

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO-  
ASCES**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**PRISÃO ILEGAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

**DÉBORA CAROLINA DA SILVA SANTANA**

**CARUARU  
2016**

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO-  
ASCES**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**PRISÃO ILEGAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à FACULDADE ASCES, como requisito parcial, para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Msc George Diogénes Pessoa.

**DÉBORA CAROLINA DA SILVA SANTANA**

**CARUARU  
2016**

## **BANCA EXAMINADORA**

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_.

---

Presidente: Prof. George Diógenes Pessoa

---

Primeiro Avaliador: Prof. Jan Grunberg Lindoso

---

Segundo Avaliador: Prof. Bruno Manoel Viana de Araújo

## DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho de conclusão de graduação primeiramente a minha mãe Dilma, que sempre esteve ao meu lado me apoiando, me incentivando e me encorajando durante toda essa caminhada, a minha irmã Juliana, que sempre esteve presente como um espelho para que eu pudesse seguir em frente com os meus objetivos e sonhos, ao meu pai, Lêdo (in memoria) que mesmo tendo partido tão cedo, quando estava vivo sempre se fez presente em minha vida e em minha criação para que eu me tornasse uma pessoa de caráter, honestidade e acima de tudo com fé e dignidade. E dedico também ao meu namorado Igor, por todos os “puxões de orelha” e todo o incentivo, acreditando sempre na minha capacidade e nunca me deixou desanimar diante das dificuldades ao longo desses cinco anos de graduação.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus que plantou em mim um sonho que hoje se materializa, por me conferir fé, saúde, sabedoria e força para seguir nessa difícil e longa caminhada, superando todas as dificuldades de cabeça erguida.

A minha mãe Dilma, que foi o instrumento base para concretizar o precioso dom que recebi do universo: “a vida” e por me fazer uma mulher de caráter, capaz de enfrentar todas as dificuldades, além de se esforçar muito para que esse sonho hoje pudesse ser realizado.

Agradeço ainda a minha irmã Juliana, por todos os ensinamentos, por ser uma das pessoas pelas quais eu me esforço para atingir e conquistar todos os meus objetivos, e por acreditar no meu sucesso.

Ao meu namorado Igor Macêdo, pelo carinho, dedicação, paciência e incentivo, sempre caminhando ao meu lado e acreditando que eu seria capaz.

Aos meus orientadores do estágio Dr. Jan Grunberg e Dra. Carolina Grunberg, que além de serem excelentes profissionais, sempre foram compreensíveis e atenciosos.

A todos os amigos e familiares que compartilharam da minha caminhada e àqueles que mesmo distantes torceram por mim.

A todos os professores que dedicaram seu tempo e sua sabedoria para que minha formação acadêmica fosse um aprendizado de vida.

Ao meu orientador de monografia, o professor George Diógenes Pessoa, que além de ser uma ótima pessoa, é um excelente professor, sempre se encontrando disponível para dúvidas e questionamentos, com bastante paciência, compreensão e atenção.

Finalmente, a todos que fizeram parte desta longa e salutar jornada, os meus mais sinceros agradecimentos, que Deus em sua infinita bondade derrame suas bênçãos, como raios de luz sobre todos. Muito obrigada.

## EPÍGRAFE

“A justiça sustenta numa das mãos a balança que pesa o direito, e na outra, a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito”

(Rudolf von Ihering)

## RESUMO

A presente monografia tem por finalidade estudar a Prisão Ilegal e a Responsabilidade Civil do Estado, principalmente no que diz respeito à prisão preventiva ilegal. É necessário que haja uma responsabilização por parte do Estado diante de prisões ilegais e que de alguma forma o cidadão seja ressarcido de prejuízos patrimoniais ou morais sofridos, tendo em vista a responsabilidade civil do Estado objetiva e subjetiva, baseadas na teoria do risco e da culpa. A prisão ilegal ofende diversos dispositivos e princípios constitucionais e ofende diretamente o direito à liberdade que a todo cidadão é assegurada, sendo esta uma das principais problemáticas do presente estudo. Ocorre também que deve ser abordada a questão da responsabilidade pela prática de atos judiciais que é de fundamental relevância no presente estudo, sendo também alvo de uma problemática que consiste no fato de se averiguar se há ou não responsabilização. Ocorre que o cidadão encontra-se numa posição hierarquicamente inferior ao Ente Estatal, e, por estar nessa posição, acaba muitas vezes tendo seus direitos violados diante de tal soberania. Nesse aspecto, o estudo será abarcado na responsabilização do Estado diante de prisão preventiva ilegal, na possibilidade que tem o cidadão de recorrer em liberdade e principalmente nas consequências que essa prisão exercida de maneira injusta irá causar no indivíduo. Diante disso, estaria o cidadão amparado pelos direitos constitucionais que lhe são assegurados e ainda assim, responderia o Estado pela prática de atos judiciais? Tal perspectiva será analisada com base em Doutrinas e Jurisprudências.

**Palavras-Chave:** Prisão Ilegal – Prisão Preventiva Ilegal – Responsabilidade Civil do Estado – Prática de Atos judiciais – Liberdade Pessoal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO I. LIBERDADE PESSOAL E SUA RESTRIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	12
<b>1.1 NOÇÕES DE LIBERDADE PESSOAL E A LIBERDADE COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL</b> .....	12
<b>1.2 EVOLUÇÃO, CONCEITOS E ESPÉCIES DA PRISÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA</b> .....	16
<b>1.3 PRISÃO PROCESSUAL</b> .....	25
<b>1.3.1 PRISÃO PROCESSUAL ILEGAL</b> .....	25
<b>1.3.2 PRISÃO PREVENTIVA ILEGAL</b> .....	26
<b>1.3.3 AFRONTA AO DIREITO À LIBERDADE ELENCADE COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL</b> .....	27
<b>1.3.4 LIBERDADE PROVISÓRIA, RELAXAMENTO X REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA</b> .....	28
<b>CAPÍTULO II. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO</b> .....	31
<b>2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS PRESSUPOSTOS NO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	31
<b>2.1.1 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA BASEADAS NA TEORIA DO RISCO E DA CULPA</b> .....	38
<b>2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO</b> .....	40
<b>2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PRÁTICA DE ATOS JUDICIAIS</b> .....	44

<b>CAPÍTULO III. PRISÃO PREVENTIVA ILEGAL E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO .....</b>	<b>50</b>
<b>3.1 PRISÃO PREVENTIVA ILEGAL E O CONFRONTO AOS PRINCÍPIOS E DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>50</b>
<b>3.2 POSSIBILIDADE DE APELAR EM LIBERDADE.....</b>	<b>56</b>
<b>3.3 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA PRISÃO PREVENTIVA ILEGAL.....</b>	<b>58</b>
<b>3.4 POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE O ASSUNTO.....</b>	<b>60</b>
<b>3.5 ANÁLISE A PARTIR DA CONCEPÇÃO DA PRISÃO ILEGAL DECRETADA PELA PRÁTICA DE ATOS DO PRÓPRIO MAGISTRADO.....</b>	<b>67</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>71</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>73</b>

## INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por finalidade analisar e discutir um tema de bastante importância no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, Prisão ilegal e a responsabilidade civil do Estado. Para a compreensão do presente tema, serão utilizadas doutrinas e jurisprudências dadas à mencionada questão.

A importância da pesquisa encontra-se no fato de estar assegurado ao cidadão o princípio constitucional do direito à liberdade, sendo esta uma garantia fundamental elencada na Constituição Federal de 1988.

Ocorre que quando o Estado, por meio do seu poder jurisdicional decreta a prisão de alguém de forma ilegal, interfere no âmbito dos direitos constitucionais assegurados ao cidadão. É esperado que a prisão seja exercida de maneira devida, pois, caso contrário, o indivíduo sofrerá diversos prejuízos e sofrimentos.

A problemática maior se encontra no fato de que a prisão preventiva quando exercida de maneira ilegal vai de total encontro e em confronto com os princípios e dispositivos constitucionais. Sabe-se que a Constituição Federal é a Carta Magna, e, acima de tudo, deve ser respeitada e observada em todos os seus parâmetros e aspectos.

A liberdade é um direito indisponível, sendo evidente que o ato praticado diante do cerceamento da liberdade individual de maneira arbitrária, além de ilegal, representa grave lesão ao status de dignidade e liberdade constitucionalmente protegidos.

Diante do exposto, a monografia foi dividida em três capítulos para melhor compreensão, nos moldes explicados a seguir.

No primeiro capítulo, destacar-se-á o conceito de liberdade pessoal, a fim de atestar ser notório que o ato praticado diante da limitação da liberdade individual de maneira abusiva, além de ilegal, representa grave prejuízo ao status de dignidade e liberdade constitucionalmente amparados, fazendo também uma evolução sobre a prisão na legislação brasileira, abrangendo seu conceito e espécies. Posto isso, faz-se uma ressalva quanto a afronta ao direito a liberdade tido como garantia constitucional e uma breve noção sobre liberdade provisória e a diferença entre relaxamento e revogação da prisão.

No segundo capítulo abordar-se-á estritamente da essência da responsabilidade civil do Estado, discorrendo-se acerca da noção de responsabilidade civil, seus pressupostos e excludentes no direito brasileiro. Ainda assim, será também abordado a

responsabilidade civil objetiva e subjetiva, baseadas na teoria do risco e da culpa, respectivamente, a responsabilidade civil do Estado e a responsabilidade civil do Estado pela prática de atos judiciais que merece, nesse ponto, relevante importância.

Por fim, no terceiro e último capítulo, aprofundar-se-á o entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito da prisão preventiva ilegal e a responsabilidade civil do Estado, onde serão abrangidas as problemáticas maiores que consistem no confronto que a prisão quando exercida de maneira injusta causa tanto ao indivíduo quanto na Constituição Federal de 1988, tendo em vista que além da liberdade ser considerada como regra no ordenamento jurídico pátrio, tem-se também resguardado o direito de recorrer em liberdade. E ainda o fato da responsabilidade civil pela prática de atos judiciais que acaba sendo um fator de inúmeras incontroversas e que acaba muitas vezes causando dúvidas no que diz respeito se o magistrado, ao privar a liberdade do indivíduo, será responsável por esse ato lesivo ou não. Faz-se ainda uma análise quanto às consequências que a prisão ilegal causa do indivíduo e por fim, uma análise de julgados para melhor compreender o assunto abordado, abarcando a necessidade de se verificar a possibilidade da responsabilidade estatal pela prática de atos dos juizes.

Conforme o explanado, será utilizado o método qualitativo, para que então, seja analisado diferentes posições da Doutrina e da Jurisprudência em relação ao tema estudado e verificar os casos precisos nas jurisprudências abordadas de prisão ilegal e a partir daí analisar se o Estado, quando age, através de seus agentes públicos irá responder civilmente pelos danos causados as vítimas e de que maneira irá responder. Com a finalidade de possibilitar o presente estudo, será utilizado o método indutivo de raciocínio, que seria aquele que parte de questões particulares até chegar a conclusões generalizadas.

Propõe-se um estudo não fatigante, cujo principal objetivo é expor as formas de admissibilidade da reparação dos danos morais e patrimoniais, com a aplicação da responsabilidade civil objetiva do Estado diante da prisão ilegal, de modo a garantir e assegurar a dignidade da pessoa humana e o direito de ir e vir que lhe é dado.

# I - LIBERDADE PESSOAL E SUA RESTRIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

## 1.1 Noções de Liberdade Pessoal e a Liberdade como Garantia Constitucional

O conceito de liberdade na Grécia Antiga estava ligado ao campo político e religioso. Liberdade era a condição de autonomia política das cidades-estado gregas, a pólis, além disso, era livre o cidadão grego, munido de seus direitos políticos em contraposição ao escravo que não possuía direito algum, nem controle sobre sua própria vida. <sup>1</sup>

Nesse sentido, a pólis grega eram as cidades-estado da Grécia Antiga. Estas cidades tinham um alto nível de independência, tendo, inclusive liberdade e autonomia tanto política como econômica, visto que, quem tivesse direitos políticos detinham liberdade. Já no caso dos escravos, estes não possuíam nenhum direito por não serem livres.

Para Aristóteles, o homem é livre para viver tanto uma vida justa como injusta, porém Aristóteles diz que a vida do homem justo é superior. Ainda assim, para o filósofo, é livre e voluntária, a ação que não sofre coações. Para ele tem-se a Liberdade Natural que é a possibilidade de não se submeter a uma ordem cósmica (destino ou natureza) pré-estabelecida e invariável que se apresenta como coação ou forçosidade. Tem ainda a Liberdade Social ou Política que seria aquela autonomia ou independência que permite se autodeterminar sem interferências alheias, entretanto, sem desobedecer às leis e a Liberdade Pessoal que se trata da autonomia ou independência das pressões que procedem da sociedade ou Estado.<sup>2</sup>

Diante do exposto, percebe-se que na visão de Aristóteles, o homem seria livre se não sofresse nenhum tipo de coação em suas ações. Para o referido autor, a liberdade era dividida em três aspectos que seria a liberdade social ou política, a liberdade pessoal e a liberdade natural. Todas elas acabam refletindo em um mesmo sentido que seria primordialmente a autonomia dada ao ser humano e o direito de não sofrer nenhuma coação ou forçosidade por parte do Estado ou até mesmo da sociedade.

---

<sup>1</sup> DALVA, Oscar; FILHO, Souza. **Pólis grega e práxis política**. 2ª ed. Editora ABC - Fortaleza/CE, 2003. p. 65.

<sup>2</sup> ARISTÓTELES. **Ética e Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 2004. p. 100.

No entanto, para o filósofo Descartes, o conhecimento se equiparava à liberdade, uma vez instituído o livre-arbítrio como sinônimo de liberdade: o livre-arbítrio se entende a partir da autonomia do homem moderno.<sup>3</sup>

Então, quando o homem se torna autônomo, ele tem o livre-arbítrio, ou seja, é árbitro de si mesmo, das suas ações e escolhas, podendo viver em Sociedade de maneira livre, trabalhando e fazendo suas escolhas a partir desse livre-arbítrio que lhe é dado.

Já na Idade Média, tinha-se que o livre-arbítrio era inerente ao homem, uma vez que todo ser racional obrigatoriamente possuía a capacidade de julgar. E, diversamente do que possa ser imaginado, a alma humana será tanto mais livre, quanto mais se mantém na contemplação da inteligência divina, e, tanto menos livre quanto mais desce a juntar-se às coisas corporais, às que se ligam à carne, e, finalmente quando levados pelos vícios, perdem a posse da razão.<sup>4</sup>

Logo, existia na Idade Média o livre-arbítrio que era dotado ao homem, fazendo-o livre para julgar e tomar suas próprias decisões. Ainda na Idade média, os humanos teriam suas almas mais livres quanto mais se contemplassem da inteligência divina, e seriam menos livres se buscassem às coisas corporais, levando-se aos vícios, o que os faziam perder a razão. Tinha-se, então, um problema em relação ao cristianismo e as outras formas de pensar.

Para Sartre ser livre não é apenas fazer escolhas, mas fazer essas escolhas livremente, isto é, só o homem pode fazê-lo. Optar livremente significa saber e estar consciente das várias escolhas e de seus significados. Ou seja, liberdade não significa fazer apenas aquilo que queremos, mas ter total responsabilidade por nossos atos, uma vez que é totalmente responsável por si, por sua existência. O homem não é apenas responsável por si mas também por toda a humanidade. Não é responsável apenas por sua ação mais também pela imagem que é produzida por sua ação. Ao fazermos nossas escolhas escolhemos por toda a humanidade.<sup>5</sup>

Portanto, vê-se que no pensamento de Sartre, o homem que é dotado de liberdade, o homem que é livre não pode apenas fazer o que deseje, mas fazer aquilo em prol também da humanidade, tendo em vista que o homem não é responsável tão somente por suas ações em

---

<sup>3</sup> CUNHA, M. **O conceito de liberdade e suas interfaces**. In: Ensaios Filosóficos, Volume III, pp. 93-104, abril/2011

<sup>4</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A liberdade como livre-arbítrio**. In Estudos de Filosofia do Direito. São Paulo, Atlas, 2002. págs. 87 a 94

<sup>5</sup> SARTRE. Jean Paul. **O existencialismo é um humanismo**. A imaginação: Questão de método. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Tradução de Rita Correia Guedes, Luiz Roberto Salinas Forte, Bento Prado Júnior. 3. Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 82.

si, mas também das ações perante a humanidade, e com essa liberdade que lhe é conferida, deve arcar com eventuais prejuízos frente à sociedade, devendo então ter responsabilidade pelos atos praticados, tendo consciência de todas as suas escolhas. Pois, a liberdade como definição do homem não depende de outrem, mas, existe uma ligação e um compromisso entre o indivíduo querer a sua liberdade e a liberdade dos outros, só então podendo tomar a liberdade em si como um fim se o indivíduo toma igualmente a liberdade dos outros também como um fim.

Isaiah Berlin, distingue a liberdade em positiva e negativa, conceito no qual a liberdade positiva é o direito do indivíduo de decidir a própria vida e exercer sua responsabilidade, enquanto a liberdade negativa, se fundamenta na ausência de coação.<sup>6</sup>

No aspecto positivo de liberdade afirmado por Isaiah Berlin, conclui-se que o indivíduo almeja que as suas decisões dependam dele mesmo e não de forças externas. Já no que tange a liberdade negativa, a mesma se refere ao fato do homem poder agir sem sofrer nenhum tipo de interferência ou obstrução de outrem. Nesse caso, quando há algum tipo de interferência, o indivíduo então deixa de ser livre.

Considera-se que o homem seja dotado de livre-arbítrio. Este é, inclusive um dos argumentos para a existência da alma. Platão afirma a liberdade absoluta do homem, reconhecendo uma natureza espiritual livre do tempo e do destino.<sup>7</sup>

Livre-arbítrio seria então o poder que cada indivíduo tem de escolher suas próprias ações e qual o caminho quer seguir a partir de tais escolhas.

Afirma Mondin no que diz respeito a existência da liberdade que:

“Embora entre os filósofos a discórdia reine soberanamente, ao menos num ponto existe o consenso quase universal: a liberdade é o maior título de nobreza de que o homem é dotado, e por isso, constitui também o seu primeiro direito, direito sagrado e inviolável”.<sup>8</sup>

Mondin quando trata da existência da liberdade afirma de modo coerente e realista, uma vez que para diversos autores e filósofos, a liberdade pode possuir diversos conceitos, contudo, em todos eles, ela sempre buscará o mesmo ideal, qual seja, uma nobreza que é dotada ao homem e um direito inviolável.

