



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR PRISÃO CAUTELAR ILEGAL

Liberato Costa Nascimento Neto

Orientador: Marcio Cesar Fontes Silva

ESTÂNCIA
2016

LIBERATO COSTA NASCIMENTO NETO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR PRISÃO CAUTELAR ILEGAL

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo
– apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____.

Banca Examinadora

**Professor Orientador
Universidade Tiradentes**

**Professor Examinador
Universidade Tiradentes**

**Professor Examinador
Universidade Tiradentes**

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR PRISÃO CAUTELAR ILEGAL

Liberato Costa Nascimento Neto¹

RESUMO

O presente artigo aborda sobre a responsabilidade civil do Estado por prisão cautelar ilegal, possuindo as seguintes problemáticas: a partir de que momento doutrina e a jurisprudência entendem que uma prisão cautelar deixa de ser legal e passa a ser ilegal? Qual a responsabilidades do Estado quanto a isso? Se de um lado a Constituição Federal determina a presunção de inocência do indiciado, o que lhe garante o direito de responder o processo em liberdade, por outro lado existe a possibilidade legal de haver a prisão cautelar nos casos de Flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Neste sentido, foram demonstrados as visões e entendimentos doutrinários em relação ao assunto e utilizando-se de jurisprudências pôde-se ver como está sendo aplicado. Mais especificamente buscou-se expor qual entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a Responsabilidade civil nos casos de: Erro judiciário; Prisão além do tempo fixado na sentença; demora na prestação jurisdicional; prisão cautelar e posterior absolvição e Responsabilidade pessoal do Juiz. Nesse artigo, teve como base o método dedutivo, uma vez que, os dados (ideias) coletados através das argumentações dos doutrinadores que pesquisaram nessa área serão confrontados, analisados, interpretados e descritos. Nesse sentido, pode-se observar que a aplicabilidade da responsabilidade objetiva ao Estado, é comum nos casos em que foram comprovados o efetivo erro ou abuso do Judiciário no exercício de sua função, não entendendo que o simples dano ao indiciado seja o suficiente para a aplicação da Responsabilidade Civil.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil. Prisões Cautelares. Indiciado.

1 INTRODUÇÃO

O artigo em pauta trata-se de um trabalho de pesquisa sobre a “Responsabilidade civil do Estado nas prisões Cautelares Ilegais”. No presente

¹ Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: liberatocnneto@gmail.com

artigo serão demonstrados quais as visões e entendimento doutrinário pertinente ao assunto e de que forma está sendo aplicado.

A pesquisa foi direcionada para a busca de resposta das seguintes problemáticas: a partir de que momento doutrina e a jurisprudência entendem que uma prisão cautelar deixa de ser legal e passa a ser ilegal? Qual a responsabilidades do Estado quanto a isso?

Para melhor esclarecer e dar observância necessária que o tema requer, outros questionamentos serão levantados: diante das consequências geradas para o acusado e seus familiares no momento em que é aplicado uma prisão cautelar, qual ou quais o(s) momento(s) certo para ser aplicado essa espécie de prisão? Qual a responsabilidade do Estado quando ao perceber que o poder judiciário aplicou uma prisão cautelar incorreta ou desnecessária a um apenado? De que forma é imputado o Estado pelos erros praticados em decorrência de seus agentes a outrem e o que tem sido feito para reparar esses erros?

Dentro de um contexto histórico, vê-se que a questão em debate neste artigo, acerca da responsabilização Estatal, foi ganhando novos rumos ao longo do tempo. Inicialmente, o Estado absolutista ditava as leis e não poderia ser responsabilizada pelos seus atos, atitude esta que não condizia com as vertentes rumo ao Estado Democrático de Direito. Com o tempo, contudo, através da ideia do risco administrativo, a responsabilização do Estado ganhou novos contornos, até chegar à responsabilidade objetiva do Estado.

A escolha do tema se deu em virtude de sua relevância na seara do direito, pois nota-se um número preocupante de indiciados presos cautelarmente esperando o julgamento. Uma pesquisa realizada em 26 de abril de 2016, pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), aponta que em 2014 cerca de 40% das pessoas que estão presas no Brasil sequer foram julgadas na primeira instância, sendo apontado ainda que o número de presos provisórios é quase igual ao déficit de vagas no sistema, que é de 250.318 vagas.

