

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**RAIMUNDO NONATO DE SOUZA LIMA**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PRISÃO INDEVIDA**

**Aracaju**

**2015**

**RAIMUNDO NONATO DE SOUZA LIMA**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PRISÃO INDEVIDA**

Monografia apresentada como pré-requisito para conclusão do curso de Bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

**ORIENTADOR**

Prof. Augusto Cezar Leite de Rezende

**Aracaju**

**2015**

**RAIMUNDO NONATO DE SOUZA LIMA**  
**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PRISÃO INDEVIDA**

Monografia apresentada como requisito parcial à comissão julgadora do curso de Bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovado em: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Augusto Cezar Leite de Resende**  
**Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe**

---

**Prof.**  
**Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe**

---

**Prof.**  
**Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe**

Este trabalho é dedicado a minha esposa Silvânia, aos meus filhos Simone, Pedro Victor e Gabriel. A minha vó Teté, tia Maria, meus pais Roque e Andrelina in memória, pelo amor a mim dedicado e os ensinamentos que me foram atribuídos.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, pela minha saúde e força para encarar este desafio.

A instituição FANESE por me proporcionar esta oportunidade, aceitando-me no seu corpo discente.

Agradeço excepcionalmente ao Prof. Augusto Cezar Leite de Rezende pela atenção e por ter aceitado me orientar neste trabalho de conclusão de curso.

Aos meus queridos professores que contribuíram para o êxito dessa nova conquista: Vitor Condornelli dos Santos, Mateus Dantas Meire, Marlene Hernandez Leites, Hortência de Abreu Gonçalves, Sheila Lobão Molina e o meu grande amigo e professor Alessandro Buarque Couto.

A minha querida vó Teté pelos ensinamentos e carinhos que me dedicou e me fez o homem que sou.

A minha tia Maria que com toda sabedoria, passava horas mostrando-me como encarar o mundo.

Agradeço a D. Amélia Pera, pela minha estadia em sua residência durante todo meu período colegial.

A minha esposa Sil que soube como ninguém me aturar.

Aos meus três filhos Simone, Pedro e Gabriel, pela candura e doçura que são comigo.

Ao meu genro e filho do coração, pela paciência que me dedicou nos momentos mais difíceis desta maratona, obrigado Fabiano.

Agradeço minha nora Thayssa, por me dedicar incentivo nessa jornada.

Aos meus irmãos Antonio, Benedita, Renilda, Romilda, Rita e Ronize que souberam como nunca me aturar na adolescência, com as minhas manias.

A minha prima Flor que me incentivou voltar a estudar. Obrigado Flor!

A minha querida Faildinha, Beбето, D. Nice pelo carinho que têm comigo.

A minha querida sogra Teresinha, hoje na gloria divina, por acreditar em mim. Teca te amo!

E por fim agradeço a todos que fizeram parte deste trabalho, a exemplo do meu sobrinho Junior que com muita presteza supriu as minhas limitações na digitação.

Sonho com um dia em que a justiça corra  
como água e a retidão como um  
caudaloso rio.

Martin Luther King Jr.

## RESUMO

O propósito deste trabalho, é traçar um perfil analítico do que seja uma prisão ilegal e por conseguinte a responsabilidade civil atribuída ao ente estatal, frente ao que é assegurada pela Carta Magna de 1988 ao cidadão, pelo princípio constitucional de direito a liberdade. Para que se entenda o desenrolar desse apanhado, far-se-á necessário conceituar o que é liberdade e a negativa desta garantia constitucional causando feridas profundas á dignidade do cidadão. Estes sofrimentos que o Estado impõe ao preso indevido, interferem no universo dos direitos e das garantias que a constituição assegura ao cidadão. Prosseguindo, constata-se que quando não há razão para privar o individuo da liberdade, a prisão não será admitida, isto a luz do princípio da liberdade, da legalidade e da dignidade humana. Quando a prisão ocorre, fica esta envolvida de direitos e responsabilidade do agente que a executou, com isso tornar-se-á possível avaliar a proteção dada a prisão, resguardando que esta ocorra na mais pura legalidade, caso contrario fica aí estabelecido o ato ilegal no que tange a privação da liberdade. Já não sem tempo, a lei nº 4.898 de Dezembro de 1965 regula o direito de representação para reparação de responsabilidade no abuso de autoridade, disponibilizando as atrocidades cometidas pelo agentes em nome do Estado no âmbito da prisão ilegal. Metodologicamente falando, o estudo contemplou o levantamento de fontes secundarias impressas e digitais, baseados em critérios de cientificidade e atualidade. Deu-se ênfase ao uso do método histórico, associado a análise de conteúdo. Para conclusão, este trabalho trás o que pensa os tribunais, encabeçados pelo Superior Tribunal de Justiça que vem julgando por unanimidade a responsabilidade civil do Estado frente a prisão ilegal, e por conseguinte o direito do cidadão ser indenizado em decorrência da injustiça cometida em danos morais e o materiais, em virtude deste feito. Desta forma pretende-se mostrar as possibilidades de reparação, se é que entendamos assim, dos danos morais e patrimoniais responsabilizando civilmente e objetivamente o estado pelos danos causados ao cidadão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prisão Indevida. Responsabilidade do Estado. Reparação dos Danos.

## **ABSTRACT**

The purpose of this work is to trace an analytical profile of what constitutes an illegal arrest and therefore the liability attributed to the state entity, compared to what is guaranteed by the 1988 Constitution to citizens, the constitutional principle of the right to freedom. To understand the course of this caught, far It will be necessary to conceptualize what freedom is and the negative of this constitutional guarantee causing deep wounds will dignity of the citizen. These sufferings that the state imposes on the improper arrest, interfere with the rights of the universe and guarantees that the constitution guarantees the citizen. Going forward, it appears that when there is no reason to deprive the individual of freedom, imprisonment shall not be allowed, that the light of the principle of liberty, legality and human dignity. When the arrest occurs, it is involved rights and responsibility of the agent who performed it, it will become possible to assess the protection given to prison, protecting it occurs in pure legality, otherwise there is established the illegal act with respect to deprivation of liberty. Already about time, Law No. 4898 of December 1965 regulates the right of representation to repair responsibility in the abuse of authority, providing the atrocities committed by State agents in the name under illegal arrest. Methodologically speaking, the study included a survey of print and digital secondary sources, based on scientific criteria and timeliness. Emphasis was placed on the use of historical method, associated to content analysis. In conclusion, this work back what you think the courts, headed by the Superior Court judge has unanimously civil liability of the State against illegal arrest, and therefore the citizen's right to be compensated as a result of injustice in punitive damages and the materials under this done. In this way it is intended to show the repair possibilities, if we understand well, the moral and economic damage civilly responsible and objectively the state for damage caused to citizens.

**KEYWORDS:** Undue Prison. State responsibility. Reparations Damage.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>2</b>	<b>HISTÓRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....</b>	<b>12</b>
<b>3</b>	<b>RECONHECIMENTO DA IGUALDADE/SOLIDARISMO JURIDICO.....</b>	<b>15</b>
<b>4</b>	<b>ESTADO RESTRINGINDO A LIBERDADE PESSOAL DO CIDADÃO.....</b>	<b>17</b>
	4.1.A Prisão Como Meio de Restrição da Liberdade.....	22
	4.2.Prisão e Suas Espécies.....	27
	4.2.1 Prisão sem pena.....	27
	4.2.2 Prisão pena.....	29
	4.3.Autoridade Competente.....	30
	4.4 Prisão Solicitada por Precatório.....	32
	4.5 Realização da Prisão por Mandado.....	32
	4.5.1 Inviolabilidade do domicilio.....	33
	4.5.2 Uso da força.....	34
	4.5.3 Uso das algemas.....	35
	4.6 Prisão Especial.....	36
<b>5</b>	<b>O ESTADO E SUA RESPONSABILIDADE PELA PRISÃO ILEGAL.....</b>	<b>39</b>
	5.1. Dano Patrimonial.....	42
	5.2. Dano Moral.....	44
	5.3. Quantum e Dano Indenizável.....	49
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>53</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>55</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O tema que centraliza essa monografia, é a responsabilidade que o Estado tem, em virtude da prisão ilegal e a reparação dos danos que o particular sofreu, decorrente deste ato lesivo praticado pelo ente estatal.

O resultante dessa lesão será corrigido de forma a amparar os direitos e as garantias do cidadão que a Constituição Federal assegura-lhe. Prosseguindo conceitua-se prisão, definindo os tipos e as alternativas elencadas no ordenamento jurídico, abuso de autoridade em culmino sempre em uma prisão indevidas.

Essa abordagem, contemplará ainda a falta de pressupostos legais para que essa prisão aconteça. Continuando, foi enfocada a responsabilidade objetiva e ou subjetiva do ente estatal para com o cidadão os elementos desta responsabilidade, assim como o nexos causal desta conduta e os danos provocados ao preso ilegalmente. Foi abordada, para que se possa entender melhor o tema, o conceito de liberdade para provar o quanto é arbitraria a prisão no quesito em que se refere “a dignidade humana” protegida pela Constituição Federal.

Faz lembrar que, uma vez ferido o cidadão individualmente pelo Estado, far-se-á necessário a reparação por este, nos moldes apregoados na lei. Basta lembrar que toda prisão tem que ser lastreada na mais pura legalidade para que não fique provado o ato ilegal de privação de liberdade, fazendo assim o que a lei nº 4.838 de nove de Dezembro de mil novecentos e sessenta e cinco ensina. Também será objetivo de estudo o direito de representação e o respectivo processo para apuração da responsabilidade no abuso de autoridade, tornando certa a resposta a estas praticas estatais.

Como objetivo deste trabalho, tem-se quatro pontos de extrema valia que são: estudar a responsabilidade do Estado quanto a essas prisões efetuadas erradamente; estudar responsabilidade civil do estado nos referidos casos; estudar a identificação dos danos causados aos presos indevidamente e estudar a maneira de reparara os danos sofridos a essas pessoas.

São questões norteadoras do estudo: Qual a responsabilidade do Estado quanto a essas prisões efetuadas indevidamente? Como responsabilizar o Estado com essas prisões? De que forma vamos identificar os danos causados aos presos indevidamente? O que fazer para reparar os danos sofridos a esses indivíduos?

A metodologia do trabalho em questão, é o estudo de como atribuir ao estado a responsabilidade pela prisão individual, através de pesquisas bibliográficas, qualitativas e descritivas, norteadas pelos ensinamentos jurídicos.

Para obter informações sobre as atrocidades vista no quesito anterior, serão consultados livros, artigos, trabalhos científicos e a fonte primária será retirada da doutrina e da Constituição Federal.

Quanto ao estudo da responsabilidade do estado por essas prisões indevidas, dar-se-á através de consulta a legislação e constituição federal.

A pesquisa em evidencia será norteadada com abordagem no método qualitativo, pois de acordo o que pensam (ORIDES; CLAUDIO SERVILHA, 2008) esta será em sua totalidade baseadas em dados bibliográficos capazes de identificar a origem do problema, e sua compreensão assimilada por inteiro.

No capítulo dois, inicia-se o estudo, com a historicidade da responsabilidade civil, o conceito de direito de liberdade assegurada pela Constituição Federal de 1988 e o reconhecimento da igualdade (solidarismo jurídico) que se traduz na responsabilidade civil do Estado, ao efetuar uma prisão de maneira arbitrária a reparação dos danos sofridos pelo cidadão quando dos sessamento de sua liberdade.

Prosseguindo, no capítulo três, aborda-se o reconhecimento da igualdade/solidarismo jurídico, com sua evolução e o comportamento humano perante o reconhecimento de uma igualdade ética, aborda-se o processo histórico saindo de cena e permitindo que o Estado de Direito tome seu lugar no âmbito da ciência.

Já no capítulo quatro, tratar-se-á do Estado restringido a liberdade pessoal do cidadão, aborda-se também a prisão como meio de restrição de liberdade, prisão e suas espécies a exemplo de prisão sem pena e prisão pena, fala-se da autoridade competente, da prisão solicitada por precatório, da realização da prisão por mandado a inviolabilidade do domicílio, uso da força, uso das algemas e aborda-se com afinco prisão especial.

O capítulo cinco traz, uma leitura metódica a respeito do Estado e a sua responsabilidade pela prisão ilegal, falar-se-á do dano moral, do dano patrimonial, do quantum indenizatório.

Por fim, observará as respostas dos tribunais com relação a questão ao seu entendimento que na sua totalidade vem responsabilizando civilmente o estado nos

pontos esperados pela sociedade, quais são danos morais e patrimoniais. Portanto, são objetivos desta pesquisa: propor uma discussão sistemática arrolando a responsabilidade civil do Estado frente a prisão ilegal.

## 2 HISTÓRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A história da responsabilidade civil é calçada em princípios que ao longo do tempo, vem sendo modificada formando uma somatória, dos quais irá sendo entendida a medida que se avança no tema.