---

<sup>6</sup> BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios Sobre a Liberdade**. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. Págs. 142-144.

<sup>7</sup> PLATÃO APUD MONDIN, Battista. **Introdução à Filosofia**: problemas, sistemas, autores, obras. 16. Ed. São Paulo: PAULUS. 2006. p. 65.

<sup>8</sup> MONDIN, Battista. **Introdução à Filosofia**: problemas, sistemas, autores, obras. 16. Ed. São Paulo: PAULUS. 2006. p. 374.

Após tudo o que foi abordado sobre a liberdade e sobre os seus diversos conceitos, nos dias atuais e no aspecto jurídico, esta encontra amparo tanto na Constituição Federal de 1988, quanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos e ainda, também, na Declaração dos Direitos de Homem e do Cidadão, nesse aspecto prevê a Declaração dos Direitos de 1689 que:

A Declaração de Direitos de 1689 ou o *Bill of Rights* de 1689, reconheceu alguns direitos ao indivíduo como o direito de liberdade, o direito a segurança e o direito a propriedade privada, direitos estes que já haviam sido consagrados em outros documentos, entretanto como eram constantemente violados pelo poder real foram recordados na esperança de que desta vez fossem respeitados.<sup>9</sup>

Tem-se então na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 uma abrangência de artigos que tratam da liberdade e que asseguram a todo e qualquer cidadão o direito de ir e vir. Respeitar os direitos humanos é reconhecer e assegurar cada pessoa como sendo livre, autônoma, responsável. Sendo as pessoas titulares de direitos como prevê o artigo 1º.<sup>10</sup>

Os direitos à vida, à liberdade e à segurança elencados no artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 também são assegurados na Constituição Federal de 1988, no caput do art. 5º, que diz que.

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.<sup>11</sup>

Garante ainda a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em seu artigo 13, §1 que toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.<sup>12</sup>

Por conseguinte, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 assegura total proteção à liberdade de ir e vir inerente a todo e qualquer cidadão.

---

<sup>9</sup> ARAGÃO, Selma Regina. *Direitos Humanos: do Mundo Antigo ao Brasil de Todos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 32.

<sup>10</sup> \_\_\_\_\_ **Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU, 1948**. Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

<sup>11</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

<sup>12</sup> \_\_\_\_\_ **Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU, 1948**.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, assevera em seu artigo 4º que:

“A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique a outrem. Assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem limites, senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos; seus limites não podem ser determinados senão pela lei. A lei não tem o direito de impedir senão as ações nocivas à sociedade”.<sup>13</sup>

Por isso, a liberdade que é conceituada em tal artigo indica que o indivíduo irá deter de tal liberdade quando puder fazer tudo que não prejudique outras pessoas, em tal caso, caso o indivíduo prejudique de qualquer maneira outrem ele não mais deterá essa liberdade. O homem nasce livre e exerce os seus direitos de forma livre, contudo, quando excede os limites impostos pela lei e prejudica outrem, perde o direito à liberdade que lhe é assegurado.

Verificando a garantia que é dada ao indivíduo na Constituição Federal de 1988, percebe-se que a prisão de qualquer natureza, tem caráter excepcional, sendo obrigatória a sua fundamentação, visto que a liberdade no ordenamento jurídico brasileiro é tida como regra e a sua restrição uma exceção, segundo assevera Guilherme de Souza Nucci, “deve-se ressaltar constituir a liberdade a regra, no Brasil; a prisão a exceção”.<sup>14</sup>

Diante de tal entendimento, a Constituição Federal de 1988 assegura ao cidadão o seu direito à liberdade, garantindo assim que a prisão de qualquer natureza tem caráter excepcional, posto que a liberdade é tida como regra e um direito inviolável ao indivíduo. Nesse aspecto percebe-se que a liberdade é uma garantia constitucional elencada na Constituição Federal, uma vez que se encontra presente em vários dispositivos.

## **1.2 Evolução, Conceito e Espécies de Prisão na Legislação Brasileira**

Conforme ensina Rogério Greco, a primeira pena a ser aplicada na história da humanidade ocorreu ainda no Paraíso, quando, após ser induzida pela serpente, Eva, além de comer o fruto proibido, fez também com que Adão o comesse, razão pela qual, além de serem aplicadas outras sanções, foram expulsos do jardim do Éden. Depois da primeira condenação aplicada por Deus, o homem, a partir do momento em que passou a viver em comunidade, também adotou o sistema de aplicação de penas toda vez que as regras da sociedade na qual

---

<sup>13</sup> \_\_\_\_\_ **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão** – França, 1789.

<sup>14</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 29.

estava inserido eram violadas, “(...) Percebe-se que desde a Antiguidade até, basicamente, o século XVIII as penas tinham uma característica extremamente aflitiva, uma vez que o corpo do agente é que pagava pelo mal por ele praticado.” “(...) Hoje, percebe-se haver, pelo menos nos países ocidentais, uma preocupação maior com a integridade física e mental, bem como com a vida dos seres humanos”<sup>15</sup>.

Nota-se então que desde os primórdios até os dias atuais há uma necessidade na sociedade de aplicação de penas, sanções àqueles que agiam contrários aos preceitos Estatais. Antigamente, o homem ao agir contrário à lei respondia com o seu próprio corpo, porém, com o passar dos anos, tal sanção passou a ser menos frequente e o indivíduo deixou de responder com o próprio corpo pelo mal que cometia. Via-se aí, uma maior preocupação com a integridade física e mental e além de tudo com a vida do cidadão.

“(...)A pena de prisão teve sua origem nos mosteiros da Idade Média, como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependem da falta cometida, reconciliando-se, assim com Deus”<sup>16</sup>.

Em tal contexto, segundo Pimentel, na Idade Média, a pena de prisão que era aplicada ao indivíduo fazia com que eles pensassem e meditassem em suas celas sobre o mal que causassem para, então, terem uma reconciliação com Deus. É o que se vê nos dias atuais, onde a pena de prisão inerente ao indivíduo que comete algum ato ilícito nada mais é do que uma forma de ressocialização para o indivíduo pensar no que fez e não mais fazer.

Os conceitos de prisão são os mais diversos possíveis na doutrina tendo em vista que cada autor define de modo que as suas definições façam sentido. Neste contexto, tem-se por prisão a privação da liberdade de locomoção em virtude do recolhimento da pessoa humana ao cárcere.

O termo prisão deriva do latim prehensio, deprehendere, que significa "o ato de prender ou o ato de agarrar uma coisa". Indica "o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de locomoção, isto é, da liberdade de ir e vir recolhendo-a a um lugar seguro e fechado, de onde não poderá sair". Em suma, a prisão indica a perda da liberdade, suprimindo-a mediante o encarceramento.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 15ª ed. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2013, p. 472-474.

<sup>16</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**, 2010. p. 132.

<sup>17</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1095.

Conforme explanado a prisão sempre irá tolher-se na privação ou na restrição da liberdade de ir e vir do cidadão, sendo esta abrangida de uma forma ou de outra por diversos autores, mas com o mesmo propósito, qual seja o de privar o cidadão de andar livremente nas ruas.

“(…) a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito”<sup>18</sup>.

Porquanto, segundo Capez, a prisão deverá ser por ordem escrita e fundamentada pela autoridade competente, não podendo se dar de outro modo, salvo se for o caso de flagrante delito, tendo em vista, como já mencionado anteriormente, que a liberdade é tida como regra no ordenamento jurídico pátrio e a prisão uma exceção, conforme prevê o artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal de 1988.<sup>19</sup>

Guilherme de Souza Nucci comenta que a regra, pois, é que a prisão, no Brasil, deve basear-se em decisão de magistrado competente, devidamente motivada e reduzida a escrito, ou necessita decorrer de flagrante delito, neste caso cabendo a qualquer do povo a sua concretização.<sup>20</sup>

É possível conhecer então que, tanto Capez, como Nucci afirmam que a prisão só deverá ocorrer se for por decisão do magistrado competente, desde que escrita e fundamentada, do contrário, só em caso de flagrante delito.

Ainda nesse sentido, o artigo 283 do Código de Processo Penal prevê que:

“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.<sup>21</sup>

Por consequência, o autor do delito será levado à prisão para que cumpra a pena imposta na sentença, sendo necessário que a pena seja o resultado de uma sentença definitiva com trânsito em julgado. Nesse sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho diz que, no primeiro sentido, o autor do delito é levado ao cárcere para que cumpra a pena imposta na

---

<sup>18</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 296.

<sup>19</sup>BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Art. 5º. (...) LXI, CF - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de

<sup>20</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 548.

<sup>21</sup>BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 15 set. 2015.

sentença, assim, a pena é o resultado de uma condenação definitiva, na qual foi assegurado ao acusado o devido processo legal e o direito à ampla defesa.<sup>22</sup>

Conforme mencionado pelo renomado autor, a pena é o resultado de uma condenação definitiva em que tem por assegurado ao acusado o devido processo legal e o direito à ampla defesa, pois, do contrário, estaríamos diante de uma prisão ilegal.

Dado o exposto, o ordenamento jurídico brasileiro prevê três espécies de prisão, quais sejam: Prisão em Flagrante, Prisão Temporária e Prisão Preventiva.

A palavra flagrante, segundo o Dicionário Global da Língua Portuguesa, significa “Inflamado; ardente; acalorado; manifesto; evidente; *flagrante delito*: aquele em cuja pratica a pessoa é surpreendida; *s.m. (pop.)* ensejo; ocasião; instante; em flagrante: na própria ocasião de cometer um ato. (Do lat. *flagrante*)”.<sup>23</sup>

Tendo em vista os aspectos observados, nota-se que a palavra flagrante tem relação com algo que acabou de acontecer, trata-se de um fato ardente, evidente. Existe aí uma relação de proximidade entre o fato cometido e a ocasião da pessoa que cometeu ser surpreendida.

Na visão de Paulo Rangel, flagrante no sentido jurídico, “é o delito no momento de seu cometimento, no instante em que o sujeito percorre os elementos objetivos (descritivos e normativos) e subjetivos do tipo penal. É o delito patente, visível, irrecusável do ponto de vista de sua ocorrência”.<sup>24</sup>

No conceito de Paulo Rangel, não há dúvidas de que o indivíduo é surpreendido no momento em que comete o delito ou assim que acaba de cometê-lo, nesse caso, não há que se negar que àquela pessoa foi o autor do fato.

No entendimento de Tourinho, “*Flagrante*, do latim *flagrans*, *flagrantis* (do verbo *flagrare*, queimar) significa ardente, que está em chamas, que arde, que está crepitando. Daí a expressão *flagrante delito*, para significar o delito no instante mesmo da sua

---

<sup>22</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 3. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 374.

<sup>23</sup> PÂNDU, Prof. Pandiá. **Dicionário Global da Língua Portuguesa**, p. 373.

<sup>24</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.683.

perpetração. Prisão em flagrante delito é, assim, a prisão daquele que é surpreendido no instante mesmo da consumação da infração penal.”<sup>25</sup>.

Posto essa abordagem, percebe-se então, tanto para Tourinho Filho como para os demais autores que tratam desse assunto que flagrante delito é quando o indivíduo é surpreendido no calor da emoção, enquanto comete o delito ou logo após ter cometido.

Tem-se então uma relação de imediatidade, uma necessidade mais próxima da prisão. Ainda assim, o Código de Processo Penal prevê em seu artigo 302, incisos I a IV as espécies de flagrante, que seriam o Flagrante Próprio ou propriamente dito, o Flagrante Impróprio, irreal ou quase flagrante e ainda tem o chamado flagrante presumido.<sup>26</sup>

Flagrante próprio ou propriamente dito “caracteriza-se quando o agente está cometendo a infração penal ou acabou de cometê-la. (...) Observe-se que, a expressão ‘acaba de cometê-la’ deve ser interpretada de forma totalmente restritiva, contemplando a hipótese do indivíduo que, imediatamente após a consumação da infração, vale dizer, sem o decurso de qualquer intervalo temporal, é surpreendido no cenário da prática delituosa”<sup>27</sup>

O flagrante próprio se caracteriza então pela imediatidade, posto que o agente é surpreendido no exato momento em que comete o delito ou quando acaba de cometê-lo. Não há qualquer lapso temporal.

Resta tão somente o chamado Flagrante Impróprio, Irreal ou Quase Flagrante que seria a situação descrita no inciso III, do artigo 302 do Código de Processo Penal. Ocorre quando “o agente é perseguido pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer outra pessoa **logo após** a prática do fato delituoso, em situação que faça presumir ser autor da infração”<sup>28</sup>

Nesse caso, há uma preocupação em enfatizar o “logo após”, tendo em vista que tendo o agente praticado o delito e havendo a sua perseguição, logo após, sendo encontrado em situação que faça presumir sua autoria, é possível a sua prisão, por estar em quase-flagrante.

---

<sup>25</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 595.

<sup>26</sup>BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 16 set. 2015. **Art. 302.** Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

<sup>27</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. São Paulo: Método, 2009. p. 779.

<sup>28</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 406.

Flagrante Presumido que se encontra elencado no inciso IV, trata-se daquele em que “é encontrado, **logo depois**, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração”.

Neste momento, não é necessário que haja perseguição. O lapso temporal entre a infração penal e a efetivação da prisão pode ser ainda mais elástico do que o flagrante impróprio<sup>29</sup>.

É imprescindível constatar que o flagrante presumido ocorre logo depois, não havendo tanta proximidade como no caso do flagrante impróprio. Como o próprio nome já diz, presume-se que determinada pessoa seja o autor do delito, pelo simples fato dela ser encontrada logo depois com instrumentos, armas, objetos etc que façam presumir ser ela a autora do delito.

A partir daí, tem-se a Prisão Temporária que foi criada pela Lei 7.960, de 21/12/1989, e prevê que havendo necessidade será permitida a decretação pela autoridade judiciária competente, em decisão fundamentada. Poderá ocorrer apenas durante o inquérito policial, destinada às investigações de crimes graves e por prazo determinado.<sup>30</sup>

A prisão temporária, diante do que foi levantado, ocorre tão somente quando houver estrita necessidade, só podendo ser decretada pela autoridade competente e em decisão fundamentada, pois, caso contrário, haveria abuso da autoridade competente, estando diante de uma prisão ilegal.

Somente o Juiz, mediante representação da Autoridade Policial ou requerimento do Ministério Público, poderá decretá-la. Seu prazo máximo de duração é de 5 dias, prorrogável por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade. Em se tratando de crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e o terrorismo, o prazo da prisão temporária é de 30 dias, prorrogável por mais 30, nos termos do § 3.º do art. 2.º da Lei 8.072/90.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup>TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 379.

<sup>30</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 3. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 394.

<sup>31</sup>DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 84.

A decretação da prisão temporária ocorre pelo fato de haver extrema necessidade, principalmente nos casos de apuração de crimes de natureza mais grave. Isso ocorre como medida de precaução para que o indivíduo que esteja sendo acusado pela prática do delito não tenha como se ausentar da Cidade, ou até mesmo “fugir” para não responder ao delito cometido, é tão somente como uma forma de precaução e as hipóteses de cabimento da prisão preventiva estão previstas no artigo 1º da referida lei.<sup>32</sup>

De todas as prisões processuais, a que se reveste de maior importância é a preventiva. As circunstâncias que a autorizam se constituem na pedra de toque de toda e qualquer prisão processual. Ela pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial, ou da instrução criminal, que se encerra com o art. 499 do CPP. Somente o Juiz é que pode decretá-la, seja mediante representação da Autoridade Policial, requerimento do Ministério Público ou do querelante, seja até mesmo ex officio. Para tanto haverá indeclinável necessidade de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Satisfeitos esses pressupostos, restará, ainda, a presença de uma das seguintes circunstâncias: a) para garantia da ordem pública; b) por conveniência da instrução criminal e c) para assegurar a aplicação da lei penal. Assim, mesmo que o crime esteja provado, a parte objecti, e a parte subjecti, a medida odiosa não poderá ser decretada, se não for necessária como garantia da ordem pública, se não for conveniente para preservar a instrução criminal, ou, finalmente, se não for indispensável para assegurar a aplicação da lei penal. Diz-se necessária para garantia da ordem pública, quando o agente está praticando novas infrações penais, fazendo apologia de crime, incitando à prática de crime, reunindo-se em quadrilha ou bando, etc.<sup>33</sup>

Em razão disso, percebe-se que a prisão preventiva das três espécies é a que se reveste de maior importância, sendo decretada somente pelo juiz competente, podendo até mesmo ser decretada de ofício, em qualquer fase do inquérito policial. Somente será decretada se houver provas da existência do crime e indícios suficientes de autoria, sendo decretada somente com

---

<sup>32</sup>< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)>. Acesso em: 15 set. 2015.

**art. 1.º, da Lei n.º 7960/89:** I- quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II- quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III- quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes de homicídio doloso; sequestro ou cárcere privado; roubo; extorsão; extorsão mediante sequestro; estupro; atentado violento ao pudor; epidemia com resultado de morte; envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; quadrilha ou bando; genocídio; tráfico de drogas; crimes contra o sistema financeiro.

<sup>33</sup> Fernando Tourinho Filho, in **Da Prisão e da Liberdade Provisória**, Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 7/1994 | p. 73 - 90 | Jul - Set / 1994 Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 2 | p. 1107 - 1131 | Jun / 2012 DTR\1994\261.

relação aos crimes dolosos e podendo ser revogada a qualquer tempo. A prisão preventiva deverá ser a última medida adotada, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 garante como regra o direito à liberdade. Posto isso, a liberdade provisória é a regra e a prisão preventiva a exceção.

Tem-se ainda, no ordenamento jurídico brasileiro medidas cautelares alternativas a prisão que podem ser decretadas pelo juiz de ofício ou a requerimento das partes, ou na fase investigatória por representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público. A depender da adequação ao caso concreto e do estado das coisas (cláusula rebus sic stantibus), poderão ser substituídas cumuladas com outras, ou revogadas, caso não sejam mais necessárias.<sup>34</sup>

À vista disso, verifica-se que as medidas cautelares existem para nortear os juízes competentes ao decretá-las, posto que, o juiz não mais fica restrito à liberdade ou a prisão. O juiz poderá decretá-la, depois substituí-la, cumular com outras ou até mesmo revogá-las quando não mais achar necessário essa medida.

Essas medidas cautelares diversas da prisão estão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal e são as seguintes:

**Art. 319.** São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

**I** - Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

**II** - Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

**III** - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

**IV** - Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

**V** - Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

---

<sup>34</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7ªed. Ed.Juspodivm. Salvador. 2012. p. 674.

