

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

GUSTAVO GARUTTI MOREIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASO DE PRISÃO
ILEGAL**

**FRANCA
2021**

GUSTAVO GARUTTI MOREIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASO DE PRISÃO
ILEGAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do Título de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. José Carlos de Oliveira

**FRANCA
2021**

M838r

Moreira, Gustavo Garutti

A responsabilidade civil do Estado em caso de prisão ilegal /
Gustavo Garutti Moreira. -- Franca, 2021
121 f.

Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado - Direito) -
Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências
Humanas e Sociais, Franca

Orientador: José Carlos de Oliveira

1. Responsabilidade civil. 2. Indenização. 3. Prisão ilegal. 4. Erro
judiciário. I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

GUSTAVO GARUTTI MOREIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASO DE PRISÃO
ILEGAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Carlos de Oliveira
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – FCHS – Unesp Franca

Prof. Dr.
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – FCHS – Unesp Franca

Prof. Dr.
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – FCHS – Unesp Franca

Franca, _____ de _____ de 2021.

***Dedico** este trabalho aos meus pais, Marina e Carlos, ao meu irmão Caique e à minha avó Amélia, por serem meu suporte para todas as dificuldades dessa vida, por estarem sempre comigo e, principalmente, por todo amor e ensinamentos que me passaram.*

AGRADECIMENTOS

Diante de mais essa etapa que se finaliza, impossível não agradecer imensamente à minha família, que me acompanhou desde a difícil escolha de sair de casa e morar fora para cursar Direito. Meus pais, exemplos de superação e dedicação em tudo que fazem, sempre me apoiaram e incentivaram a seguir meus sonhos e deram todo o suporte necessário, tanto emocional como financeiro, para que fosse possível ter uma educação de qualidade desde jovem e para me manter com tranquilidade em Franca. Também devo agradecimentos ao meu irmão Caique, por sempre acompanhar de perto minha trajetória e vibrar com minhas conquistas, além de servir de inspiração e exemplo de sucesso a ser seguido em razão de sua dedicação e paixão pelo que faz. Com certeza o suporte da minha família, desde o início, foi essencial para que fosse possível encerrar esse ciclo com qualidade e entregando o melhor de mim mesmo.

Do mesmo modo, agradeço à minha avó Amélia e aos tios e tias que, apesar de não haver convívio diário, sempre torceram pelas minhas conquistas e me incentivaram a continuar trilhando meu caminho para a formação nesse curso tão nobre.

Das amigades de infância trago a certeza de que foram essenciais para os momentos de descontração e lazer em meio a tantos compromissos e trabalhos durante a faculdade. Certamente os cinco anos de graduação se tornaram mais leves diante da presença de amigos que estavam sempre por perto quando eu voltava para Campinas, mostrando que a distância não serviria para estreitar os laços entre nós, mas, pelo contrário, apenas fortaleceu amigades que carregarei para sempre. Destaco meus amigos que estiveram comigo desde o início e sempre me apoiaram a trilhar a faculdade com êxito, notadamente Thiago, Murilo, Henrique, Rafael, Pedro, Lucca, Laura, Lígia, entre outros.

Igualmente importantes foram as amigades criadas em Franca e que, sem dúvidas, levarei para a vida. A faculdade não teria sido a mesma sem a troca de experiências com pessoas de diversos cantos do Brasil, os inventivos, apoios, ajudas com faculdade, frustrações compartilhadas e, principalmente, com a nova fase da vida que se inicia ao sair da casa dos pais para cursar faculdade. Os cinco anos de UNESP se tornaram mais leves e, ao mesmo tempo, as inúmeras histórias e experiências nesse período me proporcionaram enorme crescimento pessoal principalmente em razão das pessoas com quem convivi, de modo que os laços incríveis criados em Franca certamente se manterão fortes para compartilhar nossas conquistas daqui para frente. Um agradecimento especial para o João Vitor, que passou de um total desconhecido para meu melhor amigo em poucas semanas e com quem dividi apartamento durante toda a faculdade, criando uma sintonia incrível e inesperada tanto na faculdade como na vida pessoal.

