra si formulada, de outro, ela não pode esvaziar o sentido público de justiça que o processo penal deve ser minimamente capaz de prover para garantir a sua finalidade última de pacificação social. (BRASIL, 2016, p.6)

O posicionamento majoritário dessa corte nada mais é que conceder a execução antecipada da pena para o acusado, conforme enfatizado, o que se torna grave e preocupante, pois, vem fazendo com que a presunção de inocência e o direito a liberdade enfraqueça diante da ordem constitucional para dá lugar a aplicação do processo penal. Ignorando direitos à muito tempo conquistados .

Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe no art. XI: “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”.

Portanto, a presunção da não culpabilidade já não faz mais sentido frente a decisões que ofendem norma imposta como cláusula pétrea do nosso ordenamento jurídico e estabelecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

4. 6 Consequências Psicológicas causadas pela Prisão

Desde muito tempo, já se estudam as consequências psicológicas que a prisão traz ao condenado, as chamadas psicoses carcerárias. Essas psicoses não necessariamente se originam na prisão, mesmo fora delas já existem diversos transtornos, ocorre que é na prisão que esses transtornos emocionais são desencadeados mais facilmente, decorrência de fatores de grande carga emocional, produzidos pelo encarceramento. Esses distúrbios têm como objetivo inconsciente esconder a situação vivenciada na doença, sendo por meio deles que o indivíduo alcança seu refúgio.

Após vários estudos nessa área, feitos por diversos pesquisadores, concluiu-se que essas psicoses não são produzidas na prisão, porém, deve-se salientar que a privação da liberdade produzem diversos efeitos que não se pode desconsiderar. Todavia, como não existe nenhuma psicose que comprovadamente tenha se originado na prisão, o termo psicose carcerária hoje se tornou inadequado, devendo se falar em reações carcerárias, ou seja, reações que afetam a personalidade do condenado em virtude da vida no cárcere.

As reações carcerárias podem ser de forma passageira ou não. Normalmente as reações passageiras são provocadas nos presos provisórios, que se caracteriza por um estado de reação explosiva à prisão, ocasionando extrema inquietação e violência. À medida que a vida no cárcere se prolonga, os transtornos vão avançando para estágios de delírios, de angústia, paranoia ou mesmo suicídio.

De acordo com Bitencourt (2011, p.200): “[...] por vários motivos, os reclusos podem desenvolver um quadro depressivo clássico de indiferença, inibição, desinteresse, perda da memória ou incapacidade para usá-la, perda de apetite, bem como uma ideia autodestrutiva que pode chegar ao suicídio”.

Ainda segundo Bitencourt (2011), a grande incidência de suicídios nas prisões é uma das consequências psicológicas que a prisão ocasiona e em decorrência desse fato, a prisão não traz um resultado positivo, de ressocializar o indivíduo, como principal função.

Todavia, cabe mencionar que nem todas as doenças psicológicas são provocadas em virtude do efeito prisional, deve-se levar em conta a propensão daqueles condenados que pratica de maneira reiterada o ato delituoso, o que provocará mais facilmente as reações ao cárcere.

É grande os prejuízos psíquicos produzidos pela prisão. Se tornando ainda pior para uma pessoa inocente, que além da privação da liberdade é colocada junto a presos violentos, em um ambiente superlotado, sem higiene e insalubre, que é como se encontra o sistema prisional, passíveis de doenças física e mental.

Para Bitencourt: (2011, p.201)

Quando se fala nos transtornos psíquicos produzidos pela prisão, imediatamente se pensa na desumanidade do regime celular. Mas não se imagine que apenas o regime celular foi maléfico, pois igualmente o é a prisão fechada contemporânea. A ausência de verdadeiras relações humanas, a insuficiência ou mesmo ausência de trabalho, o trato frio e impessoal dos funcionários penitenciários, todos esses fatores contribuem para que a prisão converta-se em meio de isolamento crônico e odioso.

Em suma, como foi demonstrado, são vários os malefícios causados pela privação da liberdade, isso, quando mencionado para um infrator que cometeu um crime por vezes hediondo, e que deve ser punido pela infração que cometeu. Agora imaginemos todos esses traumas vivenciados por uma pessoa que jamais cometeu crime algum, as consequências são devastadoras na vida dessa pessoa. Consequências essas, impostas pelo Estado-Juiz que deveria fazer sua proteção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil do Estado passou por diversas transformações ao longo do tempo, dando ensejo às discussões da responsabilidade do Estado quando este causa dano a um membro da sociedade. Essa responsabilidade está consagrada na Constituição Federal de 1988, dando proteção ao particular que for lesionado por atos dos agentes públicos, devendo a reparação ser feita através de indenização por danos morais e/ou materiais.