O Direito vem buscar a forma mais pacífica de solucionar lides que surgem no âmbito da sociedade, visto isto é que o instituto da responsabilidade civil, vem através dos tempos captando ensinamento das sociedades mais remotas para tirar deduções e por conseguinte sofrendo modificações no corpo de seu instituto.

O Direito Romano é tido como ponto de partida para reflexão na nossa cultura ocidental. Com a responsabilidade civil não é diferente, conforme nos ensina (DI PIETRO, 2001). As primeiras organizações de sociedade assim como na pré romana, o instituto esta amparado na concepção de vingança, bastante compreensível do ponto de vista do ser humano que tem como maneira mais assertiva de compensar o mal a que fora acometido. Partindo desse pensamento é que o Direito Romano manifesta de maneira natural e espontânea intervindo na sociedade para permitir ou excluir, quando fato não justifica a aplicação de medida.

A autora em evidência ensina que este posicionamento trata-se da Lei de Talião e que contem traços da Lei das XII Tabuas. Vale resaltar que o direito romano não tinha nenhuma preocupação teórica de sistematização do instituto, levando em consideração que a sua elaboração aconteceu do trabalho dos romanistas, apoiados numa constituição dogmática fundada nas decisões dos Juizes e dos Pretores, pronunciamentos dos jurisconsultos e de relevância abordagem as constituições imperiais (DI PIETRO, 2001, p 214).

Vale ainda ser lembrado, que a edição da Lei Lex Aquilia foi o marco da evolução histórica da responsabilidade civil, que deu autenticidade a nova redação da responsabilidade civil delitual, e extra consensual. Ao se falar em responsabilidade civil do Estado, este instituto foi acometido de uma grande mudança através da historia na qual três fazes foram observadas, sendo cada uma dela com características bem diferenciadas dando margem a teorias bem distintas no referido instituto segundo (DI PIETRO, 2001, 214).

A primeira teoria é a da irresponsabilidade, que deriva dos Estados absolutistas estes que tem lastro na ideia de soberania deixando cair por terra

qualquer ideia de igualdade do poder público com o súdito, dando margem a impossibilidade de declarar o Estado como responsável por atitudes adversas contra o lado não estatal. Nesta teoria o Estado, ao agir na plenitude do seu exercício, não aceitava o cometimentos de erros, e sem estes, eram atribuídos ao funcionário público o cometimento de tais desleixo e responsabiliza-lo à reparação do dano. Na fase civilista, a responsabilidade do ente estatal é reforçada com o aparecimento no século XIX dos Estados liberais, de legislações mais modernas capazes de dotar ao direito civil o conceito da culpa (BONAVIDES, 2009, p. 135).

Nesta fase civilista, vinha bem definidas as posições em que distinguia os atos estatais que eram os atos de gestão e os atos de império. No ato de império o Estado exercia o seu poder soberano com todos os privilégios, não sendo cabível assim qualquer dano por ele ser reparado. Já no ato de gestão, o poder público tinha compartilhado com os particulares, exemplificando (nos atos que tinham destinação a conservação e o desenvolvimento do patrimônio público), e também aqueles que se faziam necessário a gestão de seus serviços. Nesse interesse, tínhamos o direito em comum, que o obrigava a reparação de danos causados ao indivíduo, mas para que esse cidadão tivesse seu pleito atendido era necessário que fosse demonstrado a culpa do servidor público (BONAVIDES, 2009, p. 325).

Com o aparecimento do código civil Francês, nasce a segunda etapa da fase civilista, como premissa adota a teoria da culpa, donde o particular ao ser lesado teria que ter reparação do dano, caso fosse certificado que o funcionário público era detentor da ação culposa. Porém era necessário fazer uma análise da natureza do ato para certificar do cabimento ao ato de império ou de gestão.

A fase publicista, vem lastreada na jurisprudência francesa, que tinha um juízo formado em prol da responsabilidade do estado, uma vez que não era cabível a submissão do Estado ao princípio do direito civil, pois o mesmo era possuidor de características especiais, em nada parecido com a responsabilidade inerente a relação jurídica entre pessoas. Prosseguindo, assegura que, não abandonando as jurisprudência francesa, em alguns casos passou-se a adotar a teoria do risco, tendo como pano de fundo o princípio da igualdade dos ônus a encargo sociais e também o princípio da solidariedade, onde prevalece a ideia da repartição entre os indivíduos das perdas adquiridas por apenas um particular ou varias pessoas com um único motivo de criar um equilíbrio entre elas (DI PIETRO, 2001). Esta teoria vem

ovacionar os elementos subjetivos, culpa e dolo, seja do funcionário ou do Estado para firmar a responsabilidade estatal, assegurando que a atuação do estado por si só já está envolvida no risco e dano aos particulares. Diante de tal afirmativa a Responsabilidade do Estado passa a ser vista como objetiva, possibilitando ao lesado demonstrar a ligação entre o dano sofrido pelo serviço público.

### 3 RECONHECIMENTO DA IGUALDADE/SOLIDARISMO JURIDICO

É de suma importância, entendermos o propósito do texto, haja visto que para assimilarmos o que é solidarismo jurídico, algumas diretrizes terão que ser traçadas para tal fim. Entende (PONTES DE MIRANDA, 1973) que a história da humanidade é notadamente marcada pela evolução constantes de atos e costumes que são observados cotidianamente.

Não menos notado, o que Pontes de Miranda enfatiza como o “quantum despótico” que é sistematicamente entendido como sendo uma maneira de submissão de uns ao domínio de outros. Graças a crescente sabedoria humana vêm-se notando a aplicação do princípio fundamental da ética em varias vertentes do Direito, fazendo com que se reduza o percentual de submissão de uns em detrimento de outros. Com isso esse processo histórico, vem em muito sendo reduzido dando margem a que o Estado de Direito tenha seu lugar para satisfação da ciência. Essa evolução no comportamento é peça fundamental para o estabelecimento da democracia, tendo como ênfase o princípio da igualdade que nos leva ao Estado Democrático de Direito, que é o mais puro desejo de todo cidadão. Em outras palavras o Solidarismo Jurídico antes visto como reconhecimento de uma igualdade ética, não teria respaldo no modelo de Estado Absolutista, porém o seu tempo de ação, advém da decadência deste modelo político (PONTES DE MIRANDA, 1973, p 321).

Em virtude das relações do Estado com os administradores, no que tange a responsabilidade civil, o Solidarismo Jurídico aparece, quando o Estado está frente ao dano causado ao administrado, refletindo essa responsabilidade entre todos, pois não há diferença entre eles. Numa visão solidarista observa-se que o ônus das atividades do Estado é reflexiva em partilha de ônus para todos. Entende-se que quando todos obtém benefícios, deve e tem que ser assim, arcado por todos. Igualmente. A responsabilidade do Estado é de uma vertente objetiva, não deixando duvidas, pois os danos causados por atos comissivos só é necessário que haja a simples relações de causalidade, donde deve ser aplicada para análise da responsabilidade civil do estado na estudada, prisões ilegais (PONTES DE MIRANDA, 1973, p 334)

#### 4 ESTADO RESTRINGINDO A LIBERDADE PESSOAL DO CIDADÃO

É importante sabermos que a liberdade pessoal, muito antes de ser reconhecida como Direito Constitucional, já era reconhecida como direito natural do homem, diante disto é que se sabe que este nasceu para ser livre até que medidas cabíveis e respaldadas na lei venha-lhe suprimir esta liberdade. Partindo deste princípio, entende-se que a partir do momento em que se vive em sociedade, esta nos impõe regras de convívio social da qual não podemos ficar a margem, sobre pena de não atendermos a este convívio. O homem é capaz de momentos de insensatez e com isso vir a ferir a paz social, pois nesse momento a sociedade requer o equilíbrio da situação não restando outra alternativa, se não a restrição da liberdade, como forma de restabelecer a ordem evitando que se instaure um caos social. Desde o momento em que a liberdade pessoal tem o reconhecimento pelo Estado como um Direito inalienável, este pensamento foi ganhando força e hoje é Direito supra sagrado do ser humano (QUIRINO, 2011).

Carece lembrar que, o Estado tem que intervir na restrição da liberdade de alguém, em virtude da própria sociedade que exige a sua atuação como forma de restabelecimento da paz social. Este Estado não pode usar de seu poder se não o fizer de forma lastreado em lei, e se contrario for, será obrigado a reparar os danos que o individuo sofreu. Conforme pensamento de (QUIRINO, 2011) entendesse liberdade pessoal, como uma garantia importantíssima para o ser humano.

A ciência do Direito sempre foi apoiada na proteção da liberdade do individuo, lembrando ele que, muito embora esta liberdade pode não ser absoluta, pois sendo' o homem parte de uma sociedade civilizada, não resta duvida que este possa sofrer restrições em determinados momentos em que o convívio social achar necessário. Não há equilíbrio social, se não forem respeitados os direitos de cada membro desta sociedade, nos dando condições para que não sejamos escravos daqueles considerados mais poderosos.

A Carta Magna de 1988 enaltece o Direito a liberdade no seu art.5º inciso XV e também protegendo o cidadão de ser acometido de prisão ilegal e arbitraria em seus incisos LXI e LXVIII. Na sequencia (PONTES DE MIRANDA, 1973) reafirma que a liberdade pessoal está validada em elementos que a levem para seu exterior, no direito de permanecer, no direito de ir e vir, daí onde se observa o sagrado sentido de liberdade física como atributo de liberdade pessoal. Sintetizando,

entende-se que, o cidadão tem o direito assegurado na constituição de ir e vir, e movimentar-se sem barreira em todos os locais que melhor lhe convier. Com isso deixa o indivíduo sem percalços que o impeça de externar as suas vontades, no que tange as suas realizações pessoais, como forma de que sua satisfação seja em toda atendida. Reconhece também que a ciência do direito sofreu significativa evolução na questão de direito da liberdade pessoal, como um bem de tamanha importância comparado com o direito a vida, e assim recebendo do Estado toda proteção que lhe é de direito (MIRANDA, 1973, p 242 - 244).

Porém, a de se entender que esta liberdade não é em sua totalidade ofertada. O estado detém também o direito de restringi-la, assim que seja necessário para que a sociedade tenha contrabalanceada o sentimento de igualdade de seus cidadãos. Para (MEIRELLES, 2002) a liberdade física tem base necessariamente no direito de ir e vir e permanecer, mas no entanto esta liberdade entendida como natural, não é assim tão absoluta, pois é estancada no poder estatal, que por sua vez é o detentor absoluto no que tange manter a ordem e a paz pública, como forma de tornar justa a sua atuação. Neste caso entende-se que liberdade pessoal é regulada pela lei que deve ser arbitrada a cada ser individualmente, deixando cair por terra o sentido de liberdade absoluta, pois todo cidadão tem como parâmetro os limites que a lei os impõe (MEIRELLES, 2002, p 189).

A constituição federal de 1988 traz em seu art.37 § 6º, a seguinte leitura:

art.37 Administração pública direta e indireta ou qualquer dos poderes da União dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e também o seguinte: [...]

art.6 As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos responderam pelos danos que seus agentes, nessa qualidade cometeram a terceiros, observando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Prosseguindo a linha de raciocínio, o código civil traça regras em que muito se assemelha, em seu art.43, afirmando que:

as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvando que terá direito regresso contra os causadores do dano se houver por parte destes culpa ou dolo.

É necessário lembrar que, a efetivação desta forma de responsabilidade civil não aconteceu misteriosamente, pois, para que tal fato acontecesse houve uma vasta produção de doutrina especializada na matéria, nas mais diversas direções. Para explicar melhor a evolução dessa teoria de responsabilidade civil do Estado, far-se-á necessário lembrar, o que é responsabilidade absoluta até a teoria do risco integral, que doravante será retratada com afinco. Segundo Pablo Stolze; Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p.348) estas teorias tendem a serem estudadas a medida de menor ao maior grau de responsabilidade do Estado pela conduta praticada por seus agentes.

Em primeira mão, aborda-se a teoria da irresponsabilidade que segundo o brocardo inglês “The King Can Do No Wrong” (“O rei nada faz de errado”) brocardo este que vigorou por longos tempos na história das sociedades políticas estatais, em que tinha como fundamento a possibilidade do estado ausentar-se da responsabilidade baseado unicamente, na teoria divina, atribuída ao poder estatal para justificar tal procedimento (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 348).

Mais a diante, com a moderna concepção do Estado impera-se a irresponsabilidade total do poder estatal, na figura do poder publico, que não era admitido em nenhuma hipótese os danos causados pela administração publica, neste pensamento havia a presunção que a expressão da lei era o Estado em sua plenitude, não dando margem a possibilidade de vê-lo com violador da ordem, haja visto que era tarefa deste preservá-la na mais pura essência. Posteriormente, o Estado é acometido da decadência do absolutismo sobre a influencia do liberalismo, instaura-se a perda da imunidade estatal, da qual beneficiava-se ao longo tempo, sendo assim, é inaugurada a nova conduta, em que admitia-se o Estado como responsável literalmente pelos seus atos (GAGLIANO; FILHO, 2009, p. 348).