**VI** - Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

**VII** - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

**VIII** - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

**IX** - Monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

**§ 4º** A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, BR22 intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Assim é que as medidas cautelares do processo penal exercem relevante função no sentido de serem úteis ao processo penal (e na busca da verdade real), durante a investigação criminal e o processo penal, para cautelar necessidade de aplicação da Lei Penal e também, em defesa da ordem pública e social, para evitar a prática de infrações penais. São, aliás, os seus requisitos objetivos, nos termos do art. 282, I, do CPP: “As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: ‘I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais’”.<sup>35</sup>

Tais medidas cautelares são tidas como uma forma de evitar a prática de infrações penais e principalmente como uma maneira de punir de outras formas o autor do delito, tendo com parâmetro base, o fato da garantia constitucional assegurar ao indivíduo a liberdade. Tem-se assim, uma punição, contudo, uma punição de certa maneira mais leve do que a privação da liberdade.

---

<sup>35</sup> Fernando Tourinho Filho, in **Da Prisão e da Liberdade Provisória**, Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 7/1994 | p. 73 - 90 | Jul - Set / 1994 Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 2 | p. 1107 - 1131 | Jun / 2012 DTR\1994\261.

### 1.3 Prisão Processual

As prisões processuais são mecanismos que permitem restringir o estado original de liberdade do indivíduo, por isso, só poderão ter lugar em situações excepcionais, quando e enquanto forem estritamente necessárias para garantir o resultado útil da medida principal, ou seja, o processo penal de conhecimento.<sup>36</sup>

No ordenamento jurídico pátrio, como já mencionado anteriormente existe uma divisão na prisão processual ou provisória, que seria a Prisão em Flagrante, a Prisão Temporária e a Prisão Preventiva. São modalidades de prisão conhecidas como “prisão sem pena”, pois, tais modalidades acontecem antes mesmo do trânsito em julgado da sentença.

#### 1.3.1 Prisão Processual Ilegal

A prisão ilegal é aquela modalidade de prisão promovida sem observância das formalidades legais ou com abuso de poder. Desta forma, sobressai-se que ante qualquer irregularidade face à restrição da liberdade pessoal, especialmente pela prisão ilegal, o Estado deve ser responsabilizado para que os danos causados ao indivíduo sejam integralmente reparados.<sup>37</sup>

A Constituição Federal assegura em seus dispositivos o direito à liberdade, dessa forma, qualquer ato que implique em prejuízo para o indivíduo, ou seja, qualquer forma de privá-lo de sua liberdade de maneira abusiva ou sem atender os pressupostos legais será causa de prisão ilegal, conforme atesta Maia Neto.

Ainda assim, a Constituição Federal assegura que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”; e “ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (incisos LXV e LXVI do art. 5º CF).<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> DUCLERC, Elmir. **Curso Básico de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v.2, p. 202.

<sup>37</sup> MAIA NETO, Cândido Furtado. **Erro Judiciário, prisão ilegal e Direitos Humanos**. In: Prática Jurídica, Ed. Consulex. Ano II, nº 13, de 30/04/2003. p. 33-40.

<sup>38</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

Favorecendo esse entendimento, constata-se mais uma vez que a Constituição Federal de 1988 sempre irá em seus dispositivos garantir o direito à liberdade que é inerente ao cidadão, e, uma vez violado o presente direito, e havendo uma prisão ilegal, esta deve ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, não sendo admitido, inclusive, que o indivíduo permaneça privado de sua liberdade quando a lei admitir a liberdade provisória.

### **1.3.2 Prisão Preventiva Ilegal**

Como já mencionado anteriormente, a prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar, que é decretada antes do trânsito em julgado do processo criminal. A prisão preventiva só poderá ser solicitada se estiverem presentes todos os seus pressupostos de admissibilidade, bem como os requisitos legais.

Nos entendimentos de Paulo Rangel, são pressupostos da prisão preventiva o *fumus comissi delicti* (fumaça de cometimento do crime), prova da materialidade e indícios de autoria. Em outras palavras, para a decretação da prisão, deve haver algum sinal da ocorrência do crime, bem como a probabilidade de que o réu o tenha cometido, devendo tão somente ser decretada nas hipóteses de *periculum libertatis* que ocorre quando a liberdade do acusado oferecer algum perigo.<sup>39</sup>

Logo, averigua-se que segundo Paulo Rangel, a prisão preventiva somente deverá ocorrer se houver algum indício da ocorrência do crime ou que o indivíduo o tenha cometido, tendo em vista a garantia constitucional do direito à liberdade.

Quando a decretação da prisão preventiva não atender aos pressupostos legais, há então a ocorrência da prisão ilegal.

HABEAS-CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PRISÃO PREVENTIVA ILEGAL. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312, DO CPP. PROCEDÊNCIA. ARBITRARIDADE CONFIGURADA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS PARA IMPOSIÇÃO DA MEDIDA. ORDEM CONCEDIDA.

Há que se reconhecer arbitrária, por isso ilegal, a medida que impôs a constrição sob a paciente, eis que não demonstrado, no decreto de prisão, a efetiva existência dos pressupostos do art. 312, do CPP, marcadamente quando incerto haver indícios de

---

<sup>39</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 13. Ed. Lumen Juris. São Paulo. 2007. p. 137.

autoria e materialidade delitivas, ainda mais quando considerado que a paciente praticou atos no sentido de colaborar com as investigações policiais.<sup>40</sup>

No presente julgado, observa-se então a existência de uma prisão preventiva ilegal por inexistência dos requisitos do artigo 312 do CPP. Nesse sentido, nota-se que por ser incerto haver os indícios de autoria e prova da materialidade contata-se pois, um exemplo real da falta dos pressupostos necessários para a decretação da prisão.

Em se tratando de prisão ilegal, deverá então o juiz imediatamente relaxá-la, conforme previsão expressa no artigo 5º, inciso LXV da Constituição Federal onde preceitua que "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária competente".<sup>41</sup>

### **1.3.3 Afronta ao Direito à liberdade elencado como garantia constitucional**

No que diz respeito à dignidade da pessoa humana, Alexandre de Moraes preconiza que “ao Estado cabe o dever de garantir a justiça e direitos de liberdade individual. A dignidade da pessoa humana atribui unidade aos direitos e garantias fundamentais, inerente às personalidades humanas afastando a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em função da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral intrínseco da pessoa, que se manifesta singularmente na sua autodeterminação consciente e responsável, trazendo consigo a pretensão ao respeito das demais pessoas, edificando um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, todavia sem menosprezar o merecimento das pessoas enquanto seres humanos.”<sup>42</sup>

Em razão do apresentado por Alexandre de Moraes, assegura-se que o indivíduo possui uma garantia que é dada pelo Estado no que diz respeito à justiça e os direitos de liberdade individual. Nesse aspecto, percebe-se ainda que a dignidade da pessoa humana está presente no ordenamento jurídico brasileiro e garantindo, assim, a liberdade do cidadão. A dignidade então é tida como algo moral intrínseco da pessoa. Resta claro que o indivíduo deve em sua vida sofrer limitações por parte do Estado, mas tais limitações não devem interferir,

---

<sup>40</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça-AC. Habeas Corpus 415 AC 2010.000415-7. **Prisão Preventiva Ilegal**. Impetrante: Patrícia Belucio Queiroz. Impetrado: Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Rio. Relator: Des. Arquilau Melo. Acre 18/02/2010. Lex: Jurisprudência do TJ-AC. Acre.

<sup>41</sup>BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

<sup>42</sup> MORAES, de Alexandre. *Direito Constitucional*. 29ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013. p.33.

nem tampouco menosprezar o merecimento das pessoas enquanto seres humanos, como afirma o ilustre doutrinador. Nesse ponto, nota-se que quando há alguma violação ou abuso de poder com relação à liberdade garantida face a Constituição, tem-se então uma violação a presente garantia, uma vez que a Constituição enfatiza esses direitos que são assegurados aos homens enquanto seres humanos.

A restrição da liberdade do cidadão por meio da prisão no Direito brasileiro, após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, é tida como medida excepcional e *ultima ratio* na aplicação de uma sanção às infrações penais. Isso porque a liberdade (aqui tomada em sua acepção *stricto sensu* de liberdade de locomoção, do direito de ir, vir e permanecer) é a regra na configuração do Estado Democrático de Direito que vivemos, bem como nas relações de poder travadas entre as instituições de Estado e o cidadão<sup>43</sup>

Nesse sentido, vislumbra-se que a Constituição Federal de 1988 em seus dispositivos assegura o direito à liberdade ao cidadão e garante que a prisão, seja ela de qualquer natureza será considerada uma exceção, posto à regra que é o direito à liberdade. Diante disso, quando a prisão for decretada sem atender aos requisitos necessários, interferirá diretamente na garantia constitucional ao direito à liberdade que é prevista na Constituição.

Dada a mencionada importância, percebe-se que além da prisão no ordenamento jurídico pátrio ser medida excepcional, também é considerada a *ultima ratio*, ou seja, uma última medida à ser aplicada.

#### **1.3.4 Liberdade Provisória, Relaxamento x Revogação da Prisão Preventiva**

A liberdade provisória encontra amparo na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º que diz que:<sup>44</sup>

LVII- “ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;”.

---

<sup>43</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. 32 ed. Petrópolis: Vozes, 1987, 77-80.

<sup>44</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

Ainda nesse sentido o inciso LXVI dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Percebe-se então que a liberdade provisória é uma medida que deve ser observada sempre pela autoridade competente, uma vez que se assegura a liberdade ao indivíduo, então, nesse caso, sempre que for possível, deverá ser concedido o instituto da liberdade provisória, que ocorre nos casos de prisão em flagrante, como já mencionado anteriormente e ocorre nos casos de prisão legal.

O relaxamento da prisão não incide apenas nos casos de prisão em flagrante, basta que seja ilegal, e nesse caso, por ser ilegal a prisão, ocorre a restauração total da liberdade.

Nesse entendimento assegura o artigo 5º, inciso LXV da Constituição Federal que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.<sup>45</sup>

Será então considerada ilegal uma prisão quando se der na forma do exibido no artigo 648 do Código de Processo Penal que diz que:

Art. 648 - A coação considerar-se-á ilegal:  
I - quando não houver justa causa;  
II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;  
III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;  
IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;  
V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;  
VI - quando o processo for manifestamente nulo;  
VII - quando extinta a punibilidade.<sup>46</sup>

Nesse ponto, em face das hipóteses previstas no artigo 648 do CPP, sempre que houver uma prisão ilegal, esta deve ser imediatamente relaxada.

Em contrapartida, a revogação da prisão ocorre quando, nos casos de prisão preventiva e temporária, quando a manutenção da prisão não se fizer mais necessária, sendo, inclusive, uma prisão exercida de maneira legal.

O dispositivo então que trata da revogação da prisão é o artigo 316 do CPP que diz que:

---

<sup>45</sup>BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

<sup>46</sup>BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm)>. Acesso em: 22 set. 2015.

**Art. 316.** O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 5.349, de 3.11.1967).<sup>47</sup>

Nesse caso, sempre que o juiz durante o processo perceber que a prisão não tem motivo para permanecer deverá conceder o instituto da revogação da prisão. Em perspectiva ao exposto, a prisão como já mencionado anteriormente deverá ser uma medida excepcional à ser aplicada, e a liberdade deverá ser tida como regra no ordenamento jurídico pátrio.

Ainda assim, comprova-se que a liberdade provisória é uma medida que ocorre em algumas situações e diante de prisões legais. Já no que diz respeito ao relaxamento de prisão, esse instituto ocorrerá tão somente quando houver uma prisão manifestamente ilegal, onde deverá o juiz competente imediatamente cessar a prisão injusta. E por fim, a revogação da prisão ocorre também de maneira legal, mas, diferentemente da liberdade provisória, ocorre quando a autoridade competente não achar mais necessário a prisão do indivíduo. Tais institutos encontram amparo tanto na Constituição Federal de 1988, como no Código de Processo Penal.

---

<sup>47</sup>BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm)>. Acesso em: 22 set. 2015.

## II – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

### 2.1 Responsabilidade Civil e seus Pressupostos no Direito Brasileiro

A responsabilidade civil surge no ordenamento jurídico pátrio, como uma forma de reparar o cidadão de eventuais prejuízos sofridos. Dentro desta ótica, descreve o artigo 927 do Código Civil brasileiro que “aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” e segue em seu parágrafo único afirmando que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.<sup>48</sup>

Em síntese, percebe-se que o Código Civil quando trata da responsabilidade civil assegura ao cidadão que, caso alguém por ato ilícito cause algum tipo de dano àquele, ficará obrigado à reparar o presente dano, e, ainda assim, também estará obrigado a reparar caso, independente de culpa ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar em algum tipo de risco para os direitos do outro.

A responsabilidade civil e a obrigação de reparar o dano surge então da conduta ilícita do agente que o causou. O ato ilícito praticado gera o dever de reparação da vítima, mas nem toda obrigação de indenização deriva de ato ilícito. Não se cogita indenização e dever de reparação somente nos casos em que haja conduta injurídica causadora de dano, a responsabilidade civil pode ter origem na violação de direito que causa prejuízo a alguém, desde que observados certos pressupostos.<sup>49</sup>

Nesse âmbito, o autor acredita que, tal responsabilidade surge em virtude de uma conduta ilícita e que este ato ilícito praticado pelo agente, gera neste, o dever de compensar a vítima pelos danos que esta sofreu. Contudo, afirma ainda o autor que a obrigação de indenizar nem sempre irá decorrer de ato ilícito. Em tal caso, o dever de reparar o dano surgirá em alguns momentos independente de culpa.

---

<sup>48</sup>BRASIL. Presidência da República. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 29 set. 2015.

<sup>49</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003, p. 12.

Em contrapartida, na visão de Maria Helena Diniz, a noção de responsabilidade civil vem do princípio de que aquele que causar dano a outra pessoa, seja ele moral ou material deverá restabelecer o bem ao estado em que se encontrava antes do seu ato danoso, e, caso o restabelecimento não seja possível, deverá compensar aquele que sofreu o dano.<sup>50</sup>

Percebe-se então diante da posição doutrinária explanada que, quando houver algum tipo de violação ao direito de outrem, estará o causador da violação obrigado à restabelecer o bem ao estado em que se encontrava antes de causar tal dano, ou, caso não seja mais possível esta reparação, ficará obrigado a compensar a pessoa que teve seu direito violado.

Dessa forma e sob tal complexidade, surge no ordenamento jurídico brasileiro uma obrigação de reparar os danos causados à integridade física e psíquica da vítima. Tais danos irão decorrer de pressupostos, que segundo o artigo 186 do Código Civil dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou impudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”<sup>51</sup>

Os pressupostos então, que devem ser observados, para poder haver uma responsabilização ao agente causador do dano devem decorrer a partir da análise do presente artigo, sendo possível identificar e extrair os elementos da responsabilidade civil, que seriam: a conduta (ação ou omissão) culposa do agente, o nexó de causalidade, o dano e a culpa. Percebe-se então, que tal artigo é o ponto inicial e fundamental da responsabilidade civil e ressalva ainda que a ninguém é dado o direito de causar algum tipo de prejuízo a outrem, por menor que este seja.

A conduta, seja ela comissiva ou omissiva é o fator fundamental e principal para caracterizar uma responsabilidade civil, em tal caso, quando não há uma conduta ilícita, logo, não há que se falar em responsabilidade civil, por faltar um dos pressupostos fundamentais da responsabilidade.

Segundo Frederico Marques, citado na obra de Stoco, conclui a ação e omissão como:

---

<sup>50</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 34.

<sup>51</sup>BRASIL. Presidência da República. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 06 out. 2015.

A conduta humana relevante para essa responsabilização apresenta-se como ‘ação’ ou como ‘omissão’. Viola-se a norma jurídica, ou através de um *facere* (ação), ou de um *non facere* (omissão). ‘uma outra conduta se situam no campo naturalístico do comportamento humano, isso é, no mundo exterior, por serem um ‘trecho da realidade’ que o direito submete, ulteriormente, a juízo de valor no campo normativo.’<sup>52</sup>

A ação se caracteriza então, num ato de vontade, algo que o agente pratica e que causa uma modificação no mundo externo, nesse caso, violando diretamente o bem jurídico tutelado. Já a omissão se caracteriza quando há uma conduta negativa, o indivíduo deveria agir de determinada maneira e não age.

Analisando a questão do nexo de causalidade, será tão somente uma ligação entre a conduta praticada e o dano causado. Tendo em vista que o nexo de causalidade é uma ligação entre a conduta e o dano, é de suma importância que este esteja presente na conduta praticada pelo agente, uma vez que, se não houver esse elo entre a conduta e o dano, não há que se falar em responsabilidade.

Ainda no que tange o nexo de causalidade, Gonçalves determina que “é a relação de causa e efeito entre ação e omissão do agente e o dano verificado [...] sem ela não existe a obrigação de indenizar. Se houver o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar”.<sup>53</sup>

É reconhecido, mais uma vez que o nexo de causalidade é uma relação entre causa e efeito entre a conduta do agente e o dano causado, e, não estará configurada a responsabilização e a obrigação de reparar o dano causado, caso não haja essa relação de causa e efeito, mesmo que exista o dano.

E por fim, tem-se o dano e a culpa. A culpa ocorre em decorrência de um ato negligente ou imprudente do autor do fato, já o dolo é a ação ou omissão<sup>54</sup>, é a vontade consciente de violar um direito.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> STOCO, Rui- **Tratado de Responsabilidade Civil**- 6ª. Ed. ver., atual. E ampl –São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 131

<sup>53</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil, volume 4: **Responsabilidade Civil**- 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54

<sup>54</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil, volume 4: **Responsabilidade Civil**- 5ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2010.p. 53.

Nota-se que a culpa é admitida na legislação brasileira como pressuposto da responsabilidade civil, contudo, pode haver responsabilidade sem culpa, como prevê o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil que diz que “haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa”.<sup>56</sup>

Conclui-se então que a culpa é um pressuposto da responsabilidade civil, contudo não é um pressuposto essencial, como dispõe o presente artigo. Consta-se que pressupostos essenciais são a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade entre tal conduta e o dano.

Ainda nesse aspecto, repara-se que diferentemente do dolo, a culpa se caracteriza quando o causador do dano não tinha intenção de provocá-lo e que, como já mencionado anteriormente age por imprudência, negligência ou imperícia e, ao agir de determinada maneira, quando causa o dano, fica então obrigado a repará-lo. Quando restar então comprovada a presença de um dos três elementos: negligência, imperícia ou imprudência fica caracterizada a culpa do agente, surgindo o dever de reparação, pois mesmo sem intenção o agente causou dano.