O Departamento Penitenciário Nacional também aponta dados mais alarmantes, quando mostram que existem Estados no Brasil que possuem mais carcerários presos provisoriamente do que os que já estão cumprindo pena. É o caso do Estado de Sergipe, em que 7 a cada 10 carcerários estão presos

provisoriamente, ou seja, 70%(setenta por cento) dos presos de Sergipe são frutos de prisões cautelares.

Diante disso, a pesquisa será desenvolvida com base no método dedutivo, uma vez que, os dados (ideias) coletados através das argumentações dos doutrinadores que pesquisaram nessa área serão confrontados, analisados, interpretados e descritos.

Como métodos se procedimento (auxiliar) teremos o comparativo. A técnica de pesquisa será bibliográfica, utilizando-se livros, revista, site e outros. Quando aos objetivos será uma pesquisa qualitativa.

2 BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil, também chamada de responsabilidade extracontratual, pode ser entendida como o dever de reparar o dano quando alguém, seja por omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito ou trazer prejuízos a um indivíduo. É tema de bastante interesse para a presente pesquisa.

Acerca da evolução histórica da responsabilidade civil do Estado, Fernanda Marinela (2015, p. 1.304) diz que “a responsabilidade civil do Estado passou por longo período de evolução e até hoje ganha elementos de adaptação ao desenvolvimento social, conciliando com a proteção sempre necessária ao administrado”.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2015) dividem a evolução da responsabilidade do Estado em cinco momentos: a irresponsabilidade do Estado; a responsabilidade com culpa civil comum do Estado; a teoria da culpa administrativa; a teoria do risco administrativo e, por fim, a teoria do risco integral.

Em suma, vê-se que inicialmente o Estado ditava a verdade, ou seja, era ele quem dizia o que estava certo e o que estava errado, jamais admitindo que poderia falhar. Neste sentido, o Estado agia de acordo com a máxima americana *the king do not wrong*, ou seja, o rei nunca erra. Em alguns poucos Estados havia a responsabilização, desde que lei específica definisse ou ainda nos casos de prejuízos oriundos da ação estatal (MARINELA, 2015).

Durante muitos séculos prevaleceu a teoria da irresponsabilidade do Estado. Várias concepções justificavam tal isenção, dentre as quais: o monarca ou o Estado não erram; o Estado atua para atender ao

interesse de todos e não pode ser responsabilizado por isso; a soberania do Estado, poder incontestável, impede seja reconhecida sua responsabilidade perante um indivíduo (MEDAUAR, 2006, p. 365).

Hoje, adota-se a teoria do risco integral, teoria esta que preconiza que “(...) basta a existência do evento danoso e do nexo causal para que surja a obrigação de indenizar para o Estado, sem a possibilidade de que este alegue excludentes de sua responsabilidade” (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p. 848).

Inserta no artigo 186 do Código Civil, a responsabilidade civil é regra genérica, abrangendo a responsabilidade extracontratual e a contratual. A primeira diz respeito às diversas atividades desenvolvidas pelo Estado, sem que necessariamente se tenha um pacto. A responsabilidade contratual, por óbvio, refere-se aos contratos celebrados pela Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2014).

A responsabilidade civil do Estado está disciplinada no artigo 37, §6º, da Constituição Federal, que assim dispõe:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

Um dos temas divergentes na doutrina acerca da responsabilidade civil diz respeito à responsabilidade por erro e/ou omissão do Estado, que se visualiza nos casos em comento nesta pesquisa. Por ser tema de grande relevância, será melhor explanado nas linhas seguintes.

3 TIPOS DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que, nas situações em que o serviço público não funciona de maneira satisfatória, deve-se recorrer a responsabilidade subjetiva, ou seja, verificar se o Estado tinha a obrigação de impedir o evento danoso (MELLO, 2007).

3.1 Responsabilidade Objetiva

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2015) ensinam que, pelo disposto no artigo 37, §6º da Constituição da República, o Brasil consagrou a responsabilidade objetiva da administração pública. Os referidos autores fazem, contudo, uma ressalva: a responsabilidade não se aplica, em regra, nos casos de danos oriundos da omissão da administração pública, devendo ser adotada a teoria da culpa administrativa.

Para Ricardo Alexandre e João de Deus (2015, p. 612) “a responsabilidade objetiva do Estado, conforme previsto na CF/1988, deve seguir a teoria do risco administrativo [...]”. Ainda de acordo com o citado autor, para que haja a responsabilidade civil objetiva do Estado, três elementos devem estar presentes: a conduta oficial, ou seja, a ação administrativa; o dano, que pode ser de ordem material, moral ou estético e, por fim, o nexo causal, ou seja, a comprovação de o dano tenha ocorrido pela conduta oficial.