No entendimento de Gomes Luiz Roldão de Freitas (2000, p.140), a teoria subjetiva advém do imperialismo da teoria absoluta da irresponsabilidade do Estado face aos danos causados a particulares, em que seu íntimo, era entendido como sendo responsabilidade subjetiva, haja visto que a culpa do funcionário era atribuída para que o estado fosse responsável, fazendo-se necessário a presença deste animo caracterizador do fato.

Da teoria subjetiva nascem ramificações que se aborda doravante, a exemplo da teoria da culpa civilista, enfocada por Pablo Stolze; Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p.111) que afirmam ser esta teoria a primeira do rol das

teorias subjetivas propugnadas pela responsabilidade civil do Estado, pois estava fincada na ideia de tornar os seus agentes responsáveis, ou seja seus servidores, donde estes tornar-se-ia pressupostos. Visto isso, entende-se que incide ao Estado em culpa "*In Vigilando o In Eligindo*", que deveria este ser obrigado a reparar os danos causados por seus representantes, na figura dos seus servidores. Esta teoria vinha amparar inúmeras situações como a de não ressarcir o particular, pois este não tinha condições, ou seria muito difícil a comprovação de elementos anímicos do Estado. Uma segunda teoria, denominada como teoria da culpa administrativa ou entendida por alguns autores como, culpa do acidente administrativo, aparece como sendo uma fase intermediária.

Na teoria descrita no parágrafo anterior, aparece como sendo uma fase intermediária no processo de transição, entre responsabilidade civil com culpa, frente a objetivação da responsabilidade civil, pois antes de ser vista como vinda do agente público como um proposto representante do Estado, admite como sendo este, uma célula estrutural estatal donde que, se o dano for gerado, este é em virtude da própria administração pública. Neste parâmetro para atribuir-se a responsabilidade estatal a culpa "*In Commitendo* e a culpa *In Amittendo*" traduzindo-se em que, o elemento subjetivo estaria respaldado na ação, e também na omissão dos seus agentes administrativos.

Na teoria da culpa anônima, não tinha uma base satisfatória, pois não havia possibilidade de ver e atribuir a individualização da identidade daquele que o dano causou, em virtude do gigantismo da máquina estatal e a impessoalidade do serviço prestado, deixando a vítima impossibilitada de ver seu mal corrigido, por não poder identificar o funcionário. Para casos como esse, ver-se a responsabilidade direta do Estado, já que exige-se não mais que a lesão fosse consumada através da atividade pública, não havendo necessidade de saber-se ao certo qual foi o agente administrativo que procedeu o dano (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 122).

Prosseguindo, aborda-se o que se denomina teoria da culpa presumida, o falsa teoria objetiva, onde não passa de uma vertente da teoria da culpa administrativa, tendo como principal diferença, que esta é acompanhada da presunção da culpa do Estado, no critério de inversão do ônus da prova.

No universo das teorias subjetivas, aparece a teoria da falta administrativa ou teoria da culpa administrativa a qual visualiza-se a falta do serviço estatal tonando-se culpa administrativa, não tendo a necessidade de investigar-se o

elemento subjetivo do agente estatal, onde a falta do serviço por si só, é o causador do ato.

Ainda é dado o dever de conhecer, a teoria do risco social ou para muitos, denominada responsabilidade sem risco. O fundamento que a distingue das demais é bem simples, o dever do estado é ser promotor da harmonia e da estabilidade social, daí, se é quebrado essa harmonia, é dado o dever ao Estado de repará-la. Ver-se nessa teoria que, prescindindo da conduta humana com reflexo direto ao Estado, tendo como ponte os seus agentes. Exemplo desta teoria é: quando em situações em que não é possível conhecer o autor dos delitos, quando estes empreendem fugas sem deixar pista, o que insolventes tornar-se-ão, no intuito de não deixar a vítima sem um reparo, o Estado será contemplado com o ônus de reparar. (BAHIA, 2005 apud GAGLIANO FILHO, 2005, p. 194)

A teoria adotada no sistema jurídico brasileiro, na visão da maioria dos doutrinadores, é a teoria da culpa presumida, toda via, determinadas correntes não compartilham com esse pensamento, que lembra, sem sombra de dúvidas, a responsabilidade civil prevista na constituição federal de 1988, pois é essencialmente objetiva prescindindo de ideia de culpa como pressuposto para obrigação de indenizar. A constatação de “culpa da vítima” fulmina a pretensão reparatória, não pela ausência de elemento subjetiva, mais sim por quebrar o nexo da causalidade necessário para o reconhecimento da reparação do dano. Sintetizando, fundamenta-se quando se compreende o nosso sistema de responsabilidade civil no Brasil, que abraça a mais ampla reparação de danos causados, isto independente do elemento culpa. Porém é bom lembrar que não implica necessariamente dizer que, o sistema brasileiro adotou a teoria do risco integral, ou social, não é isso, mais sim a teoria do risco administrativo donde é quebrado na íntegra o risco causal, quando comprovado uma das excludentes da responsabilidade civil, (GAGLIANO PAMPLONA FILHO, 2005).

#### **4.1 Prisão Como Meio de Restrição da Liberdade**

Para iniciar este raciocínio, é bom ter em mente que a prisão é a supressão da liberdade individual mediante causa, e sem outras palavras, a privação da liberdade individual de ir e vir. E tendo em vista a prisão albergue, podemos assim definir a prisão como privação mais ou menos intensa de liberdade ambulatoria. Este

entendimento abraça duas especificação de prisão que são: prisão com pena, ou sendo a prisão sanção, aquela que advém de sentença penal condenatória irrecorrível, a qual é utilizada como meio de repressão ao crime e contravenções; e a prisão sem caráter de pena, também conhecida sobe a denominação genérica de prisão sem pena, e assim sendo, para proteger e blindar a liberdade individual do cidadão, a constituição federal assegura em vários incisos do art.5º as garantias elencadas a seguir (TOURINHO FILHO, 2006, p 48.):

Art.5º - todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade nos termos seguintes [...].

LXI – ninguém será preso se não em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar de crime propriamente militar, deferidos em lei.

LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e a família do preso ou a pessoa por ele indicado.

LXIII – o preso será informado de seus direitos entre os quais de permanecer calado sendo-lhe assegurado a assistência da família e do advogado.

LXIV – o preso tem direito de identificação dos responsáveis pela sua prisão o por seu interrogatório policial.

LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judicial.

LXVI – ninguém será levado a prisão ou nela mantida quando a lei admitir, a liberdade provisória com ou sem fiança.

LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

LXVIII – concede-se o habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação, em sua liberdade de locomoção por ilegalidade o abuso de poder.

LXIX – o estado indenizara o condenado por erro judiciário, assim como o que ficou preso além do tempo fixado na fiança.

Aqui se percebe a preocupação dos legisladores para com o cidadão em deixar registrado na Constituição Federal de 1988, total obediência ao princípio da legalidade, pelo qual o direito de liberdade individual tem que ser resguardado e respeitado, não permitindo qualquer violação, pois por via de regra, a liberdade está acima de qualquer situação e principalmente quando estes casos estão previsto na lei.

Para firmar mais o compromisso da constituição federal com o cidadão, esta nos ensinam o dever de assegurar que, se este for atingido por um ato que constitua

uma coação ilegal, cabe a ela afasta-lo com o auxilio de instrumentos de impugnação que estão previsto em lei; a exemplo de, o relaxamento, a liberdade provisória, a revisão criminal e o habeas corpus. É digno de ser notado que, a prisão ilegal não passa de uma modalidade de prisão, promovida sem que seja observada as formalidades legais, ou com um extremo abuso de poder, de onde conclui-se que, antes de qualquer irregularidade em que culmine na restrição da liberdade pessoal, o ente estatal fica embebido da responsabilidade da reparação dos danos causados ao cidadão (NUCCI, 2012).

Sem a demonstração de culpabilidade aparente do cidadão, este por sua vez, não poderá ser punido pelo Estado, haja visto que em assim sendo, feriria o principio da presunção de inocência, este elencado no art.5º, LVII da Constituição Federal.

Para afastar o principio da presunção, são necessários nada menos que cinco pressupostos causadores, segundo o julgado nº31/81 do Tribunal Constitucional espanhol “(1)-uma mínima atividade probatória;(2)produzida com as garantias processuais;(3)que a prova seja incriminatória;(4)que da prova possa-se deduzir a culpabilidade do acusado;(5)que a prova seja produzida em juízo”, segundo Kimura (2005, p 231).

Com a constante incidência das prisões provisória tem o Supremo Tribunal Federal, decidindo a posição em que a negativa do direito que o réu tem de apelar em liberdade, quando este não tem preenchido os requisitos legais para que tenha este beneficio, não afronta o principio da culpabilidade elencado no art.5º, LVII, da Constituição Federal. A faculdade do agente apelar em liberdade, tendo como objetivo que a sentença seja reformada, somente impondo-se o recolhimento a prisão, nas hipóteses em que enseja a prisão preventiva, ocorrida de uma das circunstâncias que o art.312 do CPP prevê (KIMURA, 2005, p 445).

A Constituição Federal, em sua redação (art.5º, LVI), diz que é vedado a apresentação de provas ilícitas, estas obtidas em desacordo com as normas do direito material, sendo aquelas que fazem com que o processo seja impedido, ao ter as normas violadas. Assegura-se que são também provas ilícitas, todas as provas obtidas por derivação, observando que são aquelas provas colhidas, motivadas pela primeira; prova podre, ou seja prova ilícita. Porém a doutrina abre um precedente para admissão de abrandamento de provas ilícitas, quando esta é envolvida pela teoria da proporcionalidade, ver-se que neste abrandamento, acontece mediante a

apreciação de um caso concreto que por sua vez é marcante a presença de outro princípio constitucional, que naquele instante vai de encontro ao princípio opositor das provas ilícitas (KIMURA, 2005, p 447).

Para o entendimento majoritário da doutrina, o sentido jurídico da palavra prova é a produção de atos ou dos meios com os quais as partes ou juiz entendem ser a verdade, em que os fatos foram alegados. Sabe-se que, quem leva as provas ao conhecimento do juiz são nada menos que as partes, e que conceitualmente o direito da prova faz cessar a possibilidade de utilizar os mais diversos meios probatórios que se encontre a disposição. Tem-se aí como regra a admissibilidade das provas. Já as exceções, tem que ser explanadas de maneira taxativa e justificada. Lembra-se que, o nosso ordenamento jurídico veda as provas ilícitas, mais precisamente no direito processual, donde lides constitucionais são constantes. Consequências são vislumbradas na admissão de provas ilícitas, haja visto que se a sentença julgada tiver sido baseada em provas ilícitas, deverá ser nula e poderá ser diante mão desconstituída, em via de revisão criminal. No entanto não podemos deixar de olvidar que os tribunais superiores vem sustentando, que não gera nulidade ao processo se a condenação não estiver como fundamento excessos de provas ilícitas, sendo assim, referente a sentença, sobre a existência de outras provas, que seja apta a condenação, será suficiente para afastar a nulidade (DONZELE, 2004).

A lei 7960 promulgada em 21 de dezembro de 1989, traz em seu art.1º regulamentos nos dispositivos inerentes para a prisão do tipo temporária, mais precisamente citados nos incisos I;II e III, donde autoriza esta prisão temporária que não tiver outra maneira de tornar viável a investigação policial, se o cidadão for desprovido de um endereço real e que este não tiver elementos suficientes para identificar-se perante a autoridade, e também quando houver motivos que a lei penal ou similar, admitida na legislação, inclua nos crimes elencados a seguir:

Art. 1.º - caberá prisão temporária.

I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial.

II – quando indiciado não tiver residência física ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento da sua identidade.

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

a) homicídio doloso.

b) sequestro ou cárcere privado.

- c) roubo.
- d) extorsão.
- e) extorsão mediante sequestro.
- f) estupros.