E por fim, existe o dano, onde à conduta do agente para acarretar responsabilidade civil deve comprovadamente causar dano ou prejuízo à vítima. Nesse caso, quando não houver dano, não há que se falar em responsabilidade civil, tendo em vista se tratar de um pressuposto indispensável à responsabilização do agente.

O dano é o prejuízo que resulta da lesão a um bem ou direito. É a perda ou redução do patrimônio material ou moral do lesado em decorrência da conduta do agente, gerando para o lesado o direito de ser ressarcido para que haja o retorno de sua situação ao estado em que se encontrava antes do dano ou para que seja compensado caso não exista possibilidade de reparação, posto isso, Venosa assegura que:

“Somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto. Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista ao vultu que tomou a responsabilidade civil. [...] Trata-se, em última análise, de interesse que são atingidos injustamente. O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado,

---

<sup>55</sup>ALVIM, Agostinho de Arruda, **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**, citada por STOCO, Rui- **Tratado de Responsabilidade Civil**- 6ª. Ed. ver., atual. E ampl –São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 132

<sup>56</sup>BRASIL. Presidência da República. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 06 out. 2015.

patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima”.<sup>57</sup>

O prejuízo material ou moral que o dano vai acarretar a pessoa lesada estará caracterizado quando, no caso do material (ou patrimonial) causar uma diminuição no patrimônio da vítima, podendo se auferir pecuniariamente. Já o dano moral atinge bens personalíssimos da vítima e a diminuição em seu patrimônio não pode ser vista, em função disso é de difícil mensuração já que a indenização não será capaz de promover o retorno ao estado anterior, sendo capaz apenas de compensar a vítima pelo dano sofrido.

Em alguns casos, a responsabilidade civil restará afastada, como ocorre nos casos de estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito, estrito cumprimento do dever legal, caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro que estão previstos no artigo 188 do Código Civil.<sup>58</sup>

No caso do estado de necessidade o agente é obrigado pelas circunstâncias a sacrificar um bem jurídico. De acordo com o art. 188 do Código Civil, não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, **o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário**, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Assegura-se pois, no parágrafo único, que o ato praticado pelo agente será legítimo quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário. Em tais casos, quando não houver um bem jurídico sacrificado, e quando a violação desse bem jurídico não for absolutamente necessária, não há que se falar em estado de necessidade.

Nesse patamar, quando houver outros meios de poupar o bem jurídico, deverá o agente então usar tais meios, a fim de afastar a vítima de eventuais prejuízos. Ainda assim, o código penal, em seu artigo 24 trata do conceito de estado de necessidade e dispõe que:

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar,

---

<sup>57</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003, p. 28.

<sup>58</sup>BRASIL. Presidência da República. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 11 out. 2015.

direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º – Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º – Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.<sup>59</sup>

Já o parágrafo único do artigo 188 também trata do estado de necessidade, contudo, não traz menção expressa, mas sim fala do estado de necessidade quando se refere à deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Com relação ao instituto da legítima defesa, ao exercício regular de um direito e o estrito cumprimento do dever legal, segundo Carlos Roberto Gonçalves, “embora quem pratique o ato danoso em estado de necessidade seja obrigado a reparar o dano causado, o mesmo não acontece com aquele que o pratica em legítima defesa, no exercício regular de um direito e no estrito cumprimento do dever legal”.<sup>60</sup>

À vista disso, percebe-se que se o ato foi praticado contra o próprio agressor, e em legítima defesa, não pode o agente ser responsabilizado civilmente pelos danos provocados. Isso decorre do fato de que no caso do estado de necessidade, o agente que pratica o ato danoso é obrigado a reparar tal dano, já no que diz respeito aos casos anteriormente mencionados de legítima defesa, exercício regular de um direito e estrito cumprimento do dever legal, não necessariamente o agente causador do dano deverá ser responsabilizado.

Tais dispositivos estão assegurados no inciso I do artigo 188 do Código Civil, até então já abordado. Quando se trata do aspecto do exercício regular de um direito, vê-se que há um direito reconhecido e que existe um exercício sobre tal direito, contudo, para que seja legal deve ser regular, pois do contrário ocorreria excesso na conduta do agente.

Neste sentido vê-se que “aquele que atua respaldado pelo direito não poderá por este ser atacado ou repreendido”<sup>61</sup>. Não gerará então pretensão indenizatória, nem tampouco responsabilização perante o agente que atuou no exercício regular de um direito.

---

<sup>59</sup>BRASIL. Presidência da República. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 11 out. 2015.

<sup>60</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto; **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**, Volume 4; Edição 6; São Paulo-SP; Editora Saraiva, 2011. P. 460.

<sup>61</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil –Responsabilidade Civil. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 148

E, por fim, tem-se o caso fortuito e força maior, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro que são tidos como situações previstas, respectivamente nos artigos 393, 945 do Código Civil de 2002 e 70, inciso III do Código de Processo Civil.<sup>62</sup>

Com relação ao caso fortuito e força maior, o próprio parágrafo único do mencionado artigo 393 descreve que são situações cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir. Ou seja, são situações que ocorrem em decorrência de uma força maior e que não há como prever anteriormente, e, em tais casos, como não há essa previsão, logo, também não há que se falar em responsabilização, tendo em vista se tratar de algo inevitável.

Em atenção a isso, concebe-se que assim como no caso fortuito e força maior, no caso de culpa exclusiva da vítima, também não será necessário falar tão somente da responsabilidade do agente, tendo em vista que quando a vítima de alguma forma contribuir culposamente para aquele dano, o agente causador de tal dano responderá pelos prejuízos causados, na medida de sua culpa, em concorrência com a culpa da vítima, uma vez que esta de alguma forma contribuiu para o resultado danoso. Assim como dispõe o artigo 945 do Código Civil. Nesse caso, a indenização será fixada com base nessa concorrência.

E, por fim, no caso do fato de terceiro, este só acontecerá quando o dano se dá por ato de terceiro, sendo o suposto agente um mero instrumento para a causalidade.<sup>63</sup> Nesse caso, faz-se necessário que a culpa seja exclusiva de terceiro, pois do contrário seria o mesmo caso da culpa exclusiva da vítima, em que haveria uma concorrência de culpas. Nesse caso, a vítima deve buscar de imediato o ressarcimento pelos danos sofridos pelo agente causador imediato do dano, e, em contrapartida, deverá o agente imediato buscar do terceiro (causador

---

<sup>62</sup>BRASIL. Presidência da República. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 13 out. 2015

**Art. 393.** O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

**Art. 945.** Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 13 out. 2015

**Art. 70.** A denunciação da lide é obrigatória:

III – àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

<sup>63</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil –Responsabilidade Civil. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P.161.

real) o regresso que poderia ser ingressado através da chamada denunciação a lide prevista no artigo 70, inciso III do Código de Processo Civil.

### **2.1.1 Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva baseadas na Teoria do Risco e da Culpa.**

Para ser caracterizada a responsabilidade civil, percebe-se que deve haver a existência da conduta humana, do nexo de causalidade e do dano. Nesse aspecto, o Código Civil, em seus arts. 186 e 187 adotam como regra a responsabilidade subjetiva, ou seja, além da ação ou omissão que causa um dano, ligados pelo vínculo denominado nexo de causalidade, deve restar comprovada a culpa.<sup>64</sup>

Em razão do exposto, notório é que a responsabilidade civil subjetiva, elencada como regra nos mencionados artigos está intimamente relacionada com a teoria da culpa, uma vez que resta comprovado que além da ação ou omissão do agente que cause dano à vítima, deve estar também presente a culpa. A ação do agente deve ser voluntária, negligente ou imprudente, portanto necessário se faz a comprovação da culpa.

Contudo, com exceção à regra da responsabilidade subjetiva, elencada no Código Civil de 2002, haverá sempre a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa na responsabilidade objetiva, tem-se nesse caso a chamada teoria do risco ou responsabilidade sem culpa. Tal responsabilidade encontra previsão no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, que prevê a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.<sup>65</sup>

Nesse caso, diferentemente da responsabilidade subjetiva, a objetiva não dependerá de culpa e restará comprovada sempre que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, de alguma maneira, risco para os direitos de outra pessoa, visto que, quando

---

<sup>64</sup>BRASIL. Presidência da República. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 19 out. 2015

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

**Art. 187.** Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>65</sup>BRASIL. Presidência da República. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 19 out. 2015

isso acontece, não se fará necessário presente a culpa e gerará no indivíduo causador do dano uma obrigação de indenizar a vítima que sofreu o dano injusto.

Ainda nesse sentido e com relação ao parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, Carlos Roberto Gonçalves assegura que:

“A inovação constante no parágrafo único do art. 927 do Código Civil será significativa e representará, sem dúvida, um avanço, entre nós, em matéria de responsabilidade civil. Pois a admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para o direito de outrem, da forma genérica como consta no texto, possibilita ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável.”<sup>66</sup>

Em conformidade com a responsabilidade objetiva, verifica-se que é um instrumento de grande importância no ordenamento jurídico, tendo em vista que a responsabilidade subjetiva além de ser regra no código civil era o que antes só existia. Nesse sentido, Venosa afirma que “na responsabilidade objetiva, como regra geral, leva-se em conta o dano em detrimento do dolo ou da culpa. Desse modo, para o dever de indenizar, bastam o dano e o nexo causal, prescindindo-se da prova da culpa”.<sup>67</sup>

Com relação a responsabilidade, esta é a consequência jurídica e patrimonial do descumprimento de uma obrigação, havendo uma obrigação de reparar o dano causado por esse descumprimento. Nesse caso, a subjetiva é aquela em que para que haja o dever de reparar o dano, devem estar presentes quatro elementos: conduta, nexo causal, dano e **culpa**. A pessoa deve ter agido com culpa em sentido amplo, como nos casos de imprudência, negligência ou imperícia. A culpa é tida como um elemento essencial para caracterizar essa responsabilidade subjetiva.

Já no caso da responsabilidade objetiva, faz-se necessário somente provar três elementos: conduta, nexo causal e dano, tendo em vista que a culpa é descartada nessa modalidade. A culpa em tal caso não é um elemento essencial, como na responsabilidade subjetiva que é um elemento indispensável para a caracterização dessa modalidade. Em função disso, no ordenamento jurídico pátrio, a responsabilidade civil objetiva é tida como exceção, e a subjetiva a regra.

---

<sup>66</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 7. Ed. Atual. E amp. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 25.

<sup>67</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003, p. 18.

## 2.2 Responsabilidade Civil do Estado

Na visão de Fernanda Marinela, no que diz respeito a responsabilidade do Estado, é assegurado que:

“Hoje as nações, inclusive o Brasil, nos diversos ordenamentos jurídicos e no direito comparado, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, de forma pacífica, o Estado como sujeito responsável pelos seus atos, tendo, conseqüentemente, o dever de ressarcir as vítimas dos danos causados em razão de sua atuação. O dever de responder é inerente às regras de um Estado de Direito, mas não somente dessa lógica; a responsabilidade é também consequência necessária da crescente presença que adquire o elemento estatal nas relações em sociedade, interferindo cada vez mais nas relações individuais, o que acontece todos os dias.”<sup>68</sup>

Por conseguinte, o Estado, responderá pelos seus atos, tendo, inclusive, o dever de ressarcir as vítimas dos danos causados em razão de sua atuação. Esse dever de responder pelos danos que causar a outrem decorre das regras de um Estado de Direito, mas também será consequência da presença que adquire o Estado nas relações em sociedade, e que cada vez mais essa relação vem crescendo e o Estado interferindo nas relações individuais.

Ainda em razão do explanado, percebe-se que essa atuação estatal é imposta à sociedade, tendo em vista que os indivíduos não podem recusar a presença do Estado, não tendo, inclusive, como afastar sua ação, pois, este age de maneira imperativa, independentemente da vontade do indivíduo. Logo, já que os indivíduos não podem interferir nessa atuação estatal, quando este agir de forma que cause prejuízo a outrem, restará tão somente obrigado a ressarcir pelos eventuais prejuízos.

Posto isso, Marinela afirma que não tem como o administrado escapar ou tampouco minimizar os perigos de dano provenientes da ação estatal. É o Estado quem define os parâmetros da sua presença na sociedade e é ele quem vai estabelecer o teor e a intensidade de seu relacionamento com os indivíduos. Por causa disso, se constrói a responsabilidade civil do Estado, assegurando mais proteção para o administrado e mais rigor para o ente estatal.<sup>69</sup>

Na Constituição Federal de 1988 a responsabilidade civil do Estado encontra-se consolidada em seu artigo 37, §6º, representando uma vitória do povo, tendo em vista que antes disso, o Estado não poderia ser responsabilizado por atos praticados ou por sua omissão, frente ao indivíduo, que era a chamada Irresponsabilidade civil do Estado.

---

<sup>68</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4ª Edição. Editora Impetus. Niterói, 2010. P. 873.

<sup>69</sup> Idem. P. 874.

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

(...) § 6.º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”<sup>70</sup>

A Constituição Federal assegura no parágrafo único do seu artigo 1º que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Tal poder é conferido ao Estado para que busque o bem comum, isso é o que se sustenta há anos no regime democrático adotado pelo Brasil.<sup>71</sup>

O Estado, pessoa jurídica de direito público, ao desvirtuar a lei com a sua conduta, tem a penalidade aplicada nas suas três esferas do Poder Estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa. Esta responsabilidade é sempre civil, de ordem pecuniária, tendo em vista que não pode o Estado, ente federativo ser responsabilizado de outra forma.

O dano a que o Estado responde, por sua vez, é causado por meio dos seus agentes, palavra que tem seu significado independente de servidor. O Estado sozinho não causa danos a ninguém. Agente seria então aquela pessoa que está a serviço do ente estatal.

Neste sentido, Tartuce, fala, respectivamente, em “responsabilidade civil contratual ou negocial e em responsabilidade civil extracontratual, também denominada responsabilidade civil aquiliana, diante da Lex Aquilia de Damno, aprovada no final do século III a.C., e que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual.”<sup>72</sup>

Posto isso, nota-se que a responsabilidade civil do Estado será abarcada por duas espécies, que seria a extracontratual e a responsabilidade contratual.

Ainda em razão do exposto, Maria Sylvia Zanella de Pietro afirma que, quanto a responsabilidade contratual e extracontratual, pode-se assentar que a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em

---

<sup>70</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

<sup>71</sup> Idem.

<sup>72</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011. P. 182.

decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.<sup>73</sup>

Relata-se que no que diz respeito à responsabilidade civil do Estado, o que importa no ordenamento jurídico pátrio é a responsabilidade extracontratual, uma vez que esta corresponde à obrigação de reparar os danos causados à terceiro em função de comportamentos, tanto comissivos, quanto omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, como já abordados, praticados pelos agentes públicos.

De acordo ainda com o tema da responsabilidade civil do Estado, várias teorias foram delineadas para explicar a responsabilidade atribuída ao Estado, tendo, inclusive havido uma evolução entre elas.

A teoria da irresponsabilidade surgiu na metade do Século XIX, em meio ao ideal de soberania do administrador máximo. Segundo esta teoria, o Estado tem uma autoridade irrefutável perante o indivíduo, ele é responsável pela tutela do direito pessoal. No entendimento de Di Pietro, “qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania.”<sup>74</sup>

Identifica que a teoria da irresponsabilidade acaba por colocar o Estado numa posição de soberania frente ao indivíduo, pois, tal teoria defende que o Estado não será responsabilizado pelos atos danosos praticados e que, se isso acontecer, na visão de Di Pietro, acarretará num desrespeito a soberania que o Ente Estatal possui.

Por seu lado, a teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva dispõe que o Estado pode ser responsabilizado por seus atos danosos, desde que reste comprovada a sua culpa. Procurou-se equiparar a responsabilidade estatal à responsabilidade de direito privado, já que o Estado assumiria os atos e fatos praticados por seus agentes. A teoria da responsabilidade subjetiva do Estado é a adotada pelo Código Civil Brasileiro de 1916.

Di Pietro afirma que, na teoria da responsabilidade objetiva, a ideia de culpa é substituída pelo nexos de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo

---

<sup>73</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**, 20ª Edição, São Paulo: Atlas, 2007. P. 45

<sup>74</sup> Idem. P. 47.

sofrido pelo terceiro. Torna-se irrelevante o fato de o serviço estatal ter funcionado bem, mal ou de forma ineficaz.<sup>75</sup>

Deve-se observar então que diferentemente da responsabilidade subjetiva, a objetiva é baseada na teoria do risco, como já abordado e independe tampouco de culpa. Já no que trata da responsabilidade subjetiva, esta, só restará caracterizada quando houver culpa, pois, do contrário, não há que se falar em responsabilidade civil.

No âmbito então da responsabilidade objetiva, Celso Antônio Bandeira de Melo conclui que:

“No que atina às condições para engajar responsabilidade do Estado, seu posto mais evoluído é a responsabilidade objetiva, a dizer, independentemente de culpa ou procedimento contrário ao Direito. Essa fronteira também já é território incorporado, em largo trecho, ao Direito contemporâneo. Aliás, no Brasil, doutrina e jurisprudência, preponderantemente, afirmam a responsabilidade objetiva como regra de nosso sistema, desde a Constituição de 1946 (art. 194), passando pela Carta de 1967 (art. 105), pela Carta de 1969, dita Emenda à Constituição de 1967 (art. 105), cujos dispositivos, no que a isto concerne, equivalem ao atual art. 37, § 6º.”<sup>76</sup>

Faz-se necessário compreender que o Estado tem maiores poderes, em razão de sua soberania e vantagens frente ao indivíduo. Este, por sua vez, encontra-se em posição de subordinação perante o Estado, e, por esta razão merece maior proteção comparado ao ente estatal.

Na visão de Kiyoshi Harada:

“A responsabilidade civil do Estado, por atos comissivos ou omissivos de seus agentes, é de natureza objetiva, isto é, prescinde da comprovação de culpa. Neste particular, houve uma evolução da responsabilidade civilística, que não prescinde da culpa subjetiva do agente, para a responsabilidade pública, isto é, responsabilidade objetiva. Esta teoria é a única compatível com a posição do Poder Público ante os seus súditos, pois, o Estado dispõe de uma força infinitamente maior que o particular. Aquele, além de privilégios e prerrogativas que o cidadão não possui, dispõe de toda uma infraestrutura material e pessoal para a movimentação da máquina judiciária e de órgãos que devam atuar na apuração da verdade processual. Se colocasse o cidadão em posição de igualdade com o Estado, em uma relação jurídica processual, evidentemente, haveria um desequilíbrio de tal ordem que comprometeria a correta distribuição da justiça.”<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 20ª Edição, São Paulo: Atlas, 2007. P. 56

<sup>76</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 802.