[...] Na responsabilidade objetiva, o Estado responde independentemente de culpa ou dolo na ação do agente, bastando para isso que se comprovem a conduta, o dano e o nexo de causalidade entre ambos, enquanto, na subjetiva, é indispensável a comprovação desses elementos somados à culpa ou ao dolo (ao menos um) (MARINELA, 2015, p. 193).

Como ensina Alexandre Mazza (2016, p. 522), “[...] quem presta um serviço público assume o risco dos prejuízos que eventualmente causar, independentemente da existência de culpa ou dolo”. Importante ainda destacar que, em que pese a regra adotada seja a da teoria objetiva, há casos excepcionais em que a teoria subjetiva é aplicada quando acontecem condutas omissivas por parte do Estado (MARINELA, 2015).

3.2 Responsabilidade Subjetiva

Nem sempre o Estado responderá de forma objetiva pelos danos que seus agentes públicos causarem a outrem. De fato, a Constituição Federal de 1988 atribuiu tal responsabilidade nos casos em o Estado, através de seus agentes, foi omissivo.

Fernanda Mariela (2015) leciona que a responsabilidade subjetiva está alicerçada na comprovação de quatro elementos, a saber: a conduta estatal; o dano; o nexo de causalidade entre a conduta e o dano e a culpa ou dolo do agente, entendida aqui como o elemento subjetivo.

Para exemplificar a responsabilidade subjetiva do Estado, na modalidade teoria da culpa administrativa, é possível imaginar a hipótese em que um assalto ocorre na frente de um posto policial e os policiais de plantão nada fazem para evitar a ação dos marginais. Nesse caso, é possível responsabilizar subjetivamente o Estado pela omissão no dever de prestar o serviço de segurança (ALEXANDRE; DEUS, 2015, p. 621).

A culpa administrativa será demonstrada quando aquele que sofreu o dano conseguir provar que o Estado falhou nas situações em que deveria ter-lhe prestado atendimento. Assim, a pessoa deverá demonstrar que o dano foi provocado pela falta ou deficiência do serviço que imputado ao Estado. Nesta situação, o ônus da prova será de quem alega, ou seja, da pessoa que sofreu o dano (ALEXANDRINO; PAULO, 2015).

O Brasil adota a responsabilidade objetiva, através da teoria do risco administrativo. De acordo com Fernanda Marinela (2015), tanto a doutrina como a jurisprudência admitem ser possível conciliar a responsabilidade objetiva com a subjetiva, nos casos decorrentes de atos omissivos.

4 DAS PRISÕES CAUTELARES

No ordenamento jurídico brasileiro são admitidos dois tipos de prisões. A primeira delas é a prisão penal, prisão esta que é decorrente de uma decisão condenatória após trânsito em julgado. A segunda delas é a prisão cautelar, também conhecida como provisória ou processual, que são aquelas decretadas antes do trânsito e julgando das decisões condenatórias, sendo essa espécie de prisão, a que será debatida no presente tópico (ALVES, 2013).

O Código Penal e de Processo Penal brasileiro são códigos garantistas, ou seja, sua função não é apenas tipificar as condutas consideradas ilícitas, mas também, trazer garantias processuais ao acusado contra o poder autoritário do Estado.

Dentro dessas garantias do sistema processual penal, está o Princípio da Presunção de Inocência, que garante ao acusado o status de inocente, não apenas perante o processo como também externo a ele, como leciona o doutrinador Aury Lopes Jr (2016, p. 96-97).

A presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?).

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiro limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.

Essa presunção deve ser analisada no momento de se aplicar uma prisão cautelar, pois as sequelas de prisão cautelar desnecessária são altíssimas e muitas das vezes irreparáveis.

Nesse contexto, a regra é o acusado aguardar o término do processo em liberdade devido sua presunção de inocência, como ordena o art. 5º, LVII, da CF: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Porém nada impede que antes da sentença condenatória seja realizada a prisão do autor ou do suspeito do crime, através da decretação de prisão processual.

Nesse sentido, estabelece o Art.5º, inciso LXI da Constituição Federal: "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 de propriedade militar, definidos em lei" (BRASIL, 1988).

Como se pode vislumbrar, o presente inciso relata duas possibilidades de prisões processuais (aquelas que ocorrem antes de uma sentença condenatória após o seu trânsito em julgado), que é a prisão decorrente de prisão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada por autoridade judiciária competente.