Luiz Felipe, Lucas, Higor, Hélio, Felipe, Pedro Henrique, Carol, Catherine, Bárbara, Paulo, entre tantos outros, foram todos fundamentais, cada um de seu jeito, para tornar mais leves os cinco anos de graduação e para provar que a faculdade proporciona amizades duradouras e importantíssimas.

Agradeço à minha amiga, companheira e namorada Isabella, que esteve comigo desde o primeiro ano do curso e sempre me apoiou a continuar focado em meus objetivos, ainda que isso significasse abrir mão de alguns momentos juntos. Foi essencial ter alguém para me acompanhar literalmente todos os dias e vibrar comigo a cada conquista, além de servir de descontração para os momentos mais estressantes.

Não poderia deixar de agradecer à UNESP Franca enquanto instituição, que apesar de seus inúmeros problemas e dificuldades, sempre se mostrou aberta e receptiva aos alunos, proporcionou incríveis aprendizados não apenas profissionais, mas que levarei para vida, especialmente em virtude da pesquisa e extensão. Destaco minha experiência com grupos de extensão (CEPC e CEL), além de pesquisa e esportes na faculdade, certo que cada uma foi determinante, de seu próprio jeito, para que eu me sentisse acolhido para crescer em diversos sentidos. Agradeço aos professores que alicerçaram o saber jurídico de forma magistral e confirmaram a importância da nobre profissão que escolhi, proporcionando aprendizados que vão além da sala de aula. Um agradecimento especial ao professor e orientador José Carlos, que despertou meu interesse pela área pública e de responsabilização do Estado desde suas aulas no terceiro ano, e se mostrou sempre aberto e solícito a ajudar, mesmo com as dificuldades provocadas pela pandemia, na construção dessa monografia.

Por fim, não poderia deixar de agradecer às enriquecedoras experiências profissionais que tive durante a graduação, notadamente a Peilin Chen por ter proporcionado meu primeiro contato o Direito na prática e ter sido tão paciente e aberta a me ensinar, mesmo diante de tanto trabalho que acumula. O estágio no gabinete da 3ª Vara Criminal serviu para que eu conhecesse de perto exemplos de profissionais do universo jurídico que são exemplos a serem seguidos e será uma experiência que carregarei para a vida. Igualmente agradeço ao Dr. Denilson, pelo estágio e trabalho como assistente jurídico em seu escritório que me permitiram aprofundar em áreas diversas do Direito e criar maior maturidade e experiência na profissão, sem contar a relação pessoal muito proveitosa e verdadeira que construímos juntos.

A todos mencionados e outros que porventura foram omitidos, o meu muito obrigado.

*Onde não houver respeito pela vida e pela
integridade física e moral do ser humano,
onde as condições mínimas para uma
existência digna não forem asseguradas,
onde não houver limitação de poder, enfim,
onde a liberdade e a autonomia, a igualdade
e os direitos fundamentais não forem
reconhecidos e minimamente assegurados,
não haverá espaço para dignidade humana e
a pessoa não passará de mero objeto de
arbútrio e injustiças*

Ingo Sarlet

MOREIRA, Gustavo Garutti. **A responsabilidade civil do Estado em caso de prisão ilegal**. 2021. 121 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2021.