<sup>77</sup>HARADA, Kiyoshi. **Responsabilidade civil do Estado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<<http://jus.com.br/revista/texto/491>>>. Acesso em: 30/10/2015.

Para o ilustre doutrinador Carvalho Filho, por ser o Estado mais poderoso, teria que arcar com um risco natural advindo de sua atividade, ou seja, uma maior quantidade de poderes leva à assunção de um risco maior, o risco administrativo.<sup>78</sup>

Em conformidade ao analisado, e com a finalidade de assegurar ao indivíduo um amparo maior frente à soberania do Estado, o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 afirma, em sua parte final que será assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Tal direito de regresso é uma possibilidade do Estado reaver os valores que teve que indenizar ao terceiro atingido e esta deve ser exercida em face do agente responsável pelo dano.

Nesse sentido, quando o §6º do artigo 37 prevê, em sua parte final, o direito de regresso, busca tanto proteger o indivíduo, assegurando a responsabilização pelo Estado e também acaba resguardando o Estado, garantindo-lhe o direito de regresso, reavendo então, o Estado, dos valores que teve que indenizar à vítima e acima de tudo, resguardando também o erário.

O que deverá importar, nesse sentido é que os danos causados pelas pessoas jurídicas de direito público e até mesmo pelas pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público deverão ser reparados, uma vez que não pode a vítima além de sofrer um dano, ficar desamparada.

Cria-se, então, com relação ao direito de regresso uma relação jurídica entre o Estado e a vítima, onde esta deverá ser ressarcida pelos danos sofridos e uma relação entre o Estado e seu agente, onde o Ente Federativo buscará do agente o direito de regresso, quando necessário.

### **2.3 Responsabilidade Civil do Estado pela Prática de Atos Judiciais**

A soberania que detém o Estado faz parte da natureza do mesmo e, caso não houvesse tal soberania o Estado deixaria de ser Estado. A ausência de tal poder soberano iria refletir na impossibilidade do deste de impor sua vontade sobre os indivíduos que o compõe, e, na falta de capacidade de se colocar em relação de igualdade com outros Entes soberanos.

---

<sup>78</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**, 25ª Edição, São Paulo: Atlas, 2012. P.82.

Assim, seria então o Poder Judiciário também um poder soberano, no sentido de que, os prejuízos decorrentes de seus atos não seriam passíveis de responsabilização do Estado, por decorrerem desta soberania.

Contudo, quando o Estado ou o poder judiciário, por meio dos seus agentes, comete algum ato que cause uma modificação na vida do cidadão de maneira abusiva ou injusta, deve reparar o cidadão, pois, em tais casos, não há que se falar em soberania Estatal.

Segundo Aguiar Júnior, o Estado deve ser capaz de resolver de maneira satisfatória o problema da justiça, com os recursos de que dispõe o que é plenamente possível, ainda quando escassos, desde que se comece por admitir que o sistema processual seja inviável, como evidenciam as pilhas de milhares de autos nos Tribunais, angustiando Juízes, advogados e partes. É preciso criar mecanismos ágeis, céleres e baratos, adaptados aos recursos econômicos da comunidade que os sustentam. Para isso talvez seja imperioso contar com menos palácios e mais cartórios, menos carimbos e mais resultados, menos recursos e mais simplicidade.<sup>79</sup>

Augusto do Amaral Dergint afirma que a questão da responsabilidade civil do Estado pela prática de atos judiciais é particularmente completa e difícil. Sendo impossível tratar desse tema sem haver contudo nenhuma problematização.<sup>80</sup>

No que se refere à concretização da função judicial, o Estado-Juiz, acaba muitas vezes, no exercício de sua função jurisdicional, causando prejuízos injustos ao jurisdicionado, que pode inclusive, comprometer e afetar tanto a vida pública ou privada do cidadão como também sua honra, sua dignidade e até mesmo seu patrimônio.

Ainda segundo Dergint, a alta potencialidade danosa dos atos judiciais, que na verdade geram situações irreversíveis aos cidadãos, exige uma consideração no que se refere a responsabilidade do Ente Federativo.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup>AGUIAR Júnior, Rui Rosado de. **A Responsabilidade Civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil**. P. 149.

<sup>80</sup>DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. Revista dos Tribunais | Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. Vol. 3. P. 1149-1157. Nov 2012. DTR\1994\495.

<sup>81</sup>DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. Revista dos Tribunais | Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. Vol. 3. P. 1149-1157. Nov 2012. DTR\1994\495.

Convém necessário observar que com relação ao domínio dessa função jurisdicional exercida pelo Estado-juiz, se produziu as primeiras vertentes no que diz respeito à irresponsabilidade do Estado, quando foi determinado que o poder público fosse responder por erros judiciários penais.

Contudo, a responsabilização por parte do Estado diante de condutas lesivas e erros judiciários passou a ser a regra, devendo o indivíduo prejudicado ser ressarcido dos danos causados em virtude da atuação estatal.

Logo, quando se fala do Estado-juiz e principalmente quando se trata da responsabilidade civil do Estado pela prática de atos judiciais tem-se, segundo o conceito de juiz abordado por Mário Moacyr.

O juiz é um funcionário público, contudo, de natureza especial, uma vez que os seus atos são manifestações da vontade do Estado. No que diz respeito e em face da peculiar natureza das suas atribuições, a ação de indenização poderá ser intentada contra o próprio juiz ou contra a pessoa jurídica de Direito Público, como menciona Mário Moacyr Porto em seu artigo.<sup>82</sup>

Com relação a isso, José Cretella Júnior afirma que:

“Pessoalmente, o juiz, num primeiro momento não é responsável. Nem pode ser. Responsável é o Estado. Estado e juiz formam um todo indissociável. Se o magistrado causa dano ao particular, o Estado indeniza, exercendo depois o direito de regresso contra o causador do dano, sem prejuízo das sanções penais cabíveis no caso. Em caso de dolo e culpa”.<sup>83</sup>

O Estado não responde por ato judicial danoso, salvo se houver expressa determinação legal, ou seja, somente no caso de erro judiciário penal. Tal entendimento encontra previsão no artigo 630 do Código de Processo Penal e, também encontra amparo no art. 5º, LXXV, da Constituição Federal de 1988.<sup>84</sup> Percebe-se que predomina a chamada irresponsabilidade, já mencionada anteriormente, diante da atuação que acarreta danos do Poder Judiciário.

---

<sup>82</sup> PORTO, Mário Moacyr, **Responsabilidade do Estado pelos atos de seus juizes**. Doutrinas Essenciais do Processo Civil. Vol. 1. P. 679. Out 2011. DTR\2012\1727.

<sup>83</sup> José Cretella Júnior, **Do Ato Administrativo**. pp. 332 e 333.

<sup>84</sup>BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2015

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

Posições doutrinárias acabam mostrando uma tendência em admitir-se a responsabilidade estatal, com relação às atividades danosas, o que acaba abarcando também casos de erro judiciário penal. É inegável falar que o Estado não será responsabilizado na atual sociedade, em que é regida pelo Direito Público.

Essa questão da responsabilidade do Estado por atos judiciais acaba gerando muita polêmica e controvérsias e gera tampouco uma resistência em admitir a responsabilização estatal por atos danosos do poder judiciário, e, diante disso, acaba acarretando em uma disparidade com toda a evolução trazida no presente estudo, tendo em vista que de acordo com a Constituição Federal, a responsabilidade do Estado é baseada na teoria do risco, como já falado, caracterizando a responsabilidade objetiva e não mais a irresponsabilidade do Estado.

Então, mesmo o Estado se encontrando num patamar mais elevado em relação ao indivíduo e exercendo seu poder de soberania frente à sociedade, deverá ser responsabilizado quando atuar de maneira contrária ou abusiva. E é, em razão disso, que o artigo 37, § 6º da CF/88 prevê tal responsabilidade ao Estado por danos causados por seus agentes. Nesse sentido, então, no Direito brasileiro, em regra geral, funda-se a responsabilidade do Estado por danos causador por atos judiciais.

Para Edmir Netto de Araújo, o serviço judiciário irá basicamente consistir, incontestavelmente, em um serviço de natureza pública, que será imposto aos cidadãos pelo Estado, que deve zelar por certo grau de perfeição tanto em sua organização quanto no seu funcionamento, e deverá também responder pelos danos acaso daí provenientes. Ainda no entendimento dele, pode-se dizer que “a responsabilidade do Estado por atos judiciais, nestes

---

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

§ 2º A indenização não será devida:

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

b) se a acusação houver sido meramente privada.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2015

**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

**LXXV** - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

catalogados também os jurisdicionais, é espécie do gênero responsabilidade do Estado por atos decorrentes do serviço público”<sup>85</sup>

Nesse entendimento, o serviço judiciário restará como um serviço público, que será imposto aos cidadãos pelo Estado. Esse serviço judiciário deve ser bem organizado e estar em pleno funcionamento para que não acarrete danos a sociedade, devendo o Estado zelar por um certo grau de perfeição e caso não haja de determinada maneira, deverá responder pelos danos decorrentes de sua omissão ou atuação de maneira contrária.

Em razão disso, tem-se os agentes públicos onde Kiyoshi Harada observa que:

A expressão funcionário público, empregada pelas diversas Cartas Políticas, deve ser interpretada em seu sentido mais amplo. Abarca, para fins de responsabilidade civil objetiva do Estado, qualquer pessoa incumbida da execução de qualquer obra ou serviço público. É sinônimo de agente administrativo ou agente público, isto é, todo aquele que presta serviços à Administração Pública, direta ou indireta. Engloba, também, os agentes políticos que são apenas os governantes e seus auxiliares diretos como os Ministros e Secretários das diversas partes do Poder Executivo, bem como os membros de Poder. Para efeito de responsabilização civil do Estado não importa que o agente público, que praticou o ato ou a omissão administrativa, estivesse irregularmente investido no cargo ou na função. O importante é que o dano causado a terceiro decorra da ação ou omissão do agente público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las. De fato, é indiferente para a vítima o título pelo qual o causador do dano esteja vinculado à entidade política. Outrossim, dano decorrente de abuso do agente público no exercício de suas atribuições não exime o Estado da sua responsabilidade objetiva, antes a agrava, pois caracteriza-se aí a culpa in eligendo.<sup>86</sup>

E ainda assim, ensina José dos Santos Carvalho Filho:

Importa lembrar que o Estado, como pessoa jurídica, é um ser intangível. Somente se faz presente no mundo jurídico através de seus agentes, pessoas físicas cuja conduta é a ele imputada. O Estado, por si só, não pode causar danos a ninguém. Sendo assim, o cenário concernente ao tema que estudamos se compõe de três sujeitos: o Estado, o lesado e o agente do Estado. Nesse cenário, o Estado, segundo o direito positivo, é civilmente responsável pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Sendo-o, incumbe-lhe reparar os prejuízos causados, ficando obrigado a pagar as respectivas indenizações.<sup>87</sup>

Faz-se então necessário observar que no caso da responsabilidade do Estado por atos judiciais, o magistrado, sendo operador do serviço estatal, é um agente público, pois age em nome do Estado. Os atos que o juiz pratica são meramente e diretamente imputáveis ao Estado, que tem o dever de responder por suas consequências danosas.

---

<sup>85</sup> Edmir Netto de Araújo, Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, S. Paulo, ED. RT, 1981, p. 181.

<sup>86</sup> HARADA, Kiyoshi. **Responsabilidade civil do Estado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<<http://jus.com.br/revista/texto/491>>>. Acesso em: 30/10/2015.

<sup>87</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**, 25ª Edição, São Paulo: Atlas, 2012. p.473.

Sustenta-se assim que a responsabilidade do Estado por atos judiciais pode estar abarcada no erro judiciário, seja ele penal ou civil, na demora na prestação da tutela jurisdicional e dolo ou culpa do juiz. Nesses casos, nota-se que o Estado deverá ser responsabilizado quando ocorrem prejuízos ao cidadão em decorrência da prática de atos judiciais. Pode, no entanto, o Estado, buscar do causador direto do dano, a ação regressiva.

Para Cappelletti, há que se reconhecer que o indivíduo prejudicado pelo ato judicial, quando vai atrás da tutela jurisdicional, mediante ação indenizatória, ele não age apenas contra o Estado, mas age também diretamente com base e pelo interesse da coletividade, para que haja uma melhor administração da justiça e não ocorram tais erros.<sup>88</sup>

Como base no que foi abordado por Cappelletti que quando há uma sociedade que é dotada de um serviço judiciário bem organizado, o erro ocorrido nessa sociedade e a responsabilidade devem se findar como algo que é realmente uma exceção, pois, num Estado que se diz Democrático de Direito devem estar presentes as melhores formas de se administrar tal sociedade, e quando for administrada de maneira errada, deve os causadores dos danos presentes ao indivíduo ressarcirem os mesmos.

---

<sup>88</sup> CAPPELLETTI, Mauro, Juizes Irresponsáveis?, Porto Alegre, Fabris, 1989, p. 71.

### III – PRISÃO PREVENTIVA ILEGAL E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

#### 3.1 Prisão Preventiva Ilegal e o Confronto aos princípios e dispositivos constitucionais

Na Constituição Federal de 1988, a privação da liberdade do cidadão por meio da prisão no Direito brasileiro é tida como medida excepcional e *ultima ratio* na aplicação de uma sanção às infrações penais. Isso ocorre porque a liberdade, em sua acepção *stricto sensu* de liberdade de locomoção, do direito de ir, vir e permanecer é a regra para se configurar o Estado Democrático de Direito em que a sociedade vive, bem como nas relações de poder travadas entre as instituições de Estado e o cidadão.<sup>89</sup>

É bem certo que a Constituição Federal trouxe diversos dispositivos e princípios que tratam do direito à liberdade que é inerente ao cidadão, resta claro que, o Estado, ao exercer o seu poder de soberania frente ao indivíduo no que diz respeito à privação do direito de ir e vir do mesmo deve observar todos os pressupostos e princípios, pois do contrário, corre-se evidente risco de se tornar uma medida abusiva, antecipatória do cumprimento da pena ou mesmo prisão manifestamente ilegal e afrontadora dos princípios constitucionais.

Conforme esse entendimento, Nicolitt assegura que observando o cometimento do crime, faz-se necessário levar em consideração os pressupostos processuais e principalmente os indícios de autoria e prova da materialidade do crime (*fumus commissi delicti*), bem como os pressupostos cautelares da conveniência da instrução criminal e do asseguramento da aplicação da lei penal (*periculum libertatis*) como pontos de partida para poder decretar a cautelar preventiva. Além disso, alguns outros fatores devem ser levados em consideração, haja vista a excepcionalidade da medida e sua função instrumental de proteção à efetividade do processo.<sup>90</sup>

O indivíduo, ao cometer o delito deve estar amparado pela Constituição Federal, pelos princípios constitucionais e principalmente pelo direito à liberdade que possui. A medida cautelar preventiva só deverá ser aplicada quando restar comprovados tanto os indícios de autoria, as provas da materialidade e principalmente os pressupostos legais.

---

<sup>89</sup>FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. 32 ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 77.

<sup>90</sup>NICOLITT, André Luiz. **Lei 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.48.

Quanto à relação que separa a legalidade da imposição da cautelar preventiva e o desrespeito aos direitos resguardados pela Constituição Federal de 1988, se faz necessário a fundamentação da decisão ao acolher a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ou mesmo expedir conforme os elementos dispostos no caso *in concreto*. Referida necessidade é imposição não somente prevista no art. 315 do CPP, mas, e acima de tudo, constitucional, conforme disposto no art. 5º, LXI da CF/88<sup>91</sup>

Quando o artigo 5º, inciso LXI da CF/88 diz que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, percebe-se que, para a decretação da medida cautelar da prisão preventiva, tais pressupostos deverão ser observados, e principalmente quando houver a conversão da prisão em flagrante em preventiva.

Miguel Fenech *citado por* Câmara define a prisão preventiva como sendo o ato cautelar onde se produz uma limitação da liberdade individual de uma pessoa em virtude de declaração judicial e que tem por objeto o ingresso do indivíduo em estabelecimento de custódia com a finalidade de assegurar os fins do processo e a eventual execução da pena, tendo em vista que apesar de serem parecidas em sua parte externa, possuem uma diferença quanto à finalidade.<sup>92</sup>

Conforme esse conceito de prisão preventiva e por ter a finalidade de limitar a liberdade do indivíduo, a mesma, como medida cautelar, não deve, pois, ampliar sua incidência mais do que a medida necessária do seu alcance ou até mesmo do seu fim previsto. Essa modalidade de prisão deve seguir essa linha para não incorrer numa afronta aos direitos que estão amparados na Constituição Federal a todos aqueles que a sofrem. Para isso, faz-se necessário a existência dos pressupostos processuais e cautelares da prisão preventiva para que seja legal a medida imposta.

Tourinho afirma que:

“Quando se decreta a prisão preventiva como ‘garantia da ordem pública’, o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão ‘ordem pública’ diz tudo e não diz nada”.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup>BRASIL. Presidência da República. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2015

**Art. 5º, LXI, da CF/88:** Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

<sup>92</sup>CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas Cautelares Pessoais:** prisão e liberdade provisória. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.122.

<sup>93</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.III. p. 510.

O referido autor analisa que a prisão preventiva decretada com base na “garantia da ordem pública” é incompatível com a Constituição Federal, ferindo a presunção de inocência.

O primeiro dos pressupostos para visualizar a aplicação da prisão preventiva é o *fumus commissi delicti*, que abrange os elementos de indício de autoria e prova de materialidade delitiva, inseridos no art. 312, *in fine*, do CPP.<sup>94</sup>

Assim, para que o magistrado visualize e adote a medida preventiva de proteção ao processo, deve ter conhecimento de que fora o agente que cometera a infração penal, bem como que houve os indícios suficientes de autoria havendo afronta ao bem jurídico tutelado pelo direito, que seria também a prova da materialidade do crime.

É interessante destacar que a prisão preventiva só deverá ser aplicada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e até mesmo para assegurar a aplicação da lei penal. Poderá também ser aplicada no caso de descumprimento de outras medidas cautelares.

Não poderá, no entanto, a medida cautelar de prisão preventiva ser adotada caso sejam insuficientes os indícios de autoria ou inexistir prova da materialidade. A minguagem de tal comprovação, não se autoriza a imposição da restrição da liberdade, tendo em vista o direito a liberdade inerente a todo e qualquer cidadão como regra geral.