Vale ressaltar que essas espécies de prisão (processual ou cautelar) são medidas excepcionais, devendo apenas ser decretada ou mantida em casos de real necessidade (em casos da possibilidade de fuga do acusado; que o acusado venha atrapalhar na colheita de provas; periculosidade do réu e etc.), com o intuito de dar o devido andamento do processo, e se for o caso, viabilizar a aplicação da pena. Além disso, nos casos que houver condenação do acusado, todo o tempo que o indiciado ou o réu passou cautelarmente na prisão deverá ser descontado em sua pena.

Porém, assim como a prisão cautelar é permitida, em casos excepcionais, para que haja o bom andamento do processo e viabilizar aplicação da pena, uma vez sanado os requisitos que impulsionaram à aplicação da prisão processual, devem-se por o indiciado em liberdade, pois as medidas cautelares têm por princípio básico a provisoriedade, uma vez inobservado a provisoriedade da prisão cautelar bem como o desaparecimento dos requisitos que fundamentaram a prisão, ela passa a ter natureza excessiva e, portanto, se torna uma prisão ilegal.

Ademais, a prisão cautelar tem que possuir um tempo razoável de duração, pois se trata de uma medida provisória e não uma aplicação da pena, portanto, sua razoabilidade é proporcional com a conduta que o indivíduo está sendo imputada. Sendo esta modalidade de prisão distribuída, em sede do Direito Processual Penal, em três espécies: prisão em flagrante, temporária e preventiva.

4.1 Prisão em Flagrante

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2012, p. 560), em análise da prisão em Flagrante, definem o flagrante como:

O delito em que ainda “queima”, ou seja, é aquele que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. A prisão em flagrante é a que resulta no momento e no local do crime. É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino (art.5º, inciso LXI da CF). Permite-se que se faça cessar imediatamente e infração com a prisão de transgressor, em razão da aparente convicção quando à materialidade e a autoria permitida pelo visual dos fatos.

Aury Lopes Jr. (2009), em análise ao tema, explica a existência do primeiro momento como uma medida pré-cautelar, que pode ser estabelecida por particulares ou autoridade policial (delegado de polícia), sendo que o flagrante só é considerado

em um breve espaço de tempo, e sua lavratura deve ser comunicada em até 24 horas ao juiz da localidade, onde este analisará a legalidade ou não da prisão, bem como sua manutenção.

A prisão em flagrante objetiva impedir a fuga daquele que possivelmente cometeu o delito, garantir a correta colheita de provas, evitar que o crime se consuma, assegurar que o autor do delito tenha sua integridade física preservada, entre outros.

Nos moldes do artigo 302 do Código de Processo Penal, a doutrina passou a classificar algumas modalidades de prisão em flagrante, a saber: flagrante próprio, flagrante impróprio, flagrante presumido ou ficto, flagrante preparado ou provocado, flagrante esperado, flagrante prorrogado ou retardado e flagrante forjado.

Para Fernando Capez (2016, p. 147):

A prisão em flagrante passou, assim, a ser uma mera detenção cautelar provisória pelo prazo de vinte e quatro horas, até que o juiz decida se o indiciado deve ou não responder preso à persecução penal. Desprovida do periculum in mora (cf. CPP, art. 312), a prisão em flagrante não será nada após o prazo de vinte e quatro horas, não podendo, portanto, ser considerada prisão provisória.

Destarte, na prisão em flagrante têm-se a detenção do réu, de modo que este seja apresentado ao juiz, que decidirá pela manutenção ou não da prisão. Sendo assim, a prisão em flagrante não seria uma prisão propriamente dita, mas sim uma medida cautelar processual.

4.2 Prisão Temporária

A prisão Temporária é uma prisão de natureza provisória, pois possui a finalidade de auxiliar as autoridades policiais, durante a fase de inquérito policial, sendo mantida até almejar a pretensão da prisão. O que diferencia esse tipo de prisão das demais é seu intuito exclusivo de auxiliar no inquérito policial e não no desfecho processual.

Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2012, p.593):

A temporária é a prisão de natureza cautelar, com prazo preestabelecido de duração, cabível exclusivamente na fase do inquérito policial – ou de investigação preliminar equivalente, consoante art.283, CPP, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011

-, objetivando o encarceramento em razão das infrações seletamente indicadas na legislação.

Essa modalidade de prisão está prevista na Lei 7.960/89 e trata-se de medida excepcionalíssima, ou seja, para sua decretação deve-se observar os pressupostos processuais, em especial aqueles previstos no art. 1º da referida lei.