Nesse sentido, além de garantidor de direitos e proteção dos indivíduos, o Estado tem a obrigação de arcar com os prejuízos que venha a causar com seus atos. Dentre os direitos protegidos pelo Estado está à liberdade individual, liberdade essa que somente poderá ser suprimida quando o Estado no seu dever de punir e resguardar o direito dos demais vê-se ameaçado por aquele que transgrediu a norma.

Ocorre que, com esse dever de punir, o Estado acaba muitas vezes agindo com arbitrariedade, excesso de poder, falha ou mesmo omissão, cometendo erros e gerando danos que são suportados por pessoas inocentes. É o que ocorre na prisão indevida.

A prisão indevida provisória ou definitiva quando ocorre, agride diversos princípios estabelecidos na Constituição e também em tratados internacionais, pois produz consequências nefastas, ofendendo a integridade física, psíquica e moral, trazendo sofrimento e angústia para a vítima e sua família.

Entretanto, apesar desse ato causar e ferir princípios e garantias fundamentais, o Estado somente entende o dever de reparação se estiver garantido em lei, como estabelece o art. 5º, LXXV CF/88, ou seja, quando a prisão ocorrer por erro Judiciário e quando se estender além do tempo fixado para o condenado. Sendo assim, é entendimento majoritário dos tribunais e da doutrina que a prisão preventiva, mesmo sendo indevida não gera o dever de indenizar. Por conseguinte, deve o prejuízo ser suportado sozinho pela vítima em nome da ordem pública e para o benefício de toda coletividade, dado que, estará garantindo a justiça com o cumprimento do processo penal.

Contudo, observou-se que com o crescente aumento da violência que assola o país, o que se quer garantir é o papel do Estado de que está preservando a

ordem pública, se fazendo justiça, no sentido de dar respostas imediatas a sociedade, não importando de que forma seja. Com isso, é grande o número de indivíduos que procura o Judiciário para que seja compensado por danos lhes causado, o que muitas vezes são irreversíveis. Porém, sem chances de ganhar essa reparação, pelo menos por cerceamento de liberdade por erro de prisão cautelar, visto que é entendimento sedimentado pelos tribunais a não reparação por danos morais ou materiais por essa modalidade de prisão, desde que a mesma esteja devidamente fundamentada, uma vez que, tal prisão se dar para o acautelamento do processo, necessário para a persecução da justiça.

Por outro lado, importa mencionar que a indenização paga pelo Estado, nem sempre consegue suprir o dano causado por uma prisão injusta. Certo é que, o valor dessa indenização deve ser formulado de acordo com cada caso concreto, a depender da gravidade e conforme o livre arbítrio do magistrado, mas essa compensação, por toda consequência deixada por uma privação de liberdade injusta, ainda deixa a desejar.

Nessa linha de entendimento do Judiciário é possível verificar que o princípio da presunção de inocência e a liberdade individual, direitos esses que resguardam outros de fundamental importância como a honra, a imagem e a integridade física e moral, vem perdendo força frente a garantia do processo penal, e que por vezes também se perfaz pelo atendimento da mídia e clamor da população.

Por essa razão, entendimentos que o STF vem dando a dispositivos se tornam graves e preocupantes. Deixando de lado o respeito da dignidade da pessoa humana e por vezes fazendo normas, já que seus posicionamentos destoam o que o legislador consagrou, é o que vem acontecendo com a possibilidade de execução da pena em segundo grau.

Com isso é preciso cautela quando se trata de liberdade e valores históricos conquistados, devendo o Estado formular um aparato judicial capaz de garantir tanto a liberdade como a justiça e assim salvaguardar os direitos de todos.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.406, de janeiro de 2002**, que institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 27 set. 2016.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto - Lei nº 3. 689 de outubro de 1941**, que institui o Código de Processo Penal. Brasília, 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República do Brasil de 5 de outubro de 1988** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 182.241/MS** – Distrito Federal. Relator: Ministro Ari Pargendler. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, julgado em 20 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=indeniza%E7%E3o+da+pris%E3o+preventiva+&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=12>> Acesso em 22 out. 2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1030890/PR** – Distrito Federal. Relator: Ministro Castro Meira. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, julgado em 14 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=indeniza%E7%E3o+por+erro+judiciario&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=31>> Acesso em: 22 out. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal..** 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasTofoli.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal..Plenário. Voto.** 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal.** 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43TZ.pdf>>. Acesso em: 31out.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Habeas Corpus. HC nº 113887 AgR/SP** - Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, julgado em 10 de dezembro de 2013. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28INDENIZACAO%20+DA+PRISAO+PREVENTIVA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zhqmcgc> > Acesso em 22 out. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário com Agravo nº 939966/MG** - Distrito Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, julgado em 15 de março de 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28939966%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gwjeb2t> > Acesso em 22 out. 2016