Quando se trata de uma prisão em flagrante que será convertida numa prisão preventiva, é de suma importância destacar a questão da Audiência de Custódia que foi regulamentada na Resolução nº 213, de 15 de Dezembro de 2015 do Conselho Nacional de Justiça, e tem por objetivo principal proporcionar que o preso em flagrante seja encaminhado em até 24 horas à presença de um Juiz de Direito, para que então esse juiz analise a legalidade da prisão, a necessidade de sua conversão em preventiva ou outra medida cautelar e, por fim, que seja verificado algum possível desrespeito aos direitos fundamentais do preso. Em outras

---

<sup>94</sup>BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2015.

**Art. 312.** A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

**Parágrafo único.** A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

palavras, a audiência de custódia é uma medida simples e visa, principalmente, diminuir a população carcerária, priorizando medidas cautelares diversas da prisão.<sup>95</sup>

Essa Audiência de Custódia acaba por ser extremamente eficaz no combate a abusos de direito, no que diz respeito ao preso estar amparado e garantido caso haja qualquer tipo de ilegalidade diante do cerceamento de sua liberdade e ainda mais, tal audiência fará com que o próprio magistrado já tome as medidas cabíveis e faça o relaxamento da referida prisão, caso esta se encontre ilegal. Assim, o magistrado competente, antes de converter a prisão temporária em preventiva ou de confirmar a preventiva deverá proceder com a presente audiência de custódia.

Se o contrário ocorrer, não há dúvidas que a medida de prisão preventiva restará manifestamente ilegal, que deverá ser imediatamente relaxada pela autoridade competente que a aplicou, e tal medida irá totalmente de encontro ao princípio da presunção de inocência.

Tem-se ainda na prisão preventiva, o pressuposto do *periculum libertatis*, que está resguardado pelos elementos da garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, abarcados na primeira parte do art. 312 do CPP.

Câmara subdivide os elementos do *periculum libertatis* em duas espécies que seriam os pressupostos intraprocessuais ou endoprocessuais, que seriam aqueles que têm como alcance jurídico a garantia da produção das provas no processo penal. Para Câmara, esses pressupostos são a razão de ser da cautelar preventiva, pois coincidem para a garantia sem mais alcance externo do próprio processo e não com outras finalidades.<sup>96</sup>

Contudo, Câmara faz pontuais ressalvas quanto à fundamentação da decretação da preventiva se basear nessas espécies cautelares. Isso porque, para o referido autor, o magistrado deve justificar, através de elementos fáticos de cada caso concreto, os motivos que o levaram a decretar a restrição da liberdade ou não de alguém.

Já os pressupostos extraprocessuais, estes atendem a fins de prevenção geral ou de defesa social. Sendo, portanto, um dos mais criticáveis pontos para a motivação da prisão

---

<sup>95</sup> SANNINI NETO, Francisco; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Audiência de custódia**: sugestões à proposta. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4227, 27 jan. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35852>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

<sup>96</sup> CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas Cautelares Pessoais**: prisão e liberdade provisória. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 130-131.

preventiva, mesmo antes da modificação do CPP com a entrada em vigor da Lei 11.403/2011.

97

Quando o artigo 312 do CPP trata da decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, isso se dá pela necessidade de proteger o processo e evitar os riscos que a intervenção na instrução deste, possa, por parte do agente que está sendo investigado, interferir, por exemplo, no colhimento de provas.

Com relação à decretação da preventiva, baseada nos argumentos de que se faz necessário à restrição da liberdade do agente antes da sentença penal definitiva, transitada em julgado, para assegurar a aplicação da lei penal, esta, baseia-se em fortes indícios de que ele irá fugir para evitar ser punido.

Abarcando tal entendimento, Lopes Jr. afirma que devem ser claros os motivos do magistrado quando for aplicar a medida cautelar, tendo em vista esse fundamento não servir tanto de justificativa a simples conjectura de ideias, sem sua demonstração no caso concreto. Os fatos devem ser evidentes que demonstrem a intenção de fuga do acusado ou indiciado, não a perspectiva “vidente” da intenção dele em fugir.<sup>98</sup>

Cabe a quem acusa provar que o agente indiciado ou acusado pretende fugir para não sofrer as consequências da aplicação da lei penal, como também, deve o agente provar que não tem nenhuma intenção em fugir.

Nicolitt afirma que:

Como reiteradamente afirmamos a prisão só é compatível com o princípio da presunção de inocência quando tem por objetivo a preservação do processo, pois o contrário transforma-se em antecipação da pena. O que tutela, ou deveria tutelar, a ordem pública (prevenção geral ou específica) é a pena. Usar a prisão processual para garantir a ordem pública é antecipar os efeitos da pena, o que é inconstitucional. O mesmo se pode dizer em relação à ordem econômica, pois toda prisão cujo objetivo transcenda a ordem processual padece de inconstitucionalidade.<sup>99</sup>

Nicolitt faz uma crítica em relação à prisão preventiva quando os fins da prisão se expandem para além do próprio processo. Para ele resta claro que há um confronto à ordem constitucional de garantia dos direitos fundamentais, que estão abrangidos principalmente pelo princípio da presunção de inocência. E, ainda afirma que o que tutela ou ao menos

---

<sup>97</sup> CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas Cautelares Pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 130-131.

<sup>98</sup> LOPES Jr. Aury. **Prisões Cautelares e Liberdade Provisória: A (in)eficácia da presunção de inocência**. In: **Direito Processual Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 116.

<sup>99</sup> NICOLITT, André Luiz. **Lei 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.69.

deveria tutelar a ordem pública é a pena, e que usar a prisão processual para garantir a ordem pública seria antecipar os efeitos da pena, o que seria claramente inconstitucional.

Antes mesmo da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, havia a disposição inserida pela Lei 5.349/67 com o intuito de haver necessidade de fundamentação por parte do magistrado de despacho que irá decidir pela decretação ou não da prisão preventiva. Há que se conhecer os motivos que o levaram a se manifestar pela decretação da prisão preventiva ou denegá-la. O juiz deve justificar quais argumentos levou em consideração para sua decisão, a qual se impõe ao acusado ou indiciado.

Já com a Carta Magna, o artigo 5º, LXI prevê que todo cidadão que se ver posto em um processo, tem resguardado o direito de saber quais foram os motivos resultantes na diminuição ou mesmo restrição de um direito ou liberdade. É a partir desse conhecimento que proporcionará ao cidadão o exercício dos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, resguardando o Devido Processo Legal. A motivação dos atos do magistrado é uma garantia à própria condição de cidadão e de um Estado de Direito democrático.

Assim, Câmara determina que:

“Do magistério decretante da cautela excepcional, exige-se que motive a decisão, não lhe sendo conferido poder para restringir a liberdade pessoal conforme suas conveniências. Não é possível que o faça, outrossim, através de meros juízos de possibilidade. Em tema tão delicado quanto o da restrição legal da liberdade de ir e vir, exige-se da autoridade judicial que, ao exarar a cautela, demonstre concretamente a possibilidade de que o acusado venha a dificultar a instrução criminal ou, ainda, impossibilitar a aplicação da lei penal.”<sup>100</sup>

Exagerar nos limites de imposição da prisão preventiva é trazer a tona o desrespeito aos valores constitucionais mínimos, em confrontar aos princípios resguardados dos direitos do cidadão.

Utilizar a prisão preventiva como garantia geral social, ou específica, que não próprio processo, é se manter na ilegalidade da medida, além de inverter os valores postulados na Constituição Federal de que a liberdade é a regra, enquanto que a prisão é a exceção.

Portanto, quando não se leva em conta que a prisão preventiva serve exclusivamente como garantia à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, converge para a ameaça do Princípio maior da Dignidade da Pessoa Humana e da Presunção de Inocência.

---

<sup>100</sup> CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas Cautelares Pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 145.

### 3.2 Possibilidade de apelar em liberdade

Quando o réu/indiciado permanece preso durante toda instrução criminal não é razão coerente para lhe ser negado o direito de aguardar o recurso de apelação em liberdade, salvo se existam reais motivos que ensejam a manutenção da prisão cautelar do mesmo, e, neste caso excepcional, o Magistrado deverá decretar a prisão cautelar do indivíduo, fundamentada no Art. 312 do CPP.<sup>101</sup>

Nesse sentido, com base no artigo 5º<sup>102</sup>, inciso LVII, da Constituição Federal, que prescreve que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, percebe-se que no que diz respeito à prisão cautelar, a mesma é tida como uma medida de natureza cautelar e que ocorre antes da sentença penal condenatória. A prisão preventiva, por ser uma medida cautelar, antecede a prisão pena, que nesse caso só é imposta ao indivíduo caso o mesmo tenha sido condenado com sentença transitada em julgado.

Ainda quando se trata de prisão preventiva e principalmente quando esta é exercida de maneira ilegal, essa manutenção do indivíduo no cárcere acaba sendo ainda mais prejudicial para o mesmo.

Se, no entanto, não há razão para privar o cidadão de sua liberdade, resta claro uma violação ao princípio da presunção de inocência. Há então uma maior necessidade de relaxamento da prisão e uma real necessidade de inserir o indivíduo de volta na sociedade.

Ao afirmar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e que “ninguém será privado da liberdade... sem o devido processo legal”, a Constituição Federal, artigo 5º, LVII e LIV, respectivamente, confere ao Poder Judiciário, mediante atividade jurisdicional, exercida nos parâmetros do devido processo legal, a exclusividade da tarefa de confirmar, em decisão passada em julgado, a

---

<sup>101</sup>BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2015.

**Art. 312.** A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

**Parágrafo único.** A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

<sup>102</sup>BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

inocência do acusado, até o do trânsito em julgado. Demonstra, portanto, clara opção por um processo penal centrado no respeito à liberdade individual e à dignidade do ser humano.<sup>103</sup>

A redação conferida pelo legislador ao dispositivo do artigo 5º, LVII privilegia o denominado princípio da presunção de inocência sob o enfoque da regra de tratamento que os agentes incumbidos da persecução penal devem adotar perante o acusado. Proíbe-se, nessa perspectiva, toda e qualquer forma de tratamento do sujeito passivo da persecução que possa importar, ainda que implicitamente, a sua equiparação com o culpado.

Se o acusado responde o processo em liberdade, ele terá direito de apelar em liberdade, contudo, se ele responde o processo encarcerado ele exercerá seu direito de apelar preso, exceto se não mais existirem os motivos da prisão cautelar.

Se a prisão indevida se mantiver, mesmo nas hipóteses em que pode o indivíduo apelar em liberdade ocorre uma execução provisória indevida da prisão, uma verdadeira antecipação de pena, que conflita flagrantemente com o princípio da presunção de inocência emanado do art. 8º da CADH assim como do art. 5º, inc. LVII, da CF.

Conservada a necessidade de observância dos pressupostos para manutenção do cárcere, o STJ decidiu que:

RHC. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. NEGATIVA JUSTIFICADA EM FACE DE O RÉU SER MANTIDO PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVOS HÁBEIS. CONSTRANGIMENTO. A vedação de o réu recorrer em liberdade se submete aos mesmos parâmetros de justificação do art. 312 do CPP, devendo o Juiz elencar situações concretas que impeçam a sua liberdade, advindos da permanência do quadro que sustentou a prisão inicialmente decretada ou mesmo em dados presentes e suficientes à demonstração do juízo de cautelaridade. A simples indicação de que o réu esteve preso durante toda a instrução, bem assim de que os requisitos do art. 594 estariam presentes, não é motivação hábil a manter o réu em cárcere, ainda mais quando o caderno processual consagra-lhe situação bastante favorável a ponto de garantir-lhe uma apenação e um regime menos gravosos. Recurso provido para permitir que réu responda o processo em liberdade até o trânsito em julgado da decisão condenatória.<sup>104</sup>

Cumpra ademais esclarecer que deve o juízo, no momento da sentença, fundamentar sua decisão.

É comum que o magistrado, ao proferir sentença penal condenatória, no que diz respeito à necessidade da manutenção da prisão cautelar do réu, limitar-se a determinar que o mesmo seja mantido na prisão em que já se encontrava, pelo fato de ter permanecido preso

---

<sup>103</sup> Idem.

<sup>104</sup>STJ - RHC: 22696 RJ 2007/0294750-7, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 26/05/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 16.06.2008 p. 1

durante todo o processo, não se atentando para os pressupostos legais, e ferindo o princípio da presunção de inocência.

Vê-se então, nesse julgado que o direito de apelar em liberdade é inerente ao indivíduo que estiver respondendo o processo em liberdade ou aquele que estiver preso, mas que não houver motivos suficientes para o encarceramento. A Constituição Federal abarca um Estado Democrático de Direito deve resguardar todos os direitos inerentes ao cidadão, haja vista, ser ele detentor do direito à liberdade, como regra geral.

### **3.3 Consequências jurídicas da prisão preventiva ilegal**

Como já se sabe toda decisão que restringe a liberdade do indivíduo deve ser baseada em fatos concretos e não em meras especulações de perigo. É por isso que os meros apontamentos dos requisitos legais que autorizam a decretação da prisão preventiva não servem mais como fundamentos suficientes para sua decretação. Se nesse sentido, uma prisão é exercida de maneira que possa colocar o cidadão numa posição de desvantagem frente ao Estado, tem-se então, consequências que irão surgir em decorrência dessa desvantagem.

No que diz respeito às consequências que a prisão preventiva exercida de forma ilegal causa no indivíduo, nota-se que se encontram presentes tanto os danos morais quanto os materiais.

José Dias de Aguiar, em sua obra afirma que o que distingue o dano moral é o seu conteúdo, que "não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado". Afirma ainda o autor que "não há dúvida, porém, que a maior dificuldade do dano moral é precisamente o fato de não encontrar correspondência no critério valorativo patrimonial".<sup>105</sup>

Vislumbra-se que essas consequências que poderão surgir tendo em vista a ocorrência de uma prisão injusta restarão caracterizadas principalmente no que diz respeito aos danos tidos como morais e materiais.

Resta claro que além da ilegalidade e da lesão à dignidade e liberdade decorrentes do ato praticado quando se restringe a liberdade de alguém, existem, em virtude do sistema

---

<sup>105</sup>AGUIAR, José Dias – "**Da Responsabilidade Civil**" - 6ª ed., volume II, Forense, 1979, p.414.

penitenciário brasileiro, riscos de maior gravidade que colocam em jogo a integridade física e mental do preso.

O Desembargador Sergio Pitombo afirma que "a prisão traz hoje, consigo risco de mal grave, perigo de lesão intensa. Sem esquecer a quebra da dignidade da pessoa humana. As celas, nos Distritos Policiais, tornaram-se jaulas obscenas e perigosas. Impossível ignorar o que todos sabem e ninguém contesta". E mais. "Aquém da grade, o tempo não se conta em dias, nem sequer em horas, porém, em minutos". "Prisão é constrangimento físico, pela força ou pela lei, que priva o indivíduo de sua liberdade de locomoção. Prisão indevida, portanto, significa, antes de tudo, ilegalidade e invasão lesante do status dignitatis e libertatis. O dano moral, dela decorrente, é in re ipsa. Ou seja, surge inerente à própria prisão. Dano que se mostra intrínseco, pois".<sup>106</sup>

Nesse âmbito em que trata o desembargador Sérgio Pitombo, vê-se que a prisão, é uma modalidade de restringir a liberdade de ir e vir que causa diversos prejuízos aos indivíduos. Se a prisão que é exercida de maneira justa já causa constrangimentos e sofrimentos, a que é exercida de maneira injusta ou ilegal acaba sendo, contudo uma afronta real e uma invasão a dignidade do ser humano e acima de tudo a liberdade que é tida na Carta Magna como regra.

Nos casos de prisão ilegal não resta dúvidas que o sofrimento moral é inerente à prisão indevida, nesse caso, não há que se falar se esse dano moral, como consequência de uma prisão injusta irá ocorrer ou não. O dano moral restará presente em qualquer caso de prisão ilegal, pois, quando se fala em prisão, mesmo que exercida de maneira justa, fala-se em algo que restringe a liberdade e a dignidade que o Estado Democrático de Direito introduz a todo e qualquer indivíduo.

Para Alexandre de Moraes:

Os Direitos Humanos colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.<sup>107</sup>

Assegura-se que os Direitos Humanos devem estar presentes na vida dos cidadãos e devem ser estritamente fundamentais à Constituição Federal, pois, os Direitos Humanos

---

<sup>106</sup>Voto nº 6276 - Desembargador Sergio Pitombo, proferido no julgamento da Apelação Cível nº 054.432.5/0-00, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

<sup>107</sup> MORAES, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais. Coleção Temas Jurídicos – Vol. 3. São Paulo : Ed. Atlas, 1998. 2ª Edição. P. 20.

consagram a dignidade da pessoa humana, onde o próprio nome já diz tudo. Direitos Humanos são os direitos que devem fazer parte da vida humana, principalmente no que diz respeito à liberdade, dignidade, direito a uma vida livre e igual.

Bullos, ao falar sobre a dignidade da pessoa humana, diz que:

“Este vetor agrega em torno de si unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição de 1988. Quando o Texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo. Por isso, o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem ou status social. O conteúdo do vetor é amplo e pujante, envolvendo valores espirituais (liberdade de ser, pensar e criar etc.) e materiais (renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação etc.). Seu acatamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. A dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem.”<sup>108</sup>

Assim, a dignidade da pessoa humana consagra um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo. Deve estar presente no indivíduo e estar ainda mais presente quando se trata do cerceamento da liberdade. Os direitos humanos, a dignidade humana deve estar frente à prisão e primordialmente quando esta for exercida de forma injusta, de forma ilegal. O Estado deve resguardar os direitos que se fazem presentes nos seres humanos, não deve exercer seu poder de soberania perante o indivíduo, pois, por si só, o indivíduo já vive numa sociedade em que deve obedecer as regras que lhes são impostas. Então, do mesmo jeito que o indivíduo tem que agir conforme as leis que o Estado determina, deve também o Estado atuar de maneira certa e justa, pois do contrário estará privando o indivíduo dos seus direitos.

### 3.4 Posição jurisprudencial sobre o assunto

De Plácido e Silva, entende por erro judiciário o erro de fato ocorrido nos julgamentos penais, onde o juiz, fundado num engano ou num erro, referente à falsa ideia das circunstâncias acerca do crime, condena injustamente, o que depois pode motivar uma reparação ao injustiçado, tão logo se verifique a improcedência da condenação.<sup>109</sup>

Cabe analisar alguns entendimentos jurisprudenciais que abarcam o dever de reparação do dano.

---

<sup>108</sup> BULLOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 279.