Com relação aos prazos, a questão está assim delimitada: a regra geral, disposta no art. 2º da Lei 7.960/89, é de 5 dias, prorrogáveis por mais 5 em caso de necessidade comprovada; já nos crimes hediondos e assemelhados, o prazo é de 30 dias, prorrogáveis por mais 30, em caso de necessidade comprovada (TAVORA; ALENCAR, 2012).

4.3 Prisão Preventiva

A prisão preventiva, tema de estudo da presente pesquisa, afigura-se no ordenamento jurídico penal como a prisão de natureza cautelar mais ampla, podendo ser decretada, inclusive, sem a instauração do Inquérito Policial. Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2012, p.579):

Até antes do trânsito em julgado da sentença admite-se a decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade policial competente (art. 5º, inciso LXI da CF), desde que presentes os elementos que simbolize a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento.

A sua decretação é possível em fase de investigação preliminar, fase processual ou até mesmo após a sentença condenatória recorrível, sendo realizada por juiz ou tribunal competente, em decisão fundamentada, diante de um requerimento prévio da autoridade policial ou do Ministério Público. Não sendo cabível, a essa espécie de prisão, quando a pena for igual ou inferior a 4 anos.

Para o autor Aury Lopes Jr. (2016) a permissão da decretação da prisão preventiva de ofício é uma agressão as normas do sistema acusatório e a imparcialidade do juízo, entendendo que o juiz deve atuar como a terceira pessoa do processo, como órgão superordenado entre o ativo e o passivo, sendo a decretação de ofício a quebra dessa imparcialidade exigida pelo sistema acusatório.

4.3.1 Pressupostos da prisão preventiva

Para a decretação da preventiva faz-se necessário a comprovação da materialidade e indícios da autoria delitiva, acompanhada dos pressupostos que motivem os fatores de riscos da liberdade do acusado, também denominado em latim de *fumus boni iuris*, sendo esses dois elementos obrigatórios.

A prova da materialidade consiste na certeza de que o agente cometeu o delito. Tal confirmação dá-se, geralmente, nos crimes que deixam vestígios, através do exame de corpo de delito. Tratando-se de crimes que não deixam vestígios, ou ainda quando tais vestígios estiverem desaparecidos, o art. 167 do CPP assegura a utilização da prova testemunhal (GARCEZ, 2016).

Com relação aos indícios da autoria delitiva, tais provas devem levar ao convencimento da suspeita, ou seja, não se trata de uma prova absoluta, mas sim um juízo de probabilidade de ter o acusado praticado a conduta delitiva. Por isso, o diploma processual não exige prova cabal, mas sim indícios suficientes, que serão confirmados em posterior decisão condenatória, no curso do processo (GARCEZ, 2016).

4.3.2 Requisitos da prisão preventiva

Dos ensinamentos de Fernando Capez (2016), os requisitos para a decretação da prisão preventiva são: a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal, a garantia da aplicação da lei penal, a garantia da ordem econômica e o descumprimento da medida cautelar imposta.

Sobre a garantia da ordem pública, tal requisito está ligado à necessidade de que haja a tranquilidade e a paz na sociedade, sem que o acusado aguarde em liberdade enquanto aguarda o trânsito em julgado da decisão que irá condená-lo ou absolve-lo. Assim, comprovado o risco em manter o acusado em liberdade, tal prisão deverá ser decretada, pois não se admite que o delinquente continue cometendo ilícitos durante a persecução penal (TAVORA; ALENCAR, 2012).

A conveniência da instrução criminal objetiva, segundo Fernando Capez (2016, p. 337) “[...] impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, ameaçando testemunhas, apagando vestígios do crime, destruindo documentos etc [...]”. Assim, permanecendo o acusado solto, dificilmente se chegará a verdade real.

Acerca da garantia da aplicação da lei penal, tal requisito objetiva garantir que não haja fuga do autor do delito, pois se isso acontecesse não se teria o cumprimento da sanção penal. Não comparecendo o acusado na audiência em que este seria ouvido, o Estado poderá utiliza-se da condução coercitiva, ou seja, sua ausência não poderá servir de motivação para a decretação da prisão em comento (TAVORA; ALENCAR, 2012).

Para Fernando Capez (2016) a garantia da ordem econômica é uma repetição da garantia da ordem pública, sendo que a Lei Antitruste (Lei 8.884/94) incluiu o art. 312 do CPP tal hipótese de prisão preventiva.