Salienta-se que, estas prisões temporárias só podem ser decretadas exclusivamente pela autoridade judicial, não sendo possível ultrapassar 5 dias, a não ser por extrema necessidade, excetuando a prática de crimes hediondos e outros delitos considerados graves, donde pode se dilatar o prazo. Para que a custódia não venha se tornar ilegal, a decisão de prorrogar a prisão tem que ser motivada. É necessário que, esses presos devam ser obrigatoriamente separados dos demais detentos, e o art.5º desta mesma lei deixa claro que, em todas as comarcas e seções judiciárias haverá um plantão permanente de 24h (vinte e quatro horas) do poder judiciário e do ministério público para aplicação dos pedidos de prisão temporária (DI CARLI, 2005)

Também é de suma importância, que seja autorizada a prisão a nível temporário para que aconteça a investigação e formulação de um inquérito promovido pela polícia. Esta prisão tem a função de ser caracterizada como sumariamente investigatória, pois vai permitir a autoridade policial ter um apanhado de elemento que incidem sobre as infrações penais e sua autoria. Ver-se que a prisão a nível temporário, não se caracteriza para que seja facultada a possibilidade de acelerar o trabalho de uma investigação por um agente de polícia e sim uma forma de tornar viável os trabalhos. Em tempo, carece salientar que os trabalhos investigatórios vindas de inquéritos policiais, por si, são ausentes de indícios processuais, porém leva a condição hipotética para elucidação dos fatos e as possíveis condições para apuração do crime, donde serão postos a análise e eliminadas no decorrer do transcurso do processo, onde as maneiras de defesas nas mais diversas modalidades, contribuirão para que o fato seja elucidado. Assim, entende-se que a possibilidade de uma decretação de restrição de liberdade no transcorrer de um inquérito policial, aparece no mínimo revestida de temor, porque aí estão ausente os pressupostos - "*Fumus Boni Iuris e Periculum In Mora*" na fase de investigação (CARLI, 2005).

Da mesma maneira, a ordem de restrição de liberdade somente por não se ter residência fixa, é vista como desastrosa, pois é inadmissível associar essa possibilidade de restrição de liberdade para um indivíduo, pois caracterizaria um

“direito do absurdo” visto que em uma sociedade em que poucas pessoas têm residência própria, e na maioria das vezes não tem onde morar, usar deste argumento para decretar uma prisão, é cometer uma fabulosa injustiça. Tendo como ultimo fundamento, para que a prisão temporária seja estabelecida, a lei alerta sobre “Fundadas Razões” relativa a possibilidade de determinados crimes, porém só é de certo enumerar-se “Fundadas Razões”, quando são terminados todos os trabalhos investigatórios e os fatos apurados, tendo sido oferecido aos envolvidos o principio da ampla defesa, de onde vistas apenas, quando da taxaço da sentença ao invés de ser no inquérito policial. Visto isso, aceitar que a restrição de liberdade baseada neste fundamento, estaria relegando o valor do contraditório a uma posição menos significativa, porque o acusado de certo, não participou para formação de tais razoes (CARLI, 2005).

Em assim sendo, o legislador reconhece o quanto o parágrafo 7 do art.2º da lei nº7960/98 foi bastante oportuno para que o individuo com liberdade restringida seja trazido de volta a esta liberdade sobe pena de ver-se a citada lei ferida no seu intimo. Diante do explanado, verificasse que o cerceamento de liberdade que a citada lei provisionada, ocasiona medidas judiciais odiosas, de caráter administrativo, embora sendo discutida a nível judicial, esta é envolvida sistematicamente num poder de policia administrativa, balizada pelo juiz. Sem a demonstração de culpabilidade aparente do cidadão este por sua vez não poderá ser punido pelo Estado, haja visto que em assim sendo, feriria o principio da presunção de inocência o estado de inocência elencado no art.5º, LVII da Constituição Federal (BRASIL).

#### **4.2. Prisão e suas Espécies**

Conceituar prisão é na visão de diversos doutrinadores, algo que se traduz como sendo uma privação de liberdade. Para que fiquemos em uma definição mais plausível assegura-se que a prisão é uma espécie de castigo, na qual o estado impõe para aquele demandado, que motivou a inflação penal, que este pague de certa forma pelo que fez (CAPEZ, 2007, p 328).

Entende-se prisão no direito brasileiro, significando pluralmente em diversos títulos, que cotidianamente presenciamos, como ato de captura; custódia e a mais conhecida prisão pena (privativa de liberdade).

A prisão possui diferentes espécies no lastro do direito brasileiro, a exemplo das que serão citadas doravante (CAPEZ, 2007, p 328).

#### **4.2.1 Prisão sem pena**

Conhecida também como prisão processual, possui na sua essência o poder de fazer correr a investigação de um processo penal, fazendo com que o causador do delito não tenha possibilidade de praticar novas infrações, se em liberdade estivesse. A prisão sem pena é uma espécie que antecede a uma sentença e tem natureza específica de cautelar, pois não é necessário que seja decretada uma ordem judicial, mais também é válida através desta ordem, donde neste caso caracterizam-se como prisão domiciliar, também prisão temporária e prisão preventiva (CAPEZ, 2007, p 587).

Na visão de Mongenot (2009) a prisão sem pena não é decorrente de uma sentença condenatória que foi tramitada em julgado, não constituindo nenhuma pena de cunho jurídico. Ele nos faz lembrar, que desta espécie de prisão, advêm outras espécies distintas que são: prisão administrativa; prisão disciplinar e provisória, que também é conhecida como prisão cautelar.

Sintetizando, a prisão sem pena obedece a condição, de ter na sua propositura a presença do “*Fumus Comissi Delicit e do Periculum Libertatis*” donde o primeiro termo, justifica que, tenham fundamentos as suspeitas de uma autoria e que seja certa que o réu participou do delito e também, que se tenha uma prova em que o crime seja materializado. A prisão processual será de certo, matéria constitucional, se de suma necessidade e de urgência para ter-se garantida a paz social, e que seja alicerçada em mínimas provas de autoria do delito. Não sendo assim, não se admite em nenhum dos seus meios, pois se for decretada por um Juiz, devera ser relaxada imediatamente, segundo ensinamentos da constituição federal em seu art.5º, LX (CAPEZ, 2007, p 589).

Na prisão sem pena, aparece esta revestida de precariedade, pois não se tem uma definição palpável para ser decretada, sem pressupostos de condenação. Tem sua natureza caráter provisório e possui uma gama variável de tipos, fazendo

com que não haja uniformidade na maneira de classifica-la. Deste entendimento advém exemplos que se ver a seguir: (1) prisão civil que tem previsão no código civil, e no código de processo civil; (2) prisão administrativa, onde está previsto nos seus incisos I e II, art. 319 do código de processo penal; (3) prisão cautelar de cunho administrativo, aplicável á expulsão e a extradição de estrangeiros, com previsão no decreto lei nº 66.689 de 11 de dezembro de 1970; (4) a prisão constitucional que é aceita quando o país se encontra em Estado de Sitio (CAPEZ, 1999, p 227).

Ainda a respeito do tema, a prisão civil que a revogada lei de falecias tem como previstas, foi substituída por “desobediência”. Já para o depositário infiel, pelo Pacto de São José da Costa Rica, onde o Brasil, através do decreto nº678/92, colocou a sua carta de adesão, estabelecido no art.7º nº7, assegura que ninguém pode ser detido por dívida e que esse principio, não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedido em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. Diante disto a nossa Suprema Corte, vinha entendendo que a citada regra que continha o §2 do art.5º da Constituição da Republica, o inciso LXVII do mesmo art.5º estava vigorando. Em seguida a Suprema Corte passou a entender de modo plural ao conceder Habeas Corpus no caso de prisão de depositário infiel (HC 90.450/MG, jn 23/09/2008) com o relatório a cargo do ministro Celso de Mello, HC 94.013/SP, com relatório a cargo do Ministro Carlos Brito, além dos procedentes HC 95.170 92.356, j em 10/02/2009. No Habeas Corpus nº122.251/DF, assim decidiu o STJ, tendo o relatório sobre o cargo da Ministra Nancy Andrichy. Diante disso “a turma quando foi reinterar seu entendimento, concedeu ordem conforme a decisão exarada pelo STF (HC 78.585/TO, RE 394.703/RS e RE 446.343/SP, que foram julgados em 03/12/2008, fixando o entendimento de os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, aqueles que o Brasil aderiu, tem o status de uma norma supralegal. Tal posicionamento tem reflexo imediato nas discussões relativas a impossibilidade de prisão civil de depositário infiel” (Julgamento ocorrido em 17/02/2009). (TOURINHO FILHO, 2009, p 593 - 594).

#### **4.2.2 Prisão pena**

Sobre a prisão pena, tem-se traduzido o sofrimento que o Estado impõe ao infrator, em execução de uma sentença, como forma de retribuir a ação do mal praticado, afim de reintegrar a ordem jurídica injuriada. Pena é castigo. Por mais que

se queira negar, de onde se diz que sua finalidade precípua é reeducar para resocializar, reinserir, reintegrar o condenado ao meio social. O cárcere contudo não tem função educativa: e sim um simples castigo e como já foi dito esconder sua verdadeira e íntima essência sobre outros rótulos, é ridículo e vitorioso. Os condenados ali vivem iguais a farrapos humanos, com suas esperanças castradas. O que é que afirma a Lei de Execução Penal? No universo de afirmações demagógicas esta é “O preso primário cumprirá pena em sessão diferente daquela reservadas para os reincidentes” (§1º do art.84 da lei nº7210/84). Existe alguma unidade federativa que respeite essa regra? De certo que não. “art.88 o condenado será alojado em cela individual que terá dormitório, aparelho sanitário e lavatório”. Alguma unidade da federação cumpre essa regra? “§único, são requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente para concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado a existência humana. B) área de no mínimo 6 metros quadrados.” (TOURINHO FILHO, 2009, p 580).

Existem esses registros em alguma unidade da federação? Claro que em nenhuma. “Art.91, colônia agrícola, industrial ou similar destinando ao comprimento da pena em regime semi aberto.” “Art.92 o condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo quando observados os requisitos da letra (a) do parágrafo único do art.88 desta mesma lei.” (TOURINHO FILHO, 2009, p 580).

As colônias existem no Brasil?

Vale salientar, o que a nossa constituição diz “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art.5º III).

Ao ser instalado a CPI do Sistema Penitenciário em 2008, com o relatório a cargo do Deputado Domingos Dutra, constatou-se que, escritos a mão era prática na Penitenciária Lemos de Brito, Em Salvador/BA, com esses dizeres: “DEZ graçados; DEZ humano; DEZ ligado; DEZ figurado; DEZ engonçado; DEZ temperado; DEZ informado.”

Diante de tanta degradação, justifica manter encarcerado 80 ou 100 condenados em uma prisão que tenha capacidade para abrigar 20 pessoas? É de pensar-se, no que seria mais aviltantes, manter o condenado a prisão do tipo semiaberta na Penitenciária, pelo simples fato do Estado não possuir colônia agrícola, ou de outra natureza a exemplo da industrial e não só isso, haja visto que embora possua, estão acima da capacidade tolerada, nesse caso o que deve fazer o Juiz? Fato curioso aconteceu no ano de 2009, quando os jornais enfatizaram, que

um determinado Juiz da região norte do País horrorizado com os presídios de sua comarca, determinou que todos os presos fossem para casa, pois o Estado não conseguiu cumprir o prometido com relação a comarca citada. Outro caso digno de nota aconteceu em 2005, onde o Juiz da Vara de Execução Penal de Contagem/MG, determinou que fossem solto, nada menos que 45 presos de delegacias dessa cidade, por falta de condições e vagas no sistema prisional (TOURINHO FILHO, 2009, p 589).

O que se vê, é que é bastante demagogo, condenar alguém com fundamentos na lei e depois por não ter condições de acatar esta mesma lei, por falta de instalações e outros, renega-la, fazendo isto está se aplicando dois pesos para uma medida, a teoria do equivoco, em determinadas decisões judiciais. Essas decisões vêm sensibilizando o poder publico, lembrando os horrores do nosso sistema penitenciário, diante disso é tendência no mundo atual, é reservar a pena privativa de liberdade para delitos de maior monta. E para delitos de menor potencial e até médio poder ofensivo, adota-se medidas de restrição alternativa, como está retratada no art.76 da lei nº9099/95 a suspensão condicional do processo disciplinado no art.89 do diploma em evidencia e finalmente as restritivas de direito que tratam os art.43 e 44 do código penal (TOURINHO FILHO, 2009, p 590).

### **4.3 Autoridade Competente**

Segundo escritos do CPP no seu art.282, que a ordem escrita deve ser emanada de uma autoridade competente, daí fica a pergunta: Quem é esta autoridade competente? É sempre uma autoridade judiciária, e a ninguém mais é dado o direito. Daí entende-se que toda e qualquer prisão, só poderá ser efetuada com a ordem escrita da autoridade e entendido como seja crime do art.4º da lei nº 4898, de 09/12/1965 em que excetuam-se a)os casos de prisão em flagrante; b)recaptura do réu evadido, não dependendo de previa ordem judicial e processo ser efetivado por qualquer pessoa; c)na hipótese prevista no art.139 inciso II da Magna Carta (prisão cautelar de natureza constitucional); d)esta ultima hipótese, prevista no art.287 do CPP, em que a rigor será possível a prisão do cidadão sem que no ato da captura a ordem esteja nas mãos do captor. Respeitando essas hipóteses deverá ser substancialmente necessário a ordem escrita da autoridade judiciária competente (TAVORA; ALENCAR, 2015, p 520).