RESUMO

O Estado de Direito impõe o reforço da garantia dos direitos individuais de modo que o primado da liberdade pessoal assume elementar proteção a ponto de a sua privação consistir em forma de sanção jurídica dependente de estrita observância de requisitos legais. Nesse sentido, o instituto da responsabilidade civil do Estado evoluiu com vistas à crescente proteção do indivíduo e limitação da atuação estatal, de modo a se consagrar, a partir da Constituição da República de 1988, a responsabilidade objetiva do Estado sob a teoria do risco administrativo. Objetiva-se com o presente trabalho, então, elucidar a questão atinente à responsabilização estatal em face de privação do indivíduo que se mostrou ilegal, enquanto manifestação do chamado mau funcionamento da prestação jurisdicional ou erro judiciário, conforme art. 5º, LXXV, da Carta Magna. Evidencia-se, através de minucioso estudo bibliográfico, normativo e jurisprudencial, sob o método lógico-indutivo, que o fundamento da responsabilidade estatal em caso de prisão ilegal reside no risco assumido pela utilização desse método de sanção como forma de proteção da coletividade e bem-estar social. A indenização conferida nesses casos está associada à afronta à dignidade da pessoa humana, atrelada à responsabilidade civil do Estado pelo erro judiciário. No tocante à prisão cautelar que se mostrou indevida, contudo, objeto de maior complexidade, o presente estudo contribuiu para esclarecer o posicionamento que vem sendo adotado no sentido de que a ilegalidade da prisão provisória não se revela pela posterior sentença absolutória, mas sim pelas circunstâncias de sua decretação, exigindo-se estrito cumprimento dos requisitos legais e fundamentação adequada. Conclui-se, através desta monografia, que o primado da liberdade pessoal impõe rigorosa proteção ao indivíduo, o qual dispõe de direito fundamental à reparação de danos pelo Estado nos casos em que se configura a prisão ilegal.

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

MOREIRA, Gustavo Garutti. **Civil liability of the State in case of unlawful arrest.** 2021. 2021. 121 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2021.

ABSTRACT

The rule of law imposes the strengthening of the guarantee of individual rights so that the primacy of personal freedom assumes elementary protection to the point that its deprivation consists in a form of legal sanction dependent on strict compliance with legal requirements. In this sense, the institute of civil liability of the State evolved aiming the increasing protection of the individual and the limitation of state action, in order to consecrate, from the Constitution of the Republic of 1988, the objective liability of the State under the theory of administrative risk. The objective of the present paper, then, is to elucidate the question concerning the State's liability in face of the deprivation of the individual that was shown to be illegal, as a manifestation of the so-called malfunctioning of the jurisdictional provision or judicial error, according to art. 5, LXXV, of the Constitution. It is evident, through a thorough bibliographic, normative and jurisprudential study, under the logical-inductive method, that the foundation of state responsibility in case of illegal imprisonment lies in the risk assumed by the use of this method of sanction as a way of protecting the community and social welfare. The compensation awarded in these cases is associated with the affront to human dignity, linked to the State's civil responsibility for judicial error. Regarding the remand in custody that proved to be undue, however, object of greater complexity, this study helped to clarify the position that has been adopted in the sense that the illegality of the provisional arrest is not revealed by the subsequent sentence of acquittal, but by the circumstances of its decree, requiring strict compliance with legal requirements and adequate grounds. It is concluded, through this monograph, that the primacy of personal freedom imposes strict protection of the individual, which has a fundamental right to compensation for damages by the State in cases where it configures the illegal arrest.