Nos casos de descumprimento de medida cautelar imposta, previstas no art. 319 do CPP, o código processual autoriza a decretação da substituição por medidas mais gravosas ou cumulação com outra, sendo decretada a preventiva em último caso, desde que a medida comporte com os critérios da preventiva, ou seja, delito praticado de forma dolosa e pena superior a 4 anos (TAVORA; ALENCAR, 2012).

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR PRISÃO CAUTELAR ILEGAL

A responsabilidade civil do Estado está atrelada, no direito brasileiro, às atividades dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. De acordo com Carvalho Filho (2014, p. 551) “[...] quando o Direito trata da responsabilidade, induz de imediato a circunstância de que alguém, o responsável, deve responder perante a ordem jurídica em virtude de algum fato precedente”.

A Constituição Federal de 1988 assevera, em seu art. 5º, inciso LXXV que o Estado deverá indenizar àqueles que foram vítimas de erros judiciários, *in verbis*: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” (BRASIL, 1988). Complementando, o art.37, parágrafo 6º da Carta Magna anuncia:

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 de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]
§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito (BRASIL, 1988).

Carvalho Filho (2014, p. 581), comentando sobre a responsabilidade civil do Estado, assevera que, “[...] se o indivíduo é condenado em virtude de sentença que contenha erro judiciário, inclusive por conduta culposa do juiz, tem ele direito à reparação dos prejuízos a ser postulada em ação ajuizada contra o Estado”.

Acerca da questão, destaca-se, inicialmente, jurisprudência oriunda do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: ADMINISTRATIVO, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO QUE, EM FACE DAS PROVAS DOS AUTOS, O ACÓRDÃO REPUTOU ILEGAL. RECURSO ESPECIAL APENAS DA PARTE AUTORA. DANOS MORAIS. RECURSO ESPECIAL DO AUTOR, POSTULANDO A MAJORAÇÃO DO RESPECTIVO VALOR DA INDENIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. A instância a quo, soberana na análise do material cognitivo produzido nos autos, concluiu que o recorrente faz jus à indenização por danos morais, haja vista que constam, dos autos, provas suficientes, capazes de demonstrar a responsabilidade da recorrida pelos danos sofridos, decorrentes de sua prisão ilegal. Registrou o acórdão do Tribunal de origem – do qual recorreu, em Especial, apenas o autor – que “o nexo de causalidade se consubstancia no ato de cumprimento, pelos policiais federais, de mandado de prisão já sem validade, o que gerou os infortúnios já relatados. Não se pode deixar de frisar que foi determinado o recolhimento do mandado de prisão em 09/02/2007 (...), e a prisão foi efetuada em 07/05/2009 (...), mais de dois anos após o cancelamento da ordem de prisão”. II. Recurso Especial apenas do autor, postulando a majoração do valor da indenização por danos morais. III. No que concerne ao valor arbitrado a título de danos morais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que somente pode ser revisto excepcionalmente, quando irrisório ou exorbitante, em afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de ofensa ao disposto na Súmula 7 desta Corte. IV. No caso, o Tribunal a quo, em face das peculiaridades fáticas do caso, manteve o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de reparação por danos morais, quantum que não merece alteração, por consentâneo com o contexto fático delineado no acórdão do Tribunal de origem e com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Conclusão em contrário esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. Precedentes. V. Agravo Regimental improvido (AgRg no REsp 1.464.016/RS, STJ – Segunda Turma, Rel. Ministra Assusete Magalhães, julgamento 18.09.2014, DJe 30.09.2014).

Pela análise da decisão acima, vê-se que a prisão ilegal imputa ao Estado o dever de indenizar. De fato, não raro observa-se que, devido à morosidade do poder judiciário para concluir a investigação do delito, têm-se que muitos presos

preventivamente acabam ficando nesta condição além do tempo devido, sendo, por vezes, absolvido.

Como dito em linhas passadas, a prisão preventiva tem por escopo evitar que o réu cometa novos delitos ou fuja, privando-lhe a liberdade para que não haja dificuldades na colheita de provas, permanecendo o mesmo à disposição do Estado, que irá apurar se este é ou não o autor do delito que lhe foi indiciado.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2015) lembram que há situações em que as prisões preventivas poderão ensejar indenizações posteriores por dano moral, naquelas hipóteses em que, por decisão definitiva, o réu vier a ser absolvido. O tema, contudo, não é unânime na jurisprudência, como se verá nas próximas linhas.