A ordem escrita é o verdadeiro mandado que tem sua formalidade prevista no art.285 do CPP, a)será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade; b)designará a pessoa, que tiver de ser presa, por seu nome, alcunha ou sinais característicos; c)mencionará o motivo da prisão (em si tratando de crime, a infração que lhe foi imputada); d)declarará o valor da fiança arbitrada quando esta for afiançável; e)será de certo dirigida a quem tiver qualidade para dar-lhe a execução. São necessárias essas formalidades, com o intuito de evitar abusos contra o direito a liberdade individual, que surgirão se a ordem escrita a elas não fossem sujeitas (TAVORA; ALENCAR, 2015, p 525).

Perante o que está escrito no art.286, o mandado deve ser passado em duplicata, e o executor entregará ao preso logo após a prisão um dos exemplares, com a declaração do dia, hora e lugar da diligência. Da entrega deverá o preso passar recibo, no outro exemplo e se recusar, não souber ou não puder escrever, o fato será mencionado na declaração, assinado por duas testemunhas. Isso tudo é para dar garantia ao cidadão não só afim de ficar documentado para numa eventualidade, responsabilizar o executor ou quem expediu a ordem, como também para, tendo em mãos um documento fixando o dia, hora e lugar da diligencia, procurar evitar sua permanência na prisão por mais tempo (CP, art.42).

Não só isso, mas a lei exige que seja passado recibo, que seja feita no outro exemplar do mandado, inclusive no anverso se houver espaço. Daí fica o ensinamento, que esse exemplar é importantíssimo, pois dá possibilidade as autoridades, do conhecimento de que foi cumprida toda exigência legal, isto é, de que o preso tem em seu poder uma copia do processo. Se a pessoa que deve ser presa, estiver dentro do território jurisdicional do juiz expedidor da ordem, a prisão será realizada por mandato (TAVORA; ALENCAR, 2015, p 530).

#### **4.4 Prisão Solicitada por Precatório**

Nada impossibilita que, a pessoa que deve ser presa, encontre-se em qualquer lugar do território nacional, exceto naquele do juiz que expediu a ordem. Diante desta situação, este terá que expedir carta precatória, contendo, no que a lei lhe for aplicável, o disposto no art.354 do CPP e contará conforme prescreve o art.289, o inteiro teor do mandado. A depender da urgência, poderá ser realizado por

telefone, telegrama etc. De qualquer maneira nessas situações, a autoridade deverá instruir a quem se requisitou a prisão, tomar as medidas cabíveis para que a autoridade seja constatada (TOURINHO FILHO, 2009, p 593).

Às vezes, é possível que o executor, de posse de mandado de prisão, venha a efetuar em lugar alheio ao da sua jurisdição onde expedida por ordem, sem necessidades de precatório, telegrama, telefonema e outros de autoridade competente. Isso ocorre se o capturando, sendo perseguido, passar para o território de um outro município ou mesmo comarca, o que é comum nos casos de flagrante. Daí, nesses casos deveram ser observados os art.290 e seus parágrafos. De repente poderá acontecer que a autoridade a quem foi o preso apresentado, tenha infinitas razões para não acreditar na legitimidade da pessoa do executor, ou a verdadeira legalidade do mandado que apresentar. Diante do exposto deverá, “*ad cautelam*”, por o réu em custódia (ligeira privação da liberdade, com a finalidade de exercer sobre ele uma vigilância maior), quando em seguida é tomada as medidas necessárias, para a dúvida ser esclarecida (TOURINHO FILHO, 2009, p 597).

#### **4.5 Realização da Prisão por Mandado**

É realizada a prisão por mandado, desde que o executor fazendo-se conhecedor do réu, apresente-lhe o mandado e neste momento faça-o acompanhar. O art.291 do CPP dispõe sobre o tema. Tem o mandado, como um título que vai tornar viável a prisão e para que se tenha preciso o momento da prisão. É necessário que o Juiz registre no banco de dados do Conselho Nacional da Justiça o mandado de prisão, ou ordem de prisão, pois vai se tornar público e também se tornar uma fonte de informações sobre as decisões tomadas pela justiça. Na hipótese, de que o mandado não esteja registrado, não inviabiliza o agente policial de efetuar a prisão, porém ele tem que ter uma preocupação maior, pois este mandado pode não ser autentico. Esta posição tem de ser imediatamente comunicada ao juiz, que automaticamente irá requerer uma certidão oriunda do Conselho Nacional de Justiça e ao mesmo tempo comunicar ao juiz que decretou a prisão (TOURINHO FILHO, 2009, p 598).

A prisão deverá ser realizada em qualquer dia e a qualquer hora tomando cuidado de respeitar as restrições relativas a inviolabilidade do domicílio, de onde se vê que este é o princípio geral adestrado no art.283 do CPP. No art.236 do código

eleitoral, dispõe que em nenhuma hipótese o eleitor poderá ser preso, 5 dias antes da eleição e até 48h depois do pleito eleitoral, salvo se houver flagrante e mandado de prisão decorra de sentença penal condenatória que não se possa recorrer. Ao se falar de mesários e candidatos, esse prazo é de 15 dias conforme (art.236 §1º do CE) (TOURINHO FILHO, 2009, p 299).

#### **4.5.1 Inviolabilidade do domicílio**

É proclamado no art.5º XI, na nossa constituição federal, o princípio da não franquia do domicílio. Consta no texto da nossa Lei Maior que “A casa é a porção especial com delimitação autônoma que alguém ocupa”, é onde se habita, é o lugar onde se ocupa espaço próprio para uso pessoal e também para negócio, oficina, escritório e vai mais além, o quintal a garagem, os quartos de empregados, dentre outros. Vale salientar que, até um quarto de pensão é considerado domicílio (PONTES DE MIRANDA, 1973, p. 96).

Por isso entendeu-se, a inviolabilidade domiciliar a qualquer lugar que alguém venha habitar, ou que pelo menos venha se instalar, a exemplo de choupana, cabana, choça e barraco. Porém a própria constituição, diz que a inviolabilidade do domicílio não é de todo tão absoluto, existe certas restrições, não são muitos, mas há. É permitido incursões perante a noite, perante o dia, conforme o texto dispõe. Quando se trata de prisão que tem que ser efetuada por escrita, obedecido os termos do art.239 do CPP donde o executor tem de verificar com a máxima segurança que o capturando está em alguma casa, o morador desta, será notificado a entregá-lo, á vista da ordem de prisão, caso não seja atendido fará guardar todas as saídas, deixando a casa incomunicável e tão logo venha amanhecer, será arrombada as portas e a prisão será efetuada (PONTES DE MIRANDA, 1973, p. 102).

Sendo no período diurno e que tenha mandado judicial, nada obsta que estes poderão entrar, porém deve-se procurar deixar menos traumática possível a prisão, ao não se proceder com ameaças, porém a porta terá que ser arrombada. Na hipótese do art.287 e 684 do CPP, onde as prisões pode ocorrer “*sine mandado ad capiendum*”, não poderão ser efetuadas se o capturando alojar-se em alguma casa. Diante de tal situação os executores deveram efetivar a prisão munidos de autorização judicial (PONTES DE MIRANDA, 1973, p 105).

#### 4.5.2 Uso da força

É didático, quando da efetivação de uma prisão, que não se permita o uso da força, conforme consta o art.284 do CPP, será estabelecido algumas exceções a este princípio, a exemplo de: a) poderá ser usada a força indispensável no caso de reincidência; b) no caso de tentativa de fuga do preso. Só nesses casos admite-se o uso da força. Fulgindo dessa relação, toda e qualquer violência contra o capturando pode ser configurado como crime previsto na Lei (nº4898, de 09/12/1965). Ver-se como resistência, quando na operação existir o manifesto “*animos oppugnandi*”. Em qualquer destas hipóteses admite-se que a força seja aplicada, porém dentro dos limites cabíveis para realização do intento, que é vencer o opositor. A outra situação onde pode ser usada a força é quando verificada a fuga do preso e também no caso em que a polícia vai prender alguém e este evade-se para impedir que ocorra a prisão, neste caso pode o executor lançar mão de força necessária para que a fuga não aconteça, inclusive disparando-lhe um tiro nas pernas para impedir a sua locomoção (PAMPLONA FILHO, 2009, p. 320).

#### 4.5.3 Uso das algemas

É fato corriqueiro, em prisão em flagrante de pessoas que têm certa notoriedade serem algemadas, isso com direito a toda divulgação, inclusive com filmagens, mesmo quando estas prisões sejam feitas ao amanhecer. Ver-se a presença de fotógrafos para registrar o ato, levando certa camada da população ao delírio. Segundo pensamento da maioria dos autores, o uso da algema é um “retrocesso histórico”. Observando o art.199 da lei de execução penal, limita-se a dizer: “o emprego de algema será disciplinado por decreto federal”. Por outro lado a resolução nº14 11/11/1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, deixa claro em seu art.29 os meios de coerção, a exemplo de algemas e camisas de força só devem ser realizadas nas situações seguintes: 1) como medida de precaução contra a fuga durante o deslocamento do preso, devendo ser retirado quando do comprimento em audiência perante a autoridade judiciária ou administrativa; 2) por motivos de saúde segundo recomendação médica; 3) em circunstâncias excepcionais, quando for indispensável utiliza-los em razão do perigo eminente para vida do preso, do servidor ou de terceiros. Art.130, é proibido o

transporte de preso em condições ou situações que lhe impunha sofrimentos físicos (TOURINHO FILHO, 2006, p. 328).

Essa resolução certamente refere-se a prisão em flagrante. No entanto quando o texto fala em algemas e camisas de força, é notadamente entendido que o uso da algema só tem justificativa quando houver perigo de fuga, em consonância com o art.284 do CPP, proíbe esta força, salvo a necessidade para vencer a resistência ou a tentativa de fuga do preso. O dogma constitucional, tal qual os previstos no art.5º III (ninguém será submetido a tortura nem a sofrimento desumano ou degradante e ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal), foram feridos. Existe coisa mais degradante, humilhante para alguém, sem oferecer resistência, ser algemado perante a imprensa televisiva? Como já é sabido, os princípios constitucionais, a lei ordinária pune o abuso de autoridade. Em se tratando do uso da algema ela tem a finalidade única de humilhar, rebaixar o cidadão, quando não é dado a ninguém o direito de dispensar tratamentos desta natureza (TOURINHO FILHO, 2009, p. 332).

Para que encerrada fique a questão, é bom lembrar que só é lícito o uso das algemas nos casos de resistência e que o receio de fuga tenha fundamento, ou que haja o perigo a integridade física própria ou de outrem, por parte do preso ou de terceiros, e que seja esta justificada a sua excepcionalidade por escrito. Não atendendo esta exigência de responsabilidade disciplinar civil e penal por parte do agente ou da autoridade, o ato processual a que se refere, reveste-se em prejuízo de responsabilidade civil do Estado (TOURINHO FILHO, 2009, p. 340).

#### **4.6 Prisão Especial**

Antes da sentença condenatória definitiva, a prisão processual é um mal. Sendo medida que pode acarretar grave e não merecido dano ao imputado, de forma a ser aplicada com maior benignidade que se pode. A prisão especial de que trata o art.295 do CPP, é fidedigna a essa “aconselhável benignidade”. A própria prisão especial deverá ser estendida a todas pessoas que fossem presas provisoriamente. Porém, por falta de recursos e sua restrita estrutura que a comporta, o legislador foi obrigado a limitar, ou distinguir essas pessoas, perante o grau de escolaridade e das funções que tem no meio da sociedade . Ao pé da letra não foi feita como privilégio e sim para uma homenagem em virtude das funções que

determinadas pessoas desempenham no cenário jurídico político e também o grau de escolaridade. Este mesmo diploma dispõe no art.295 VII que: fazem jus, tem direito a prisão especial “os diplomados em qualquer das faculdades superiores da republica.” Por ser assim tão obvio, não faz sentido, aos bacharéis em direito, engenheiros, médicos, dentistas, farmacêuticos, psicólogos e demais diplomados em decorrência da escolaridade, quando têm fundadas razões, para melhor se comportar na vida e na sociedade respeitando as leis (TOURINHO FILHO, 2009, p. 442).

Esses têm melhores condições de discernir as normas de convivência pacífica. Porém mesmo assim o legislador ainda lhes concedeu o privilégio, com a prisão especial. Entendia-se melhor, se essas benesses fossem estendidas aos mais desafortunados, mas como esse contingente é muito grande o legislador optou por assim o fazer.