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível: AC 10390140013686001 TJ-MG** 2016. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/345557348/apelacao-civel-ac-10390140013686001-mg> > Acesso em 22 out. 2016

BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. **Apelação Cível: APL 00035867820138080038 TJ-ES** 2016. Disponível em: <http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/357322638/apelacao-apl-35867820138080038>> Acesso em: 22 out. 2016

BRASIL. Tribunal De Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível: AC 10177120001652001 TJ-MG** 2015. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/253478281/apelacao-civel-ac-10177120001652001-mg>. Acesso em: 22 out. 2016

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. **Programa da responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de processo penal**. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMBLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro, volume 4**: responsabilidade civil. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**: referências doutrinárias, indicações legais, resenhas jurisprudencial. 5 ed. São Paulo: 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 9 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, volume 4**: responsabilidade Civil. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ANEXO A – EMENTAS DE JULGAMENTOS DE PRISÃO POR ERRO JUDICIÁRIO

REEXAME NECESSÁRIO DE OFÍCIO - APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - ATO COMISSIVO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - PERSECUÇÃO PENAL E PRISÃO INDEVIDA - ERRO JUDICIÁRIO CONFIGURADO - DEVER DE REPARAÇÃO - VALOR INDENIZATÓRIO - GRAVIDADE DO CASO - RAZOABILIDADE. 1. Os agentes vinculados às pessoas jurídicas de direito público interno e seus delegatários respondem objetivamente por danos causados a terceiros por atos praticados no exercício de sua atividade funcional, independentemente de prova de culpa. 2. A responsabilização civil por danos morais deve ser reconhecida se evidenciado o erro judiciário que resultou em prisão indevida. 3. O valor fixado a título de indenização por danos morais deve levar em consideração as particularidades do caso, como a extensão dos danos, o caráter educativo e punitivo da medida, a situação social do autor frente às possibilidades do obrigado, e, sobretudo, no caso concreto, a duração do encarceramento. (TJ-MG - AC: 10390140013686001 MG, Relator: Carlos Roberto de Faria, Data de Julgamento: 12/05/2016, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 03/06/2016)

APELAÇÃO CÍVEL – REMESSA NECESSÁRIA – PRISÃO PREVENTIVA – ART. 315 DO CPP – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL – OFENSA AO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE E AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA – TEMPO DE ENCARCERAMENTO IRRAZOÁVEL – ERRO JUDICIÁRIO CONFIGURADO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – DANO MORAL IN RE IPSA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO – REMESSA NECESSÁRIA PREJUDICADA. 1. A responsabilidade civil do Estado diante dos atos praticados por seus agentes é objetiva, haja vista a aplicação da Teoria do Risco Administrativo e conforme o disposto nos arts. 37, § 6º da Constituição Federal e 43 do Código Civil, bastando a ocorrência do dano e a comprovação do nexo de causalidade, dispensada a análise de culpa. 2. Embora haja previsão constitucional determinando que todas as decisões judiciais sejam motivadas, o legislador preocupou-se em reafirmar, no art. 315 do CPP, a necessidade da motivação para que o Magistrado decrete, substitua ou denegue a prisão preventiva, ou seja, o Julgador deve demonstrar que houve o

preenchimento dos pressupostos elencados no art. 312. [...] 3.O valor atribuído ao dano moral deve ser proporcional e moderado, atendendo ao duplo objetivo da indenização, ou seja, a compensação dos prejuízos suportados pela vítima e a punição cabível ao agente, atuando, neste último aspecto, como meio de desestimular a prática de novos atos ilícitos, mostrando-se razoável a sua fixação em R\$ 50.000,00 (dez mil reais).[...] (TJ-ES - APL: 00035867820138080038, Relator: ARTHUR JOSÉ NEIVA DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 16/05/2016, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/05/2016)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR ERRO JUDICIÁRIO. PRISÃO ILEGAL POR 9 (NOVE) ANOS DE RECLUSÃO. CONDENÇÃO 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.[...] (REsp 1030890/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 27/04/2011)