Os tribunais pátrios têm recebido diversas ações de caráter indenizatório, concernente aos indivíduos que são presos cautelarmente e depois são absolvidos, restando evidente que não cometeram o ilícito penal que lhe fora imputado.

A regra do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Estaduais é a de que, sendo a prisão cautelar autorizada dentro dos limites legais e bem fundamentada, mesmo que o indivíduo posteriormente venha a ser absolvido, não se pode falar em direito à indenização. Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - PRISÃO PREVENTIVA E POSTERIOR ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - NECESSIDADE DE CONSTATAÇÃO DA ILEGALIDADE DO DECRETO PRISIONAL - REEXAME DE PROVAS - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO - INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. 1. Esta Corte tem firmado o entendimento de que a prisão preventiva, devidamente fundamentada e nos limites legais, inclusive temporal, não gera o direito à indenização em face da posterior absolvição por ausência de provas. Precedentes. 2. Na mesma linha, tem decidido que avaliar se a prisão preventiva caracterizou erro judiciário enseja reexame de provas, sendo inviável em recurso especial (Súmula 7/STJ). Precedentes. 3. Ausente o cotejo analítico e não demonstrada similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigma, não se conhece do recurso especial pela alínea c. 4. Recurso especial não conhecido (STJ - REsp: 911641 MS 2006/0250384-6, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 07/05/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/05/2009).

Pela análise da citada jurisprudência, resta evidenciando que, se uma prisão cautelar foi autorizada dentro do que determina a lei, não se pode imputar qualquer responsabilização ao Estado, mesmo que o réu venha a ser absolvido

posteriormente, tendo em vista que tal instituto não decorre de presunção de culpa (ALEXANDRE; DEUS, 2015).

Ação de Indenização por danos morais por erro judiciário, configurado pelo excesso de prazo para julgamento do recurso de apelação. Pessoa que foi presa e condenada, terminando por ser absolvida, em esfera recursal, por insuficiência de provas. Demanda julgada improcedente. Recurso do autor buscando a inversão do julgado. Inadmissibilidade. A prisão cautelar, e determinação de manutenção da prisão do acusado, no transcurso do recurso de apelação, não geram ao Estado obrigação de indenizar o acusado diante de sua absolvição por insuficiência de provas. O dano indenizável deve provir de dolo, fraude ou culpa dos agentes responsáveis pela sua apuração, imputação e julgamento. Recurso improvido. (TJ-SP - APL: 00005535020128260156 SP 0000553-50.2012.8.26.0156, Relator: Aroldo Viotti, Data de Julgamento: 29/04/2014, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 01/05/2014)

Destaca-se, contudo, que nos casos em que a prisão cautelar se manteve de maneira ilegal, ou seja, não haviam fundamentos para sua manutenção, o Estado deverá ser condenado em dano moral, devido ao abuso ora cometido. Nestes termos:

[...] dependendo das circunstâncias do caso concreto, pode, sim, o Judiciário decidir pelo direito a indenização pelo dano moral decorrente de prisões preventivas, especialmente quando não tenham sido observados os pressupostos legais para a adoção da medida (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p.871).

Acerca da questão, coleciona-se o seguinte julgado:

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA - AFASTADA - DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA NÃO FUNDAMENTADA - AUSÊNCIA DE REQUISITOS - PRISÃO ILEGAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - DANO MORAL CONFIGURADO QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO. 1. Não há cerceamento de defesa diante da decisão que indefere a produção de prova pericial quando já existe nos autos laudo sobre o assunto. 2. De acordo com o inciso IX, artigo 93, da Constituição Federal, todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário devem ser fundamentadas sob pena de nulidade. 3. A prisão preventiva é considerada ilegal quando a sua decretação não é fundamentada e quando não são analisados os requisitos autorizadores, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. 4. Havendo conduta ilegal e comissiva do Estado sua responsabilidade é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. O dano moral é inerente à prisão ilegal, sendo desnecessária a prova do efetivo prejuízo 6. A

quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) mostra-se razoável e proporcional para indenizar a parte autora, atendendo aos fins preventivo e compensatório a que se destina. 7. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ-MS - APL: 00669214520118120001 MS 0066921- 45.2011.8.12.0001, Relator: Juiz Vilson Bertelli, Data de Julgamento: 02/09/2014, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 05/09/2014)

Acerca da questão, destaca-se ainda que, nos termos dos artigos 133 e 85 do Código de Processo Civil, pode-se falar também em responsabilização civil pessoal do magistrado e do membro do Ministério Público nas situações em que estes causarem danos a qualquer das partes (ALEXANDRE; DEUS, 2015).