Não obstante, determinadas regalias que estavam tendo algumas pessoas recolhidas neste tipo de prisão, a imprensa de um o modo geral passou a fazer severas críticas ao sistema, tendo como argumento, “que todos são iguais perante a lei”, e diante do ocorrido a prisão especial deveria ser abolida. Essas críticas vistas por muitos como sem razão. O Ministro da Justiça solicitou a comissão encarregada pela reforma do nosso Código de Processo Penal, que fosse esse instituto regulamentado. Porém, só regulamentado e não abolida. A comissão por sua vez atendeu o pedido e deferiu a prisão especial e regulamentou em cinco parágrafos que foram acrescido ao art.295 da lei, doravante:

§1º a prisão especial prevista nesse código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum.

§2º não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento.

§3º a cela especial poderá consistir em alojamentos coletivo atendidos os requisitos de salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados a existência humana.

§4º o preso especial não será transportado juntamente com um comum.

§5º os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos dos presos comuns.

Embora esses parágrafos tenham na sua redação a melhor das intenções, o que se vê na pratica é que esses objetivos não são alcançados em virtude da

fragilidade do sistema e a falta de condições físicas e humanas para o deslançar da proposta. No íntimo, o que se vê, são cadeias super lotadas e sem um mínimo de dignidade humana, sendo verdadeiros depósitos de gente, relegados ao descaso.

Diante de tanta miséria e vergonha, existe quem defenda a extinção da prisão especial, argumentando que “todos são iguais perante a lei”, esta prisão especial é o mínimo que se pode fazer, ante a impossibilidade de estendê-las a todos, o que de certo seria o melhor (TOURINHO FILHO, 2009, p. 443).

As pessoas que fazem jus a prisão especial, estão elencadas nos incisos I a IX, do art.295 da lei e o art.86 da Constituição Federal, que diz a razão, porém trata da enumeração taxativa, por isso é que, quando o legislador tem que estender o benefício a outra pessoa, ele faz por meio de leis, exatamente como fez com os dirigentes sindicais, (Lei nº2860 de 31/08/1956). Fez também com os funcionários da polícia civil, ocupante de cargo da atividade policial (Lei nº5350 de 06/11/1967), dos professores de 1º e 2º grau (Lei nº7172 de 14/12/1983) etc.

Quanto ao presidente da república, não trata, mais as razões estão no art.86 da Constituição Federal, que assegura ao presidente, até que não sobreviva sentença condenatória. Para Governador de Estado, a lei permite que seja estendida a simetria. Aos bacharéis de direito, faz jus a prisão especial, mais se inscrito na OAB, nos termos do art.7º das Lei nº8906 de 04/07/1994, não pode ser recolhido preso, antes da sentença transitado em julgado, se não em sala do Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, e na falta disso, prisão domiciliar. É digno deste tratamento diferenciado, membros do Tribunal Marítimo (TOURINHO FILHO, 2009, p. 211).

Finalizando, deve-se salientar que, os benefícios aqui expostos refere-se ao inciso V do art.295, que diz respeito a prisão por crime comum. Quando a infração é de competência da justiça militar a matéria é tratada no CPPM (TOURINHO FILHO, 2009, p 211 - 215).

## 5 O ESTADO E SUA RESPONSABILIDADE PELA PRISÃO ILEGAL

O Estado, assim como qualquer pessoa física ou jurídica, ao causar um dano tem que repará-lo. O Estado por sua vez, vem recebendo do judiciário fundamentos para que esta indenização aconteça, pois a quem é dado o direito de cuidar, esse deslize caracteriza-se como conduta ilícita que veio causar ao cidadão. Não poderia deixar de ser impetrado ao ente estatal, a responsabilidade do sacrifício imposto ao cidadão, sem merecimento palpável, sem que este reparo seja efetuado. A Constituição Federal de 1988, trás em seu art.37 §6º a redação que não pode deixar de se observar, pois são instrumentos que irão garantir os direitos individuais e também coletivos, indo de encontro a atitudes dos autores de infrações. Na sua redação o art.37, diz que “é de responsabilidade do Estado o dever de indenizar os danos causados por abuso de autoridade”. Diante deste dispositivo da nossa Carta Magna não há o que se questionar, pois o dever de indenizar é fato consumado por (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 60).

Não há do que se comentar, se sendo causada a ilicitude pelo Estado, a não observância de um dano ou prejuízo, desfiguraria a responsabilidade civil a qual se refere. A função da reparação civil, gera responsabilidade em dois graus, quando o ordenamento e prevenção/reparação pelo direito publico ou quando vem buscar que seja reparados os danos que o outro causou, neste caso responsabilidade civil. Relacionado a este ultimo enfoque da atuação jurídica, nos ensina Cleiton Reis, retratado por Gagliano, Pamplona Filho (2010, p 63) com precisão milimétrica, que ao gerar um dano:

O ofensor receberá sanção corespondente coerente na representação tantas vezes quantos forem suas ações ilícitas, até conscientizar-se da obrigação em respeito aos direitos das pessoas. Os espíritos responsáveis possuem uma absoluta consciência do dever social, posto que, somente fazem aos outros o que querem que seja feito a ele próprio.

Essas pessoas possuem exata noção do dever social, consistente em uma conduta emoldurada na ética e no respeito aos direitos alheio. Por seu turno, a repreensão contida na norma legal tem como pressuposto conduzir as pessoas a uma compreensão dos fundamentos que regem o equilíbrio social. Por isso, a lei possui um sentido tríplice: reparar, punir e educar.

Visto isso, ver-se que tais pensamentos são notadamente vislumbrados no intuito da reparação civil: compensação do dano a vitima; punição do ofensor; desmotivação social da conduta lesiva. Corroborando com esta visão, também a

renomada professora Maria Helena Dinis e citada por Gagliano, Pamplona Filho (2010, p 64) no capítulo que diz: “Toda manifestação da atividade que provoca prejuízo trás em seu bojo o problema da responsabilidade, que não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, mais de todos os domínios da vida social.” Realmente, embora alguns autores como Josserana, considerou a responsabilidade civil como “a grande virtude do Direito Civil” na verdade observar-se, não só todos os ramos do direito - pertencendo a seara da Teoria do Direito, sofrendo as naturais adaptações conforme aplicável ao direito público ou privado, mas os princípios estruturais, o fundamento e o regime jurídico são os mesmo comprovados a tese da realidade jurídica (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 72).

Prosseguindo no pensamento, os legisladores responsáveis pela elaboração da Carta Magna de 1988, transportou para o direito positivo normas que irão garantir o direito do cidadão dispostos e com toda propriedade que, quando se é privado de sua liberdade, inviolável direito assegurado pela Constituição, este terá que ser compensando pelo ente estatal, conforme proclama o art.5º, LXXV.

O cidadão em seu estado de direito, está assim amparado não só no direito fundamental, mais também pode ser incluso no dispositivo que cuida da administração pública, a qual impõe o dever do Estado por qualquer dano que os seus agentes venham causar a terceiros, visualizado no art.37 §6º CF (HENTZ, 2000):

Art.37º §6º as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de realização de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade causarem a terceiros assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Fica assim definido, que é dever do Estado manter garantido o direito do cidadão haja visto que ele é guardião desta garantia, assegurada pela Constituição Federal de 1988, visualizado em seu art.5º LXXV e doravante também resguardada pela administração pública nacional em seu art.37 §6º.

Diante do que foi abordado, continua residindo na doutrina um verdadeiro conflito quanto a responsabilidade civil que o estado tem perante o cidadão. São diversas opiniões a respeito do tema, notadamente no que tange a teoria do risco administrativo. Nota-se que esta irresponsabilidade é justificada no intento de manter a soberania do juízes, considerados células de um país soberano. Graças aos entendimentos do Juiz, este conceito de irresponsabilidade está caindo por terra.

Quando é estudado o princípio da igualdade dos encargos sociais, fica o Estado obrigado a praticar o ato indenizatório, para todo dano, que o particular venha sofrer, oriundo do serviço público, não importando a origem da natureza, sendo incluído o exercício da função jurisdicional, não gerando prejuízo da responsabilidade pessoal do juiz mediante esta ação. Vale lembrar que o art.5º XV da nossa Carta Magna, não dá permissão que a legislação deixe de fora a apreciação do poder judiciário, as lesões ou ameaças do direito individual. Haja vista que, se ao Estado é dado Direito de manter seguro qualquer posicionamento judicial, sobre qualquer conflito de natureza jurídica, responde ele pelos prejuízos causados da sua atuação, aplicando aquele dispositivo constitucional (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 138).

Prosseguindo, se ver que o art.37 §6º da Constituição Federal de 1988, as pessoas de direito público e direito privado, pessoas que prestam serviços públicos, terão que responder pelos danos causados pelos seus agentes, nessa qualidade, quando causam a terceiros, dando margem ao direito de regresso contra o responsável, contra as práticas dos atos de seus agentes, que veio causar prejuízos advindos da atividade estatal. O estado repara o dano, não importando o erro judiciário (GAGLIANO, PANPLONA FILHO, 2010, p. 138).

Diante do exposto no parágrafo anterior, nota-se que o artigo constitucional traz estabelecido no seu ensinamento, situações de responsabilidade, sendo elas: a responsabilidade do poder público e seus delegados quando presta serviços de caráter público e seus delegados na prestação de serviços públicos, perante a vítima do dano quando este tem base no nexo causal e a do agente que o dano causou, frente a administração o empregador tendo como base o dolo e a culpa, dando possibilidade que o estado exerça o direito de regresso nos casos de culpa exclusiva de seus funcionários, o que não lhe retira da obrigação perante o particular (MEIRELLES, 2003).

Para que tenhamos mais segurança nas afirmativas expostas anteriormente, é que citamos exemplo de decisões de tribunais de justiça de todo país, onde por unanimidade assegura ao preso indevido reparações condizente, a exemplo de:

Sentença proferida pelo juiz Emerson Ricardo Fernandes, em regime de mutirão pela 3º vara da Fazenda Pública e registros públicos de Campo Grande, condenou o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de R\$ 25 mil de danos morais ao autor A.E.R preso de forma indevida.

O autor alegou nos autos que no dia 3 de julho de 2010, foi preso indevidamente no local de seu trabalho, por conta de um mandado de prisão constante no sistema SIGO, relacionado a um processo penal que já estava extinto desde de outubro de 2009. Desta forma pediu R\$ 50 mil de indenização por danos morais por conta do constrangimento que esta situação gerou, mais R\$ 74.728,65 de indenização por danos morais consistente em lucro cessantes, uma vez que teve seu contrato de trabalho extinto dias após ser preso. Em contestação o Estado de Mato Grosso do Sul alegou que a autoridade policial agiu de acordo com seu dever legal e que a prisão era cabida. Ao analisar os autos, o juiz observou que em outubro de 2009 o autor teve decretada a extinção da pena aplicada, e que o estado cometeu uma falha ao manter seu sistema desatualizado de modo a permitir aos policiais durante uma ronda de rotina a condução do réu preso em viatura oficial e mantendo-o recluso em uma sala na delegacia até que houvesse a confirmação de sua situação processual.

Deste moto o pedido de indenização por danos morais foi julgado parcialmente procedente, pois o autor que trabalhava como motorista teve, que levar ônibus ao terminal rodoviário em um horário de grande movimento onde foi conduzido por policiais militares até a viatura sendo nesta situação embaraçosa por colegas de trabalho e usuários do transporte público.

O Magistrado sustentou que esta situação vai muito além do simples desgosto, pois a surpresa de ter contra se um mandado prisional por razões de falha estatal na utilização do banco de dados oficial, violou direitos da personalidade do autor, tais como a liberdade, ainda que privado por poucas horas, a honra subjetiva e objetiva, a imagem e a dignidade.

Por outro lado o pedido de indenização por danos cessantes foi julgado improcedente, uma vez que o contrato de trabalho do autor foi extinto devido a uma resolução antecipada do período de experiência e não a comprovação nos altos de que a prisão do requerente tenha sido a motivação da demissão, assim como não ficou comprovado que o autor seria efetivado após o período de teste, o mesmo que ele não pudesse ser contratado por outra empresa.

Processo nº00616633/53.2010 8.12 001 (SUL-2012).

Por isso é que o pensamento dos juízes, vem se uniformizando haja visto que, não consta na legislação parâmetros para que seja atribuída a culpa do Estado, porém para o bem da sociedade, feito como esse acontece constantemente (MEIRELLES, 2003).

### **5.1. Dano Patrimonial**

Aqueles que são atingidos diretamente em seu patrimônio material, tem aí configurado o dano material. Então, estes danos ficam assim configurados a partir de despesas que o fato causou em virtude de uma ação ou omissão advindas de

outrem e também a negativa de auferir progresso devido este feito. Para reparação deste dano, encontra-se respaldado na Constituição Federal, Código Civil vigente, no Código Comercial, no Código de Defesa do Consumidor e em leis específicas existente no universo da legislação referente ao tema. O dano material só é vislumbrado quando a conduta do terceiro, trás a tona o prejuízo patrimonial que a vítima sofreu e que esse dano seja provado. Então o dano material é de certo, aquele que pode ser mensurado no âmbito do processo, suscetível a indenização (GAGLIANO, 2010, p. 160).