<sup>109</sup> MEIRELLES, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. **Responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 505, 24 nov. 2004. Disponível em: <>. Acesso em: 13 nov. 2015.

HABEAS CORPUS - FURTO - PRISÃO PREVENTIVA – IDENTIDADE FALSA - INOCENTE PRESA EM LUGAR DE SUPOSTA CRIMINOSA - TERMO DE RETIFICAÇÃO - ANÁLISE APROFUNDADA DE PROVA - EXCESSO DE PRAZO - OCORRÊNCIA - CONCESSÃO DA ORDEM. É inviável a análise do pedido de reconhecimento de documento falso, e conseqüente revogação de prisão preventiva ao titular do documento verdadeiro, se não foi requerida, na instância primeira, a retificação, por termo, nos autos, consoante disposição do art. 259 do Código de Processo Penal. É sabido doutrinária e jurisprudencialmente que a ação constitucional de habeas corpus não se presta a discutir qualquer matéria que envolva análise aprofundada de provas. A prisão provisória que supera o prazo estabelecido no Provimento n.º 02/68 do Conselho Superior da Magistratura, sem que para isso haja justificativa razoável, torna-se ilegal e merece revogação. Ordem concedida.<sup>110</sup>

Embora nesse julgado o pedido pela condenação do Estado em reparar o indivíduo e indenizá-lo, não esteja presente, pode-se afirmar que restam comprovados os requisitos para a configuração do direito, pois, no julgado em questão há uma real visualização de que houve um erro grosseiro quanto à pessoa a quem deveria ser apenado. Nesse caso, uma inocente teve sua liberdade cerceada em virtude do ato soberano do Estado.

Assim, ainda nesse âmbito, tem-se:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA. ILEGALIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MÁCULA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ERRO JUDICIÁRIO. COMPROVAÇÃO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO. MAJORAÇÃO. ARTS. 5º, LXXV E 37, § 6º AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A prisão preventiva indevida do Autor somente ocorreu em razão de falha do Estado de Minas Gerais na correta identificação da sua pessoa, que, ao menos, foi identificada em relação ao delito, em tese, por ele cometido. Tal fato grave dá ensejo à reparação por dano moral, porquanto violador de princípios e direitos fundamentais da Constituição da República, como dignidade da pessoa humana, honra, imagem e liberdade. O desrespeito à dignidade da pessoa humana não pode ficar impune, razão pela qual o Requerente faz jus ao ressarcimento integral dos danos morais sofridos pela indevida mácula à sua honra, imagem e liberdade, decorrente de sua prisão indevida. No arbitramento do valor do dano moral, tendo em vista sua carga de subjetividade, deve ser estabelecido em quantia que sirva de reparação pela dor sofrida, bem como pela reprimenda ao ato praticado, não se podendo servir, ainda, como fonte de enriquecimento ilícito por parte do ofendido.<sup>111</sup>

No caso em concreto, o autor somente teve sua liberdade restringida por uma falha no Estado de Minas Gerais quanto à identificação da pessoa. Quando tal fato ocorre, resta claro diante de todos os fundamentos abordados no decorrer desse trabalho que quando não há obediência aos requisitos necessários para se privar a liberdade de alguém, restará evidente que o cidadão deverá ser ressarcido.

---

<sup>110</sup> TJMG HC nº 1.0000.07.467771-7/000. 5ª Câmara Criminal. Rel. Alexandre Victor de Carvalho. Publ. 28/03/2008

<sup>111</sup> Número do processo: 1.0024.07.492315-2/001 / Relator: Des.(a) MARIA ELZA / Data do Julgamento: 05/03/2009 / Data da Publicação: 24/03/2009

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PRISÃO ILEGAL. HOMÔNIMO. DANOS MORAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Presentes os elementos constitutivos da responsabilidade civil objetiva a teor do art. 37, §6º da CR/88, forçoso reconhecer o dever indenizatório do Estado de Minas Gerais. Por fim, os honorários advocatícios devem ser fixados de forma a melhor atender os critérios do §4º do artigo 20 do Código de Processo Civil. Recurso conhecido e provido em parte.<sup>112</sup>

De acordo com o artigo 37, §6º da Constituição Federal, haverá o direito à indenização quando houver uma prisão manifestamente ilegal no caso de homônimos. Restará nesse sentido, o direito do indivíduo que, por ter o nome igual ao do acusado houver sido tolhido de sua liberdade de locomoção.

Ainda assim, averigua-se que:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRISÃO INDEVIDA. INDENIZAÇÃO. DEVER DO ESTADO. A prisão injustificada do cidadão caracteriza abuso de direito da autoridade policial, acarretando àquele dano de ordem moral, que deve ser indenizado pelo Estado, cuja responsabilidade é objetiva.<sup>113</sup>

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO ILEGAL. DANO MORAL. Sentença de improcedência. Inconformidade recursal que merece acolhida. Em face da teoria do risco administrativo (art. 37, § 6º, da CF), o Estado responde objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Prova dos autos a demonstrar a indevida restrição da liberdade. Ordem de prisão originariamente legal. Demora de quase 27 anos para seu cumprimento. Prescrição da pretensão punitiva e abolição criminis. Ordem judicial que impeliu os policiais a efetuarem a prisão, que possuía aparência de legalidade. Todavia, naquele momento, o direito estatal de punir já estava extinto, a impor o reconhecimento de ilegalidade da prisão. Decisão proferida em sede de Habeas Corpus, que ratifica a ilegalidade do ato de prisão. Precedentes do eg. STJ, no sentido de que, para o ressarcimento do particular, basta a discussão sobre a responsabilidade objetiva, sendo desnecessária e irrelevante a verificação da responsabilidade subjetiva do agente causador do dano. Indevido cerceamento do direito de ir e vir e ofensa à dignidade da pessoa humana. Induvidosa responsabilidade civil do Estado. Precedentes do eg. STJ. Dano moral. Ofensa à liberdade e à dignidade da pessoa humana, que não exige a comprovação dos seus reflexos, os quais emergem in re ipsa. Verba indenizatória. Parâmetros. Intensidade do sofrimento da vítima, reprovabilidade do ato do causador do dano e caráter punitivo da reparação. Valor de R\$ 20.000,00, que guarda observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além de estar em consonância com a média fixada pelo eg. STJ para casos desse jaez. Art. 557, §1º-A do CPC.<sup>114</sup> Sentença em testilha com jurisprudência dominante do eg. STJ. PARCIAL

---

<sup>112</sup> Número do processo: 1.0024.07.441546- 4/001 / Relator: Des.(a) ALBERGARIA COSTA / Data do Julgamento: 20/08/2009 / Data da Publicação: 02/10/2009

<sup>113</sup> AC nº. 1.0105.07.212253-1/001, Comarca de Governador Valadares, 6ª CC., rel. Des. Antônio Sérvulo, j. 15/06/2010

<sup>114</sup> Sentença em testilha com jurisprudência dominante do eg. STJ. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. APELAÇÃO 0001934-74.2009.8.19.0033 - 1ª Ementa. DES. CELIA MELIGA PESSOA - Julgamento: 01/04/2011 – 18ª CC

A jurisprudência acompanha o entendimento de que em caso de decretada prisão de maneira ilegal, a mesma enseja reparação. Para que haja uma boa convivência entre o poder do Estado e o respeito ao direito do cidadão, a menção explícita da possibilidade de indenização por prisão indevida, nesse parâmetro, o legislador buscou um equilíbrio entre a vida social por meio da boa aplicação do direito. O objetivo principal seria numa proteção ainda da dignidade da pessoa humana, proclamada como fundamento do Estado Democrático de Direito.

O dano moral então, sofrido pela vítima de prisão ilegal é presumido, sendo desnecessária a sua comprovação. Isso ocorre porque a Constituição de 1988 consagrou o direito à indenização pelo chamado dano moral puro (art. 5º, V)<sup>115</sup>, indenizável a partir do momento em que o ato ou fato danoso causa ao ofendido dor, molestação ou angústia, por atingir direitos da personalidade. O ofendido não precisa fazer prova desses incômodos, o que, a rigor, seria quase impossível. Basta provar o ato ou fato danoso e o seu causador.

Resta evidente então, que quando o Estado exerce uma prisão de maneira indevida, não há que se falar em provas de que aquele dano ocorreu, nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça determinou que:

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

Em todos os casos analisados que o Estado responderá pelos danos que causar ao indivíduo quando da ocorrência de uma prisão exercida de maneira injusta. Nesse caso, assim como o julgado abaixo, restará inafastável a responsabilidade do Estado em indenizar os danos suportados pelo ofendido. Percebe-se assim que:

---

<sup>115</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

<sup>116</sup> REsp. n.º 220.982/RS, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. 22/02/2000, DJ 03/04/2000, p. 116

CIVIL - ESTADO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - PRISÃO ILEGAL - DANOS MORAIS - OCORRÊNCIA - FIXAÇÃO DO QUANTUM DELEGADA AO PRUDENTE ARBÍTRIO DO JULGADOR – HONORÁRIOS. 1. Demonstrado de forma inequívoca que a prisão foi abusiva e ilegal, bem assim as agressões infligidas no detido, torna-se inafastável a responsabilidade do Estado em indenizar os danos suportados pelo ofendido. A responsabilidade em casos tais é objetiva (CF, art. 37, § 6º). 2. Na fixação do valor dos danos morais deve o julgador, na falta de critérios objetivos, estabelecer o quantum indenizatório com prudência, de modo que sejam atendidas as peculiaridades e a repercussão econômica da reparação, devendo esta guardar proporcionalidade com o grau de culpa e o gravame sofrido. 3. Na ausência de circunstâncias especiais, sedimentou-se a jurisprudência da Corte no sentido de que a fixação dos honorários advocatícios, quando se tratar de pessoa jurídica de direito público, deve se situar no patamar de 10% sobre o valor da condenação.<sup>117</sup>

No julgado abaixo nota-se que a indenização será devida no caso de prisão ilegal, restando-se presente o nexo de causalidade causador do dano. O fato de o autor ter sido levado à delegacia a fim de que fosse dado cumprimento a um mandado de prisão contra o mesmo, por um crime que sua reprimenda já havia sido julgada extinta, ensejou a devida reparação.

CIVIL - INDENIZAÇÃO – PRISÃO ILEGAL – DANO E NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADOS - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. O fato de o autor ter sido levado à delegacia a fim de que fosse dado cumprimento a um mandado de prisão contra si, por crime cuja reprimenda já havia sido julgada extinta, foi o motivo determinante para a ocorrência do dano por ele suportado, restando preenchido o nexo de causalidade, situação que ampara o pedido de indenização formulado contra o Estado. O montante indenizatório não pode promover um enriquecimento sem causa da vítima, devendo guardar sintonia com os dissabores por ela sofridos, motivo pelo qual torna-se imperiosa sua redução diante do caso concreto.<sup>118</sup>

No julgado que foi trazido logo abaixo, tem-se a configuração de tráfico de drogas e associação para o tráfico. Nesse caso, deverá ocorrer o relaxamento da prisão tendo em vista que houve uma ilegalidade do laudo de constatação. Tal pedido já havia sido julgado por “habeas corpus” impetrado com reiteração do pedido. Houve irregularidades no laudo de constatação da droga, restando nesse caso a reiteração do pedido. Nesse âmbito, como medida de natureza cautelar, deve a prisão manifestamente ilegal ser relaxada e o indivíduo posto em liberdade, haja vista não haver a configuração de todos os pressupostos para manutenção da prisão do mesmo.

---

<sup>117</sup> TJSC - AC n. 2000.018170-6, Comarca de São Joaquim, Rel. Des. Luiz César Medeiros, julgada em 21/03/2006

<sup>118</sup> AC nº. 1.0026.06.022639-1/001, Comarca de Andradás, 6ª CC., rel. Des. Edilson Fernandes, j. 15/04/2008

"HABEAS CORPUS". TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO RELAXAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. ILEGALIDADE DO LAUDO DE CONSTATAÇÃO. PEDIDO JÁ JULGADO POR "HABEAS CORPUS" IMPETRADO ANTERIORMENTE. REITERAÇÃO DE PEDIDO. NÃO CONHECIMENTO. RELAXAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. NULIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE. QUESTÃO SUPERADA. PRISÃO CONVERTIDA EM PREVENTIVA. NOVO TÍTULO. CONTRADIÇÃO NO DEPOIMENTO DOS POLÍCIAS CONDUTORES DA PRISÃO. DESCABIMENTO DA ANÁLISE DAS PROVAS DOS AUTOS. VIA IMPRÓPRIA. ORDEM DENEGADA. 1. Tendo sido julgado o pedido de relaxamento da prisão preventiva do paciente, por irregularidades no laudo de constatação preliminar da droga, em "Habeas Corpus" anteriormente impetrado, resta caracterizada a reiteração de pedido, não devendo a ação ser conhecida neste ponto. 2. Resta superada a alegação de nulidade da prisão em flagrante ante a sua conversão em preventiva, havendo, assim, novo título a justificar a segregação cautelar. Precedentes do STJ. 3. A ação de "Habeas Corpus" não se presta à análise aprofundada das provas dos autos, a qual somente é cabível no curso da ação penal principal. 4. "Habeas Corpus" conhecido em parte e, na extensão conhecida, denegada a ordem.<sup>119</sup>

Mais uma vez, na jurisprudência abaixo mencionada, vê-se que houve uma falha grave do judiciário com relação ao caso em concreto. Foi o autor recolhido à prisão e nela mantido por quarenta e cinco dias e após exame datiloscópico foi confirmado se tratar de pessoa diversa daquela procurada pela justiça. Não restam dúvidas de que houve uma ilegalidade por parte do Estado ao privar o indivíduo de sua liberdade. Em tais casos, é evidente que são falhas cometidas que acabam gerando grandes prejuízos nos indivíduos, que muitas vezes acabam tendo seu direito de ir e vir restringido por situações que poderiam ter sido evitadas ou ao menos resolvidas o quanto antes. O autor ficou recolhido no cárcere por quarenta e cinco dias, quando na verdade nem sequer era o responsável pelo cometimento do delito. O caso em questão configura um grave desrespeito ao que a Constituição assegura, devendo, todavia, o Estado ressarcir o cidadão de tamanho erro.

RESPONSABILIDADE CIVIL - AUTOR RECOLHIDO À PRISÃO E MANTIDO ENCARCERADO POR QUARENTA E CINCO DIAS - POSTERIOR CONSTATAÇÃO, POR EXAME DATILOSCÓPICO, DE TRATAR-SE DE PESSOA DIVERSA DAQUELA PROCURADA PELA JUSTIÇA - ENCARCERAMENTO ILEGAL - RESPONSABILIDADE DOS AGENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS PELA DEMORA NA AVERIGUAÇÃO DA IDENTIDADE DO AUTOR - DEVER DE INDENIZAR POR DANOS MORAIS CONFIGURADO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - VALOR FIXADO EXCESSIVO, LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO - REDUÇÃO DO VALOR - HONORÁRIOS - REDUÇÃO - DESCABIMENTO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO DO RÉU - HONORÁRIOS - SOBEJAMENTO DA VERBA - ARBITRAMENTO EM CONSONÂNCIA COM

---

<sup>119</sup> TJ-MG - HC: 10000150809127000 MG , Relator: Marcílio Eustáquio Santos, Data de Julgamento: 05/11/2015, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 12/11/2015

O ART. 20, §4º, DO CPC. - O recolhimento do cidadão, e a sua manutenção na prisão por quarenta e cinco dias, em razão de demora dos agentes estatais na constatação de tratar-se o detido de pessoa diversa daquela procurada pela Justiça, garante ao ofendido o direito ao recebimento de indenização por danos morais, considerando o ferimento a honra, a sensação de injustiça e revolta e a limitação ilegal do direito de ir e vir. - Na fixação do quantum indenizatório dos danos morais, devem ser atendidos os critérios objetivos e subjetivos do caso, concernentes à gravidade e repercussão da ofensa, à posição social do ofendido e à situação econômica do ofensor, sendo excessiva a condenação que não reflete os requisitos referidos, convertendo-se em fonte de enriquecimento para o ofendido. - Honorários arbitrados em valor não excessivo, descabendo sua redução. - Sentença parcialmente reformada, em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário do réu, e o do autor, na parte em que pretende o sobejamento da indenização. - O arbitramento dos honorários advocatícios, nos termos do §4º, do art. 20, do CPC, a critério da apreciação equitativa do juízo, deve levar em consideração o grau de zelo do advogado, o lugar da realização do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado e o tempo de duração do serviço, cabendo a sua majoração, quando não atendidos os referidos requisitos.<sup>120</sup>

Ainda que, persista o dever de indenização do Estado, Cândido Furtado Maia Neto ainda esclarece que, em caso do não reconhecimento da prisão ilegal em todas as instâncias judiciais pátrias, esgotada a via recursal, cabe recurso para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e menciona que:

“Ainda quando pleiteado judicialmente o reconhecimento de erro judiciário ou a indenização por prisão ilegal, em todas as instâncias judiciais do sistema de administração de Justiça (Poder Judiciário) brasileira, esgotadas todas as vias legais interna pátria, e mesmo assim não declarado o erro ou não reconhecida a ilegalidade da prisão, cabe denúncia e recurso ao sistema interamericano de Justiça, ante a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ambos órgãos oficiais da Organização dos Estados Americanos – OEA, com função jurisdicional e consultiva, nos termos do art. 34 usque 51, e 52 usque 69, do Pacto de San Jose – Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos/ OEA, 1969 – Adotada pelo governo brasileiro através do Decreto n. 678, de 06.11.992, publicado no D.O.U. em 09.11.92)”.<sup>121</sup>

Portanto, quando adotados todos os critérios abordados no que diz respeito ao dano moral poderá então ser atingido o fim pretendido pela justiça, que seria o de, na medida do possível, restabelecer e resguardar os direitos do indivíduo lesado à situação anterior ao dano causado pelo Estado. Pois, deve o cidadão se encontrar numa situação em que tenha com ele os seus direitos adquiridos através da Constituição.

---

<sup>120</sup>AC n.º. 1.0024.08.942489-9/001, Comarca de Belo Horizonte, 6ª CC., rel. Desª. Sandra Fonseca, j. 11/10/2011

<sup>121</sup> MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos Humanos do Preso**. 1ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1998. p. 37.

### 3.5 Análise a partir da concepção da prisão ilegal decretada pela prática de atos do próprio magistrado

De acordo com tudo o que foi analisado no presente estudo, faz-se necessário uma abordagem no que diz respeito à responsabilidade civil do Estado pela prática de atos judiciais. É importante fazer um elo entre a responsabilidade civil do Estado decorrente de prisões exercidas de maneira injusta e sobre a prisão quando ela decorre de maneira ilegal, abusiva decorrente de atos do próprio juiz.