Em suma, a questão que envolve o dever do Estado indenizar, nos casos de prisão cautelar e ulterior absolvição perpassa por uma dupla análise, que deve ser realizada pelo Poder Judiciário. Em um primeiro momento, se a prisão seguiu os tramites legais, não há de se falar em responsabilização, contudo, se não haviam motivos para sua manutenção, o Estado deverá ser responsabilizado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da teoria do risco administrativo, assevera pela Constituição Federal de 1988, o Estado responderá, de forma objetiva, pelos danos causados à terceiros. A prisão indevida, tema da presente pesquisa, é uma das situações ensejadoras de reparação, desde que comprovada a conduta indevida da Administração Pública.

A prisão cautelar se reveste de especial importância na sistemática processual pátria, por permitir que o Estado cumpra seu papel com tais modalidades de prisão, a saber, garantir que aquele que cometeu o ilícito penal seja punido, dentro dos limites legais.

Ocorre que, não raro, muitos presos nesta condição acabam por ter sua liberdade segregada, afastando-se de seus familiares e amigos por meses ou anos, sem que haja a sua condenação. Nestes casos – em que a prisão se mostra indevida, resta evidente que ocorreu séria ofensa à direitos previstos constitucionalmente, a exemplo da presunção de inocência.

Situação mais gravosa ocorre nas situações em que a prisão cautelar se mantém e, passado certo lapso temporal, vê-se que tal prisão fora decretada sem qualquer fundamento, ou seja, estava eivada de erros e/ou vícios que macularam

seus objetivos. Nestes casos, o Estado deverá indenizar à vítima, compensando-a pecuniariamente pelo ilícito causado.

O dano, nos casos de prisão cautelar ilegal, está inserto no prejuízo que a vítima sofreu, sendo o Estado o agente causador deste evento. Nestes casos, doutrina e jurisprudência falam em indenização por dano moral e material, além de indenização por dano pessoal, imposta ao Poder Público no sentido de penalizá-lo pelo resultado concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito administrativo esquematizado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 23. ed. São Paulo: Método, 2015.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN - junho de 2014. Disponível em <<https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em 06 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.464.016RS. Relator: Ministra Assusete Magalhães. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 set. 2014. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 911641 MS 2006/0250384-6. Relator: Ministra Eliana Calmon. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 07 mai. 2009. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Apelação Cível 00669214520118120001 MS 0066921- 45.2011.8.12.0001. Relator: Juiz Vilson Bertelli. **Diário de Justiça Eletrônico**, Mato Grosso do Sul/MS, 02 set. 2014. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/site/>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 00005535020128260156 SP 0000553-50.2012.8.26.0156. Relator: Aroldo Viotti. **Diário de Justiça Eletrônico**, São Paulo/SP, 29 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/site/>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GARCEZ, William. **A prisão preventiva à luz da doutrina e da jurisprudência**. Disponível em: <<http://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/314775827/a-prisao-preventiva-a-luz-da-doutrina-e-da-jurisprudencia>> Acesso em 06 nov. 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

CIVIL LIABILITY FOR STATE PRISON CAUTIONARY ILLEGAL

Liberato Costa Nascimento Neto

ABSTRACT

This article discusses about the civil liability of the State for unlawful arrest precautionary having the following problem: from that moment doctrine and jurisprudence understand that a precautionary arrest ceases to be legal and happens to be illegal? What is the State responsibility in this regard? On the one hand the Federal Constitution determines the defendant's presumption of innocence, which guarantees the right to answer the process in freedom, on the other hand there is a legal possibility of the preventive arrest in flagrante delicto cases or by written and reasoned judicial authority. In this sense, the views and doctrinal understandings on the subject were demonstrated and using of jurisprudence could be seen as being applied. More specifically sought to expose what doctrinal and jurisprudential understanding on civil liability in cases of: judicial error; Prison beyond the time established by the sentence; delay in the judgment; precautionary arrest and subsequent acquittal and personal responsibility of the judge. In this article, it was based on the deductive method, since data (ideas) collected through the arguments of scholars who have researched this area will be compared, analyzed, interpreted and described. In this sense, it can be observed that the application of strict liability to the State, it is common in cases that have been proven effective error or abuse of the judiciary in the exercise of its function, not understanding the simple damage to the indictee is enough for application of civil liability.

Keywords: Liability. Precautionary prisons. Indicted.