A luz do art.5º da Constituição Federal, ver-se que: V é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a imagem e no inciso X que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou a moral decorrente de sua violação”. Visto isso, a reparação do dano, tem que ser justificada e por conseguinte terá que ser reparada na sua proporção do sofrimento que a vítima foi acometida (GAGLIANO, 2010, p. 160).

É digno de ressalva, que não obsta nenhum impedimento que seja pedido em cumulação, danos materiais com danos morais, que são derivados de um mesmo fato gerador, haja visto que há jurisprudência dos tribunais que deixa claro o procedimento usado no mesmo. Visto que, o dano patrimonial aparece quando da prisão indevida, em relação as perdas e os consequentes prejuízos que o indivíduo tem ao ser acometido deste ato. Essas perdas, irão se perpetuar na eminência de remuneração, no período em que o cidadão está preso, pois não pode exercer o ato laboral, também pode ver o seu patrimônio reduzido em virtude da depreciação, de sua reputação junto ao universo de seu negocio. Essa indenização, que por certo ocorrerá, poderá ter cunho alimentar e também caráter de recompor o patrimônio, donde restabelece-se “*stato quo ante*”. Esse tipo de indenização, será efetuada calculando-se pelo salário ou rendimentos que a vítima deixou de perceber, em decorrência da sua restrição individual de liberdade (CHAMONE, 2008).

Entende-se, em decorrência dessa perda, que advém perdas futuras, que aqui ver-se refletir não só em seu patrimônio atual, mas através da moral estender-se futuramente. Dessa suspensão de seu crescimento, a impossibilidade de ver seu negocio prosperar é que se atribui o lucro cessante.

Ao analisar o caso com todo rigor, ver-se-á o cabimento do dano emergente e do lucro cessante, podendo, vir juntas, ou de forma isoladas, dependendo

inteiramente da análise de cada caso. Não é assim tão simples a obtenção de lucros cessantes, pois, não basta a possibilidade de que tenha perdas futuramente, mais também pode-se não exigir que se tenha como certo esta perda. Ao analisar-se os art.953 e 954 do código civil ver-se-á claramente esta impossibilidade:

Art.953, a indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que dela resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não provar prejuízo material, caberá, ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização na conformidade das circunstâncias do caso.

Art.954, a indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e dos danos que sobrevierem ao ofendido e se este não puder provar o prejuízo, tem aplicação ao disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:

I – o caráter privado.

II – a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má fé.

III – a prisão ilegal.

Ao se pensar em reparação desse dano, está pode ocorrer, de forma específica e também de maneira pecuniária. Na reparação específica, que deveria ser a forma mais correta, encontra nesse caso dificuldades inerentes a forma, haja visto que para se recompor patrimônio do lesado é praticamente impossível. Daí parte-se para a segunda maneira, (pecuniária) que vem a ser a mais usada, pois repara-se o dano baseado na recomposição do patrimônio lesado e se não possível, uma compensação mais á altura. Diante do que foi exposto, conclui-se que todo dano causado por alguém a um terceiro, tem que ser reparado ou melhor indenizado a medida da perda sofrida pela vítima. Quando o Estado é que causou o dano, que deu causa a esta perda, terá que indenizar a vítima sem caber qualquer questionamento (CHAMONE, 2008).

## **5.2 Dano Moral**

O novo código civil traça aspectos positivos a respeito do que seja reparação aos danos morais. Vendo o art.186 do CC de 2002, depara-se com a afirmativa: “art.186, aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Não obstante, a própria constituição federal, já houvesse transcrito em seu texto, porém a atualização legislativa fazia-se obrigatória, por uma questão

constitucional, donde está inserido no ceio da sociedade, o dever de reparação. A questão da moralidade no código civil é retratada com todo afinco que o tema é merecedor. É preciso saber que: direito imoral não se confunde, o referido código tem uma enorme preocupação, com a ética nas relações jurídicas. Não tão somente, é verificado no acolhimento formal da previsão legal de reparação de danos morais, mas se verifica em outros segmentos legais (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2009, p. 95).

O art.883, retrata e estabelece regras para repetição do indébito:

Art.883 não terá direito a repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, e moral ou proibido por lei.

§ único no caso desse artigo, o que se deu reverterá em favor do estabelecimento local de benefício a critério do juiz

pensamento, porém na integra não difere muito desta que a seguir vislumbra-se: dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário nem comercialmente redutível a dinheiro. Em suma afirma-se que, dano moral é aquele que fere a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos de personalidade), violando por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 97).

É de notada importância que, esse conceito seja entendido, pois se verifica que a lesão se dá em direitos “cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente dedutível a dinheiro”. Lembre-se que, há aspectos que tentam afastar esta análise de uma vez por todas, donde procura afastar qualquer relação ao efeito patrimonial ao dano moral ocorrido, há muitas discussões sobre o tema (diga-se de passagem, sem resultado condizente) moram na busca de uma quantificação do dano moral baseado nos reflexos materiais. Entende-se que, havendo reflexos materiais, a indenização é certamente o dano patrimonial, que decorre da lesão a esfera moral do cidadão e não propriamente dito dano material. É certamente entendida que, o dano material não é propriamente a dor, a angustia, o desgosto, a ofensa espiritual, a humilhação, e sim todo o complexo que a vítima vem a sofrer, resultante do evento danoso, remetente a esse estado de espírito, constituem a consequência do fato danoso (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p 97)

O direito na visão de Gonçalves (2014, p 387), não repara qualquer procedimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrente da privação de um

bem jurídico, sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente. Por exemplo: “se vemos alguém atropelar outrem, não estamos legitimados para reclamar indenização, mesmo quando esse fato nos provoque grande dor. Mas, se houver relação de parentesco próximo entre a vítima e nós, seremos lesados indiretos. Logo os lesados indiretos e a vítima poderão reclamar a reparação indireta. Enfim, os lesados indiretos e a vítima poderão reclamar a reparação pecuniária em razão do dano moral, embora não peçam um preço para dor, que sentem ou sentiram, mas, que lhes outorguem um meio de aliviar, em parte, as consequência da lesão jurídica por eles sofrida”.

O dano moral direto consiste em lesão a um interesse, que tende a vislumbrar a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial intrínseco nos direitos da personalidade, a exemplo da vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem, o nos atributos da pessoa, como; o nome, a capacidade, o estado de família. Já o dano moral indireto, entende-se como a lesão ao um interesse a satisfação ou gozo de bens jurídicos de natureza patrimonial, que remete a um bem extrapatrimonial, diz-se o que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, em virtude de uma lesão a um bem patrimonial da vítima. É derivado por tanto, de fato lesivo de um interesse patrimonial. Dar-se como exemplo, um objeto de grande valor afetivo quando se perde (GONÇALVES, 2014, p. 388).

No tocante a bens lesados, cuidados especiais são tomados, para que sejam evitados excessos e abusos, pois só deve atenuar dano material “a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que fugindo da realidade, venha interferir intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, provocando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar”. Por isso é que mero dissabor, aborrecimento, magoa, irritação ou sensibilidade exacerbada, ficam fora desse universo do dano moral, pois, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia no trabalho, no trânsito, entre amigos e até mesmo em ambiente familiar, essas situações não tem intensidade e não são duradouras, chegando a romper o equilíbrio psicológico. Segundo esse pensamento, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu:

Dano moral. Banco. Pessoa presa em porta detectora de metais. Hipótese de mero aborrecimento que faz parte do cotidiano de qualquer cidadão de uma cidade grande.

Ação julgada improcedente.

Desta mesma maneira, não pode ser incluída na esfera do dano moral, situações que embora sejam desagradáveis, mostram-se necessárias ao desempenho de alguma atividade, a exemplo: exame de malas e bagagens de passageiros nas regiões alfandegárias.

Vendo código civil português em seu art.496, “*verbis*” “na fixação de indenização dever atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade mereçam tutela do direito” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 97).

Sendo assim, só assim, o dano moral razoavelmente grave pode ser visto de caráter indenizável. Não há que se pensar, em indenização, quando não há gravidade nos fatos. As objeções que foram levantadas a respeito do dano moral, não têm precedentes, falava-se com frequência que o dano moral era impossível de ser reparado, pois seria imoral dar-se valor monetário a dor, o que não seria possível determinar ou mencionar a dor. Porém para o bem da sociedade, essas objeções foram esbarradas na doutrina e já jurisprudência. Em se tratando de danos materiais, é bem mais fácil quantificar, porém danos morais dependem de uma gama muito grande de fatores e do entendimento do magistrado. Ver-se por diante, que é possível atribuir-se em determinadas questões danos materiais e danos morais. Não cabe considerar que são incompatíveis os pedidos de reparação patrimonial e indenização por danos morais (GONÇALVES, 2014, p. 338).

O gerador do fato pode ser o mesmo, mas o efeito pode ser múltiplo. A morte de uma pessoa, fundamenta a indenização de caráter de dano material, na medida em que é avaliado o que perdem a nível pecuniário os seus dependentes. Ao mesmo tempo, pode justificar que seja reparado o dano moral, em virtude da dor, o sofrimento que representa para os parentes ou aliados a retirada involuntária e injusta do ente querido, não dependendo que a sua falta atinja a economia dos familiares e dependentes (GONÇALVES, 2014, p. 340).

O art.5º, V da Constituição Federal, assegura o direito de indenização por dano material, moral ou a imagem, clareia-nos com a possibilidade de ser cumulativo, diante disto o Supremo Tribunal de Justiça, consolidou nesse sentido a sua jurisprudência, quando editou a Súmula 37, que teoriza o seguinte: “São cumuláveis as indenizações por danos materiais e danos morais oriundo do mesmo fato.” É muito difícil uma separação a contento, quando em se tratando de danos

morais. Partindo desse princípio, forma-se uma verdadeira discussão entre os que aceitam e os que não aceitam a reparação dos danos morais, pois os que aceitam consideram satisfatório um processo de compensação, no entanto os opositores, exigem um dano matematicamente reduzível em pecúnia, para que não se torne indevida qualquer prestação monetária. Fica bastante aleatória a maneira de pensar dos opositores, pois, como seria avaliado objetivamente uma obra de arte por exemplo? Ver-se nesse caso “valor objetivamente” como critério matemático rígido e não por parâmetros abstratos, como cotação em mercado, que de um dia para outro muda de valor. O valor monetário quando na reparação do dano extrapatrimonial, não vem como uma real correspondência pecuniária, qualitativa ou quantitativa, dos atingidos pela lesão (GONÇALVES, 2014, p. 345).

Partindo daí, não separa a dor, a magoa, o sofrimento ou angustia, mas apenas, aqueles danos que resultaram da privação de um bem sobre o que o lesado teria interesse reconhecido juridicamente.

Ao lesado, é cabível pleitear uma indenização pela sua dor (pecuniária) em razão do dano moral, sem com isso estipular um preço para sua dor, mas um incentivo que atenua, em parte, as consequências do prejuízo sofrido, melhorando seu futuro, superando o déficit que o dano acarretou. Não há de se perguntar, quanto vale a dor de uma perda de um filho? quanto vale o desgosto de uma pessoa que foi caluniada? pois não é cabível avaliação econômica a valores desta natureza, porém nada obsta que, se confira uma reparação pecuniária para alguém que foi lesado nessa esfera de valores, com única finalidade de que possa ser atenuado alguns prejuízos sofridos, ditos e reparáveis (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 114 - 115).

Há quem entenda como imoralidade, compensar a dor em dinheiro, porém, vislumbra-se uma verdadeira discussão contra a reparação do dano moral, pois é mais imoral se deixar o lesado sem qualquer tutela jurídica e o que causou a lesão sem nenhuma punição, pronto para que no futuro venha causar outros danos.

É preciso que se deixe claro, que não há nenhuma imoralidade na compensação dos danos morais em dinheiro, pois em nenhuma hipótese está sendo posto a venda um bem moral e sim procurando atenuar o sofrimento, através de um efeito psicológico, no momento que prestigia genericamente o respeito ao bem que foi violado (GONÇALVES, 2014, p. 441).

Existe certo temor, quanto ao amplo poder conferido ao Juiz, no que tange julgamento de ações de danos morais. Este temor é bastante marcado pelo positivismo jurídico, completando-se pela edição de princípios, que diz ser muito difícil determinar, a existência de danos morais extrapatrimoniais quando da impossibilidade de sua quantificação. Estes pensamentos foram negados, e de certo, o dogma foi superado. A própria experiência jurídica, vem pondo a baixo aquele medo de se pensar o Juiz ditador.