ANEXO B – EMENTAS DE JULGAMENTOS DE PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ATO JURISDICIONAL - PRISÃO PREVENTIVA - CONDENAÇÃO - ABSOLVIÇÃO SUPERVENIENTE POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - ERRO JUDICIÁRIO - INEXISTÊNCIA - DOLO NÃO DEMONSTRADO - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA. - Os atos praticados pelos magistrados no exercício de suas funções são, a princípio, insuscetíveis de ensejar a responsabilidade objetiva do Estado. Não obstante, tratando-se de atos restritivos da liberdade, o artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal ressalva a possibilidade de indenização nos casos de erro judiciário e prisão além do tempo fixado na sentença. - A mera superveniência da absolvição por insuficiência de provas, no segundo grau de jurisdição, não é capaz, por si só, de demonstrar a existência de erro judiciário a justificar a indenização pleiteada. - Inexistindo nos autos elementos capazes de evidenciar a ilegalidade dos atos jurisdicionais praticados na ação criminal em que foi decretada a prisão do recorrente, é indevida a indenização pleiteada. (TJ-MG - AC: 10177120001652001 MG, Relator: Paulo Balbino, Data de Julgamento: 29/10/2015, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/11/2015)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CUSTÓDIA CAUTELAR MANTIDA NA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. FUGA DO RÉU DO DISTRITO CULPA. PRESO EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO APÓS QUASE 13 (TREZE) ANOS FORAGIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. “A custódia preventiva visando à garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, legitima-se quando presente a necessidade de acautelar-se o meio social ante a concreta possibilidade de reiteração criminosa e as evidências de que, em liberdade, o agente empreenderá esforços para escapar da

aplicação da lei penal” (HC 109.723, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 27/06/2012). No mesmo sentido: HC 106.816, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 20/06/2011; HC 104.608, Primeira Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 1º/09/2011; HC 106.702, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 27/05/2011. 2. A segregação cautelar justifica-se para a garantia da aplicação da lei penal quando o acusado, tendo conhecimento do processo, permanece foragido. [...] Agravo regimental desprovido. (HC 113887 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 12-02-2014 PUBLIC 13-02-2014)

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO DE DANO MORAL RECLAMADA POR QUEM, PRESO PREVENTIVAMENTE, FOI DEPOIS PROCESSADO CRIMINALMENTE E ABSOLVIDO POR FALTA DE PROVAS. O

dano moral resultante de prisão preventiva e da subsequente sujeição à ação penal não é indenizável, ainda que posteriormente o réu seja absolvido por falta de provas. Em casos dessa natureza, ao contrário do que alegam as razões do agravo regimental, a responsabilidade do Estado não é objetiva, dependendo da prova de que seus agentes (policiais, membro do Ministério Público e juiz) agiram com abuso de autoridade. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 182.241/MS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 28/02/2014)

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Processual Civil e Administrativo. Indeferimento de prova testemunhal. Ausência de repercussão geral. Responsabilidade civil do Estado. Prisão cautelar determinada no curso de regular inquérito policial. Não indiciamento do investigado. Danos morais. Dever de indenizar. Descabimento. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes.

1. O Plenário da Corte, no exame do ARE nº 639.228/RJ, Relator o Ministro Cezar Peluso, concluiu pela ausência de repercussão geral do tema relativo à suposta violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa nos casos de indeferimento de produção de provas no âmbito de processo judicial, dado o caráter infraconstitucional da matéria. 2. O Tribunal de Justiça concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que não foram demonstrados, na origem, os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado, haja

vista que a prisão preventiva a que foi submetido o ora agravante foi regular e se justificou pelas circunstâncias fáticas do caso concreto, não caracterizando erro judiciário posterior não indiciamento do investigado. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que, salvo nas hipóteses de erro judiciário, de prisão além do tempo fixado na sentença - previstas no art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal -, bem como nos casos previstos em lei, a regra é a de que o art. 37, § 6º, da Constituição não se aplica aos atos jurisdicionais quando emanados de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico. 4. Agravo regimental não provido. (ARE 939966 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 17-05-2016 PUBLIC 18-05-2016)