A imputação do Estado para responsabilizar o particular ganhou força com o decorrer dos anos. Ele, como qualquer administrado, é sujeito de direitos e obrigações, seja lá de qual Poder emane seus atos: Executivo, Legislativo ou Judiciário. Sendo, nos dias atuais a irresponsabilidade estatal inconcebível.

O juiz, na prática de seus atos jurisdicionais pode, muitas vezes, acabar lesionando o indivíduo sujeito àquela jurisdição em qualquer fase do processo, seja através de uma decisão interlocutória, um despacho ou até mesmo sentença.

Nesse sentido, o Estado sempre deverá ser responsabilizado pela prática de atos abusivos contra o cidadão, contudo, no que diz respeito ao próprio magistrado, há parâmetros que afirmam que em decorrência da independência que lhe é atribuída não será responsável pela prática de atos danosos, mas tão somente o Estado.

Assim, conjugam-se dois fatores da responsabilidade pessoal do juiz, que se encontram baseados no artigo 133 do Código de Processo Civil e o da responsabilidade objetiva do Estado que já foi abordada no presente estudo. Cabe assim ao lesado escolher dentre os dois fatores o que vai pretender usar. Assim, prevê o artigo mencionado que:

Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:  
I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;  
II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.  
Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no no II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.<sup>122</sup>

Há que se mostrar que o juiz será responsável no exercício de suas funções quando em virtude de seus atos, proceder com dolo ou fraude, ou recusar, omitir ou retardar SEM justo

---

<sup>122</sup>BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2015.

motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte. Nesse sentido, vê-se que o juiz somente será responsável quando agir com dolo na atual sociedade.

Assim, o magistrado somente responderá quando estiver expressamente previsto em lei, nos casos tão somente de dolo por sua parte, do contrário, a regra é que o Estado responda de maneira objetiva e depois se faça presente o direito de regresso que é até então assegurado ao Ente Federativo.

A doutrina não é harmônica quanto ao polo passivo da ação indenizatória, afirmando alguns que a ação só pode ser proposta contra a pessoa jurídica e não contra o agente. Outros sustentam que o lesado pode acionar o servidor diretamente, ou o Estado, ou ainda ambos, tendo em vista que o magistrado atua como órgão estatal, exercendo função pública, mesmo muitas vezes sendo tratado como independente. Assim, Carlos Roberto Gonçalves afirma que se o autor se dispuser a comprovar a culpa do servidor, poderá movê-la contra ambos, arcando com o ônus de descrever a modalidade de culpa do funcionário e de provar a sua existência.<sup>123</sup>

Contudo, com o que foi abordado, o artigo 133 do Código de Processo Civil não restringe somente a responsabilidade para o magistrado, excluindo o Estado. Há que se falar que o magistrado será responsável no caso de dolo, mas poderá também o lesado requerer a indenização contra o magistrado ou o Estado, fala-se aqui, que o Estado responde quando causar danos ao particular, mas também que o magistrado pessoalmente responderá quando atuar com dolo. Assim é o entendimento de Maria Helena Diniz que afirma que:

“Estado e magistrado constituem um todo indissociável; se o juiz causar prejuízo a alguém, o Estado responderá patrimonialmente, tanto se o dano for causado por culpa, dolo ou fraude do órgão judicante. A responsabilidade pessoal do juiz não contraria nem exclui a do Estado, mas a consagra.”<sup>124</sup>

A questão da independência dos magistrados não tem solidez para afastar a responsabilização do Estado, já que o próprio texto constitucional prevê garantias para a atuação desses agentes, com vistas a assegurar liberdade de consciência e apreciação. Nesta associação, esclarece Loureiro Filho<sup>125</sup>

---

<sup>123</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Parte geral*. 6ª. ed, São Paulo: Editora Saraiva, v. 1, 2008. P. 225.

<sup>124</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 662.

<sup>125</sup> LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. **Responsabilidade pública por atividade judiciária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 114.

“A responsabilidade por atividade judiciária não priva o julgador da livre apreciação das provas, nem restringe sua liberdade de consciência, possibilitando-lhe a liberdade na escolha do conteúdo da decisão, desde que motivada e amparada nos limites do ordenamento jurídico vigente (da mesma forma que a responsabilidade pública não constitui freio ou óbice à administração)”.

O autor ainda faz uma abordagem sobre o enquadramento dos magistrados no rol dos agentes públicos, em vista de quatro requisitos que seriam: “a) a titularidade de um cargo criado por lei; b) investidura legal, por autoridade competente em caráter permanente; c) incorporação, mediante posse, compromisso e efetivo exercício; d) sujeição a regime jurídico de direito público”.<sup>126</sup>

Mesmo com tantos questionamentos, se é ou não, o magistrado um agente público, e o serviço judiciário serviço público, enquadra-se essa situação ao modo que verificada a causalidade entre o dano suportado pelo indivíduo e a atuação jurisdicional, fala-se em responsabilização objetiva do Estado, mas essa não afasta a possibilidade de ser o próprio magistrado responsabilizado quando atuar com dolo contra o cidadão.

Por consequência disso, há muita oscilação jurisprudencial em reconhecer a responsabilidade do Estado-juiz, aplicando-se o entendimento da responsabilidade concorrente entre Estado e agente público, em inobservância ao texto constitucional.

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E PENAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACÓRDÃO RECORRIDO COM DUPLO FUNDAMENTO – LEGAL E CONSTITUCIONAL. SÚMULA N. 283/STF. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO ILÍCITO PRATICADO POR AGENTES PÚBLICOS. PRISÃO ILEGAL. ART. 302 DO CPP. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N. 279/STF. 1. Acórdão impugnado mediante recurso extraordinário consta duplo fundamento - legal e constitucional - e a não-interposição do recurso especial tornou definitivo o fundamento infraconstitucional que amparou o acórdão recorrido (Súmula n. 283/STF). 2. Súmula n. 283/STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. 3. Precedentes: RE 539.915-AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJ 5.2.2009; RE 596.414-AgR, Rel. Min. EROS GRAU, 2ª Turma, DJ 24.4.2009; RE 524863-AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, 1ª Turma, DJ 7.11.2008. 4. Súmula n. 279/STF dispõe verbis: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. 5. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 6. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI nº 804.596/SE-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 16/9/11).<sup>127</sup>

<sup>126</sup> LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. **Responsabilidade pública por atividade judiciária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 114.

<sup>127</sup> AI nº 804.596/SE-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 16/9/11

Nota-se que como já citado anteriormente, há a responsabilidade estatal, decorrente de atos danosos, mas também há a responsabilidade do próprio magistrado, que uma vez cometendo ato danoso contra um particular, mesmo havendo tantas controvérsias se ele é ou não funcionário público, a doutrina mencionada entende que o magistrado faz parte do Ente Estatal e por estar vinculado a esse, acaba sendo considerado agente público, logo, poderá também sofrer ação indenizatória que será escolhida pelo lesado em face de quem será proposta.

Por outro lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a responsabilidade objetiva do Estado por atos judiciais só é possível nas hipóteses previstas em lei, sob pena de estar sendo configurado um amesquinamento da atividade soberana do Estado na aplicação do ordenamento jurídico e na imposição da justiça. Nesse sentido:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ATOS DOS JUÍZES. C.F., ART. 37, § 6º. I. - A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II. - Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário <sup>3</sup>/<sub>4</sub> C.F., art. 5º, LXXV <sup>3</sup>/<sub>4</sub> mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido. III. - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido” (RE nº 429.518/SC-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 28/10/04).<sup>128</sup>

Assim, vislumbra-se que quando há uma prisão manifestamente ilegal decorrente de atos praticados pelos magistrados, não há dúvidas de que este somente responderá se houver agido com dolo. O Estado, em contrapartida, será responsabilizado objetivamente, podendo ingressar contra o agente público causador do dano o direito de regresso. É nesse sentido que se faz necessário concluir que o injustiçado poderá demandar contra o causador direto do dano, no caso do magistrado ter agido com dolo, e, nesse caso, provando tal dolo, ou poderá então, demandar contra o Estado, que responderá de maneira objetiva, buscando o regresso posteriormente.

---

<sup>128</sup> RE nº 429.518/SC-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 28/10/04

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade é tida como um direito indisponível, restando claro que o ato praticado diante da restrição da liberdade individual de maneira abusiva, além de ilegal, representa grave lesão ao status de dignidade e liberdade constitucionalmente protegidos. Não havendo razões coerentes para privar a liberdade pessoal de alguém, não deve ocorrer a prisão.

Diante disso, irregularidade que ocorra na prisão estará configurando a prisão indevida. Desta forma, ocorre que diante de qualquer irregularidade face à restrição da liberdade pessoal, principalmente pela prisão ilegal, o Estado deve ser responsabilizado para que os danos causados ao indivíduo sejam integralmente reparados.

O Brasil adotou a teoria da responsabilidade civil objetiva para apuração do nexo de causalidade entre a conduta do agente estatal e o dano sofrido pelo indivíduo. Essa responsabilidade objetiva que foi adotada na imputação do Ente Estatal por prisão indevida tem efeito no momento da apuração do dano, bastando à aferição de sua ocorrência em concreto para a imposição da obrigação ao Estado, ficando afastada a possibilidade de alegação de normalidade do dano e culpa da vítima.

O direito fundamental lesado pela ilegal privação da liberdade individual irá implicar dano passível de ressarcimento, do qual não pode fugir o poder público, devendo a recomposição do lesado ser plena, não remanescendo dano sem a devida reparação.

Restou demonstrado nos julgados analisados que os Tribunais acolhem a obrigação do Estado de indenizar aquele que sofreu ilegalmente privação de sua liberdade e que, por tal fato, resta ao Estado indenizar o particular pelo dano sofrido.

Nesse sentido, quando forem adotados todos os critérios no que diz respeito ao dano moral poderá então ser atingido o fim pretendido pela justiça, que seria o de, na medida do possível, restabelecer e resguardar os direitos do indivíduo lesado à situação anterior ao dano causado pelo Estado. Pois, deve o cidadão se encontrar numa situação em que tenha com ele os seus direitos adquiridos através da Constituição.

Não há que se falar que diante do que a Constituição Federal em seus dispositivos e princípios asseguram ao indivíduo e diante da dignidade humana e do direito à liberdade que é fundamental à todo e qualquer cidadão não pode e nem deve o Estado exercer o poder de

soberania que detém de maneira arbitrária, de maneira que seja abusiva, constrangedora e que cause ao indivíduo medo de sua opressão.

Percebe-se, no entanto que há uma questão polêmica no que diz respeito a responsabilidade do Estado pela prática de atos judiciais. Resta claro que quando o magistrado age dolosamente, privando a liberdade do cidadão, deverá ser provado o dolo, mas este não ficará afastado do dever de reparar o dano. O Estado-juiz é um agente público e como tal também poderá ser responsabilizado quando agir com dolo. A escolha caberá a vítima lesada, que poderá nesse sentido, escolher demandar contra o responsável direto pelo dano, no caso do magistrado que causa prejuízos dolosamente ou do Estado, que poderá exercer o direito de regresso posteriormente.

Nos dias atuais, não há que se falar mais na irresponsabilidade estatal, a sociedade se desenvolveu, os tempos passaram e mudaram. Nesse sentido, se o Estado, ou se o Estado através de seus agentes públicos causarem danos a terceiros injustamente deverão ressarcir os prejudicados, tendo em vista que os tempos são outros e não poderão, nem tampouco deverão as pessoas lesadas arcarem com tamanho dano.

Deve o Estado agir de maneira certa e justa diante do Estado Democrático de Direito que se diz ser, para que tanto o Ente Federativo, quanto a sociedade que faz parte desse Estado cumpram com os seus deveres e obrigações de forma que nenhum cause atos abusivos ou contrários à lei para com o outro. E nesse âmbito, ainda que esgotada a via recursal pátria, cabe recurso à Corte Interamericana de Direitos Humanos para sanar a irregularidade da prisão ilegal, não ficando o indivíduo desamparado diante de tamanho abuso de direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AC nº. 1.0105.07.212253-1/001, Comarca de Governador Valadares, 6ª CC., rel. Des. Antônio Sérvulo, j. 15/06/2010

AC nº. 1.0026.06.022639-1/001, Comarca de Andradas, 6ª CC., rel. Des. Edilson Fernandes, j. 15/04/2008

AC nº. 1.0024.08.942489-9/001, Comarca de Belo Horizonte, 6ª CC., rel. Desª. Sandra Fonseca, j. 11/10/2011

AC nº. 1.0024.08.942489-9/001, Comarca de Belo Horizonte, 6ª CC., rel. Desª. Sandra Fonseca, j. 11/10/2011

AI nº 804.596/SE-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 16/9/11

AGUIAR Júnior, Rui Rosado de. **A Responsabilidade Civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil.**

ALVIM, Agostinho de Arruda, **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**, citada por STOCO, Rui- **Tratado de Responsabilidade Civil**- 6ª. Ed. ver., atual. E ampl –São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos Humanos: do Mundo Antigo ao Brasil de Todos**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

ARISTÓTELES. **Ética e Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. São Paulo: Método, 2009.

BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios Sobre a Liberdade**. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 13 out. 2015

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Presidência da República. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 29 set. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 11 out. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 15 set. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça-AC. Habeas Corpus 415 AC 2010.000415-7. **Prisão Preventiva Ilegal**. Impetrante: Patrícia Belucio Queiroz. Impetrado: Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Rio. Relator: Des. Arquilau Melo. Acre 18/02/2010. Lex: Jurisprudência do TJ-AC. Acre.

CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas Cautelares Pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro, Juizes Irresponsáveis?, Porto Alegre, Fabris, 1989.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**, 25ª Edição, São Paulo: Atlas, 2012.

CUNHA, M. **O conceito de liberdade e suas interfaces**. In: Ensaio Filosóficos, Volume III, pp. 93-104, abril/2011

DALVA, Oscar; FILHO, Souza. **Pólis grega e práxis política**. 2ª ed. Editora ABC - Fortaleza/CE, 2003. .

\_\_\_\_\_ *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* – França, 1789.

\_\_\_\_\_ *Declaração Universal dos Direitos Humanos* – ONU, 1948

Dergint, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. Revista dos Tribunais | Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. Vol. 3. P. 1149-1157. Nov 2012. DTR\1994\495.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DUCLERC, Elmir. **Curso Básico de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. V.2.

Edmir Netto de Araújo, Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, S. Paulo, ED. RT, 1981.

Fernando Tourinho Filho, in **Da Prisão e da Liberdade Provisória**, Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 7/1994 | p. 73 - 90 | Jul - Set / 1994 Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 2 | p. 1107 - 1131 | Jun / 2012 DTR\1994\261.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A liberdade como livre-arbítrio**. In Estudos de Filosofia do Direito. São Paulo, Atlas, 2002. págs. 87 a 94

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramalhete. 32 ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto; **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**, Volume 4; Edição 6; São Paulo-SP; Editora Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 15ª ed. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2013.

HARADA, Kiyoshi. **Responsabilidade civil do Estado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<<http://jus.com.br/revista/texto/491>>>. Acesso em: 30/10/2015.

José Dias de Aguiar – "Da Responsabilidade Civil"- 6ª ed., volume II, Forense, 1979.

LOPES Jr. Aury. **Prisões Cautelares e Liberdade Provisória: A (in)eficácia da presunção de inocência**. In: **Direito Processual Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. **Responsabilidade pública por atividade judiciária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Erro Judiciário, prisão ilegal e Direitos Humanos**. In: Prática Jurídica, Ed. Consulex. Ano II, nº 13, de 30/04/2003.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos Humanos do Preso**. 1ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1998.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4ª Edição. Editora Impetus. Niterói, 2010.

MEIRELLES, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. Responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 505, 24 nov. 2004. Disponível em: <>. Acesso em: 13 nov. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MONDIN, Battista. **Introdução à Filosofia**: problemas, sistemas, autores, obras. 16. Ed. São Paulo: PAULUS. 2006.

MORAES, de Alexandre. **Direito Constitucional**. 29ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

NICOLITT, André Luiz. **Lei 12.403/2011**: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Número do processo: 1.0024.07.441546- 4/001 / Relator: Des.(a) ALBERGARIA COSTA / Data do Julgamento: 20/08/2009 / Data da Publicação: 02/10/2009

Número do processo: 1.0024.07.492315-2/001 / Relator: Des.(a) MARIA ELZA / Data do Julgamento: 05/03/2009 / Data da Publicação: 24/03/2009

PÂNDU, Prof. Pandiá. **Dicionário Global da Língua Portuguesa**, 2012.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**, 2010.

PLATÃO APUD MONDIN, Battista. **Introdução à Filosofia**: problemas, sistemas, autores, obras. 16. Ed. São Paulo: PAULUS. 2006.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**, 20ª Edição, São Paulo: Atlas, 2007.

PORTO, Mário Moacyr, Responsabilidade do Estado pelos atos de seus juízes. Doutrinas Essenciais do Processo Civil. Vol. 1. P. 679. Out 2011. DTR\2012\1727.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

REsp. n.º 220.982/RS, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. 22/02/2000, DJ 03/04/2000.

RE n.º 429.518/SC-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 28/10/04

SARTRE. Jean Paul. **O existencialismo é um humanismo**. A imaginação: Questão de método. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Tradução de Rita Correia Guedes, Luiz Roberto Salinas Zorte, Bento Prado Júnior. 3. Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

Sentença em testilha com jurisprudência dominante do eg. STJ. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. APELAÇÃO 0001934-74.2009.8.19.0033 - 1ª Ementa. DES. CELIA MELIGA PESSOA - Julgamento: 01/04/2011 – 18ª CC

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014..

STOCO, Rui- **Tratado de Responsabilidade Civil**- 6ª. Ed. ver., atual. E ampl –São Paulo: Revista dos Tribunais.

STJ - RHC: 22696 RJ 2007/0294750-7, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 26/05/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 16.06.2008.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 3. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TJMG HC n.º 1.0000.07.467771-7/000. 5ª Câmara Criminal. Rel. Alexandre Victor de Carvalho. Publ. 28/03/2008

TJ-MG - HC: 10000150809127000 MG , Relator: Marcílio Eustáquio Santos, Data de Julgamento: 05/11/2015, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 12/11/2015

TJSC - AC n. 2000.018170-6, Comarca de São Joaquim, Rel. Des. Luiz César Medeiros, julgada em 21/03/2006

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

Voto nº 6276 - Desembargador Sergio Pitombo, proferido no julgamento da Apelação Cível nº 054.432.5/0-00, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.