Nota-se, que a lei não possui mobilidade de jurisprudência para acompanhar a evolução social na resolução de determinados problemas. Irresponsabilidade, não é atributo que caiba em um magistrado, quando fixa em um determinado valor ao dano moral, isso ele não faz ao seu bel-prazer. O Juiz deve agir com bastante cautela, examinando e fundamentando o seu julgamento. Por sua vez, o Juiz não encontra muita dificuldade para essa lide, como outras qualquer, haja vistos que as dificuldades residem em cada uma e em todos os casos, donde carece ter bastante vigilância, como assegura a lei (GONÇALVES, 2014, p. 346).

O arbítrio do Juiz visto no sentido técnico e não no pejorativo, é indispensável como em todos os casos de reparação de danos, mesmo nos inteiramente materiais. O Juiz age sempre com arbítrio nas suas decisões. Tem ciência dos elementos probatórios, ouve as razões das partes, pensa, pondera e por fim resolve. Este não age com autoritarismo, nem tão pouco, os elementos dos autos irão lhes dar em regra geral a certeza do final resultado, ou da sentença final. Vale ainda lembrar, que para reparação da objeção que norteia essa discussão, pode, da decisão prolatada, a possibilidade da matéria ser reexaminada e junto a instância superiores buscar possibilidades de reforma (GONÇALVES, 2014, p 348).

### **5.3 Quantum e Dano Indenizável**

Vem de datas mais remotas, a dúvida que o Poder Judiciário trás, quanto quantificar uma indenização por danos morais. Salieta-se que, é sabidamente fora de alcance a certeza do quantum ao dano em evidencia, haja visto que, com pecúnia, estipula-se e sacia-se através de recompensa, o aborrecimento e a dor do emocional. Visto isso, os magistrados usam de todos os meios, até matemáticos para ver alcançado um grau satisfatório a nível de arbitramento, procurando chegar mais próximo do objetivo. Com a palavra final, aparece o Superior Tribunal de

Justiça, que para estes casos muito embora, sem uma uniformidade, estão sempre a cata de parâmetros que venham adequar os processos indenizatórios. Avanços são notados, quando algumas decisões já vêm vislumbrando com valores referenciais, tomados em situações de certa especificidade. A assessoria de imprensa do STJ, já se fez publicar matéria em seu texto, assegurando que o valor do dano moral tem constantemente sido enfrentado pelo STJ sobre o olhar de função dupla: reparação do dano na eminência de deixar menor a dor da vítima e também proporcionar um efeito punitivo ao causador do ato ofensivo, no intuito de desmotivar o ofensor a praticar mais atos de caráter ilícito. Já é sabido que é vedado reapreciação de fatos, provas e interpretação de cláusulas contratuais pelo STJ, então ele modifica valores, de indenizações que foram quantificadas em instancias locais, no sentido de corrigi-las quando exageradamente valorizadas, ou quando ver-se um quanto irrisória (GONÇALVES, 2014, p. 350).

Devido a avalanche de processos que, deparam no STJ para serem analisados a respeito do assunto, torna-se difícil traçar uma equivalência no ressarcimento destas ações. O numero crescente destes pedidos, deixa-o alijado, incapaz de tomar decisões mais frutíferas. O direito brasileiro tem em suas mãos uma das questões mais difícil de solucionar, porém não é um cálculo matemático, não é uma ciência exata, por isso é certamente impossível que se tenha afastado o lado subjetivo. Em vista dessa afirmativa, que é levado em consideração para pedido de danos morais aliados a vítima, qualidades de ocorrência, a exemplo de deformidade, lesão física, morte, o procedimento da própria pessoa e dos familiares as circunstancias dos fatos (intensidade de divulgação e da maior ou menor gral) e as consequências nos fatos psicológicos que a vítima terá por muito tempo. No tocante ao ofensor, evidencia-se o nível da sua atuação gravosa, na sua conduta ofensiva, na ausência de sentimento humanista, na maneira de sua ação, o seu poder econômico, para que o sentimento punitivo faça valer um feito pedagógico que seja lembrado e com isso não o incentive a fazê-lo novamente (MELO, 1997, p. 17).

Há de se entender que, muito embora o STJ procure ser coerente no quantum indenizável, ver-se uma disparidade entre os tribunais na fixação dos danos morais e o que se chama de “jurisprudência lotérica”. Explica-se esse fenômeno quando em um mesmo fato que atinja varias vítimas, determinado tribunal atribui um certo valor a ser indenizado e uma outra turma de julgadores arbitra em condições bem parecidas, valores que não se assemelham a anterior. Nessas

situações a justiça fica acometida de falta de crédito, levando a uma posição de insegurança jurídica (COMJUP – STJ, 2009).

Na questão do quantum indenizatório, nota-se que é uma situação bastante controversa, por isso o juiz baseado em jurisprudências e parâmetros que ele ache condizente, atribui, valores para este ensejo. E então, as condições pessoais no sentido econômico do ofendido e daquele que causou o dano, o nível da sua culpabilidade e também se já é reincidente. Como não tem legislação que ampare estes ditames, esses critérios são lastreados no art.56 I e II, da lei de imprensa e também no art.84 do código brasileiro de telecomunicações.

Todos os cuidados são tomados, no momento de atribuir-se valores a uma reparação por dano moral, pois é levado em consideração não só as condições sociais – econômicas das partes, mas evitar que a responsabilidade civil se torne fonte de enriquecimento para aquele que está na condição de ofendido. São recomendados a observação dos critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, que sejam evitados exageros e a indenização seja adequada para o caso concreto. No entendimento de vários doutrinadores, o ressarcimento dos danos morais, tem que trazer benefícios outros, no sentido de amenizar o desconforto da vítima, a exemplo de passeios, divertimentos e ocupações originárias do mesmo gênero (CHAMONE, 2008).

Diante do que aqui expõe-se, entende-se, para aquele que julga o dever de aplicar a teoria do desestímulo, como maneira de ser evitado a prática de atos delituosos posteriormente.

E com isso, pode-se atribuir a fixação de uma indenização deste gênero em dois critérios: indenização por danos morais de critério positivo e indenização de danos morais de critério negativo. Tem-se que se observar o enriquecimento não justificado do ofendido, via a condição econômica do ofensor.

No critério positivo há de ser visto com bastante atenção a condição econômica pessoal e social do ofendido, assim como a condição econômica daquele causador da ofensa.

Sintetizando, o juiz deve ser revestido de um senso de responsabilidade sem medidas, tem que ser razoável e saber aplicar com maestria a equidade e a proporcionalidade, para que o seu intento seja atingido.

## 6 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, assegura a todos cidadãos a liberdade como um direito indisponível, partindo deste princípio, entende-se que, quando se é acometido do cerceamento da liberdade individual de for arbitrária, considera-se assim prisão ilegal. Neste procedimento, fica gravemente lesado o status de dignidade e direito de liberdade, que a carta magna assim proclama.

É fato indiscutível que, quando não há razões cabíveis para a privação da liberdade do cidadão, a prisão fica inteiramente descabida. É fato cabível de nota, que a liberdade pessoal não seja de todo restrita, pois a própria sociedade exige a restrição da liberdade com o objetivo e manter um equilíbrio desta mesma sociedade.

É balizado este posicionamento no âmbito do nosso ordenamento jurídico, através de seus representantes, refletindo o desejo da própria sociedade, tendo como pano de fundo o Estado na sua legitimação.

Diante de tamanha complexidade, deve-se assegurar, que toda e qualquer irregularidade que aconteça no ato prisional, está aí estampado prisão indevida, donde se assegura o dever consagrado do Estado na reparação dos danos sofridos pelo cidadão em decorrência da ingerência desta máquina estatal.

No decorrer da pesquisa, ver-se que os fundamentos da responsabilidade do Estado perante a prisão ilegal, está calçada na correta interpretação dos princípios e nas regras constitucionais, com total afinco no §6º do art.37 da Constituição Federal.

Foi apreciado os ensinamentos hermenêuticos, que se levou a concluir, o quão é devidamente aceitável a indenização, quando da prisão indevida.

Para a apreciação do nexos causal, oriundo da conduta do agente e do dano que um particular sofreu, foi adotado no Brasil a teoria da responsabilidade civil objetiva.

Essa objetividade, que reveste a imputação da responsabilidade pública frente a prisão indevida, toma corpo no exato momento que o dano é apurado, só sendo necessitando o fato em si, para que seja imposto ao Estado a obrigação, não dando margem que seja alegado a possibilidade de normalidade do dano e culpa da vítima.

Diante do direito fundamental ilegalmente ferido pelo cerceamento de liberdade individual, tem que ser aplicado a indenização pelo poder público.

Conclui-se que, os tribunais vêm acolhendo a inteira obrigação do Estado de reparar através de indenizações, para todo aquele que sofreu ilegalmente privação de sua liberdade, pois diante de tamanha gravidade, esse ente, é obrigado a corrigir o dano sofrido pelo particular. Essa indenização, tem o dever de corresponder com um valor que possibilite uma eliminação das perdas, seja de natureza material, quando a vítima é atingida em seu patrimônio vindo se caracterizar em perda monetária (dano emergente) ou quando da suspensão da possibilidade de ver seu patrimônio aumentado (lucro cessante) e também no âmbito moral no momento que venha atingir aspectos de natureza não econômico do bens jurídicos do cidadão, bastando para isso que ocorra a ilegal prisão, para que o Estado fique sujeito a indenizar pelo período que corresponda a restrição do direito de liberdade.

Ainda que seja totalmente esgotada a via recursal pátria, cabe recurso a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com o objetivo de ver sanado irregularidade da prisão ilegal.

Diante dessa explanação, conclui-se que este trabalho traz uma leitura de caráter pedagógico a respeito da prisão ilegal e a responsabilidade que o estado tem para com o cidadão.

Todos os objetivos inerentes ao tema foram alcançados, pois, através das pesquisas, as dúvidas que outrora existiam, tornaram-se objetos de reflexão.

Não é propósito deste trabalho, esgotar o tema que proclama a responsabilidade civil do Estado por prisão indevida, muito pelo contrario, procura-se abrir uma vereda na intenção que doravante, outros interessados venham desenvolver novas pesquisas com relação a matéria, bastante cativante e de notável complexidade.

## REFERÊNCIAS

- BANCO DO CONHECIMENTO. **Responsabilidade civil estado por prisão ilegal**. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <[www.tjrj.jus.br/documentos/10136/31308/](http://www.tjrj.jus.br/documentos/10136/31308/)>. Acesso em: 21 abr. 2015, 18:10.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 2.. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 1996.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAPEZ, Fernando. **Curso De Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CONJUR, STJ. **Estipula Parâmetros Indenizações Danos Morais**. [S.I.]: Revista Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 25 abr. 2015, 20:15.
- CHAMONE, Marcelo Azevedo. O Dano na Responsabilidade Civil. [S.I.]: **Jus Navigandi**, 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11365>>. Acesso em: 25 abr. 2015, 19:30.
- DE ALMEIDA, Arnaldo Quirino. **Abuso de poder e responsabilidade civil do estado**. Arnaldoquirino. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://arnaldoquirino.com/2011/10/28/prisao-ilegal-e-responsabilidade-civil-do-estado/>>. Acesso em: 30 abr. 2015, 15:23.
- DE CARLI, Kalinca de Carli. Legitimidade da prisão temporária como medida de restrição da liberdade. **Jus Navigandi**. Piauí, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25509>>. Acesso em: 11 abr. 2015, 14:30.
- DONZELE, Patricia Fortes Lopes. Prova ilícita. **DireitoNet**. Goiás, 2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1495/Prova-ilicita>>. Acesso em: 09 abr. 2015, 19:10.
- DE MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico. plano da validade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito administrativo**. 13.. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**.12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.130.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. Responsabilidade do estado por prisão indevida. Piauí: **Jus Navegandi**, 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1092/responsabilidade-do-estado-por-prisao-indevida>> Acesso em: 20 abr. 2015, 07:50.

KIMURA, Alexandre Issa. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Juarez De Oliveira, 2005. p. 445.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à constituição federal de 1946**. 4. ed. Rio de Janeiro: Henrique Caen Editor, 1947.

MEIRELLES, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. Responsabilidade civil do estado por prisão ilegal. **Jus Navigandi**. Piauí, 2004. Disponível em <[jus.com.br/artigos/5961/](http://jus.com.br/artigos/5961/)>. Acesso em: 04 abr. 2015, 22:10.

NESTOR, Távora; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Legitimidade da prisão temporária como medida de restrição da liberdade. **Jus Navigandi**. Piauí, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25509>>. Acesso em: 12 abr. 2015, 18:40.

NUCCI, Guilherme de Souza. Legitimidade da prisão temporária como medida de restrição da liberdade. **Jus Navigandi**. Piauí, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25509>>. Acesso em: 13 abr. 2015, 19:21.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Responsabilidade civil do estado pó prisão ilegal**. Piauí, 2004. Disponível em:< <http://jus.com.br/artigos/5961/responsabilidade-civil-do-estado-por-prisao-ilegal>>. Acesso em: 05 abr. 2015,19:45.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual do processo penal**.16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.48.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.