Keywords: Civil liability. Indemnity. Illegal imprisonment. Judicial error.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgInt	Agravo Interno
AgRg	Agravo Regimental
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
HC	Habeas Corpus
Min.	Ministro
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A LIBERDADE PESSOAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A PRISÃO COMO PRIVAÇÃO DE LIBERDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	15
1.1 Noções introdutórias acerca da liberdade	15
1.2 A liberdade pessoal e a sua proteção pelo Direito	16
1.3 A liberdade pessoal como direito fundamental	19
1.5 Conceito de prisão	22
1.6 Espécies de prisão admitidas na legislação brasileira	23
1.7 A prisão ilegal	29
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	34
2.1 Pressupostos da responsabilidade civil do Estado	34
2.2 Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado	36
2.2.1 <i>Teoria da irresponsabilidade do Estado</i>	36
2.2.2 <i>Teorias civilistas da responsabilidade com culpa</i>	36
2.2.3 <i>Teorias publicistas</i>	37
2.2.3.1 Teoria da culpa administrativa	38
2.2.3.2 Teoria do risco administrativo.....	39
2.2.3.3 Teoria do risco integral.....	40
2.3 Responsabilidade civil do Estado na Constituição Federal de 1988	41
2.4 Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade civil do Estado.....	43
2.5 Responsabilidade civil do Estado por omissão	45
2.6 Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais	47
2.7 O erro judiciário	53
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASO DE PRISÃO ILEGAL ..	61
3.1 O alcance do erro judiciário em face da prisão ilegal	61
3.2 O fundamento da responsabilidade civil do Estado em caso de prisão ilegal	63
3.3 Principais hipóteses de indenização decorrente de prisão ilegal.....	66
3.4 Responsabilidade civil do Estado em caso de prisão provisória	74
3.5 O dano oriundo da prisão ilegal e a sua reparação	88
3.5.1 <i>Da fixação do quantum indenizatório</i>	93
3.5.2 <i>Análise jurisprudencial do dano moral concedido em caso de prisão ilegal</i>	97
3.5.3 <i>Casos célebres</i>	98

<i>3.5.4 Do direito de regresso</i>	102
CONCLUSÃO	105
REFERÊNCIAS	110

INTRODUÇÃO

A partir da atuação do Estado enquanto tutor dos direitos fundamentais e interesses coletivos, surge a sua submissão a determinados deveres, tais como a responsabilidade civil de reparar danos causados aos administrados. Trata-se de um dos temas mais fascinantes do ordenamento jurídico, uma verdadeira garantia do ideal democrático, cuja evolução histórica é notória e sofreu direta influência dos ideais e correntes políticas desenvolvidas na sociedade. Evidencia-se, nesse sentido, longa trajetória desde a teoria da irresponsabilidade pela noção de soberania do Estado, passando pelo tratamento da questão no plano civilístico, até seu desenvolvimento no âmbito do direito público, lastreado na teoria do risco administrativo e na admissão da personalidade jurídica do Estado, consagrando a sua responsabilidade objetiva, amplamente aceita e normatizada pelo art. 37, §6º, da Constituição da República. Admite-se como pressupostos, a fim de configurar a responsabilidade estatal extracontratual, a existência de ação ou omissão humana imputável ao Estado ou à pessoa de direito privado prestadora de serviços públicos, atos lícitos ou ilícitos, nexos causal e o dano causado ao particular, seja de ordem material ou moral.

Em que pese a regra geral estar diretamente associada aos atos administrativos, é notório que a sociedade clama por um Estado mais eficiente, responsivo e prestativo, contexto no qual a responsabilidade por falhas na prestação de serviços do Poder Judiciário – o chamado “erro judiciário” – emerge e assume grande importância. O enfoque principal desta monografia, então, será direcionado aos danos decorrentes de atos jurisdicionais, notadamente a prisão ilegal e o erro judiciário, certo que, na concretização da função jurisdicional, o Estado-juiz, por vezes, provoca graves prejuízos aos jurisdicionados, ônus indevido.

Contudo, quando se trata de atos oriundos do Poder Judiciário os consensos se dissipam e a questão assume polêmica acentuada, de modo a se verificar muito mais controvertida a possibilidade de se impor a devida responsabilidade. Isso decorre, em parte, da estrutura do próprio Estado, em que o Judiciário atua como controlador definitivo dos conflitos sociais, inclusive de seus próprios problemas e falhas, tornando a instituição naturalmente próxima dos conflitos que muitas vezes a afetam, o que não raro dificulta um controle efetivo e isento. Não bastasse o problema estrutural, o próprio ordenamento, a jurisprudência e parte da doutrina assumem uma pluralidade de posicionamentos que dificulta a compreensão da responsabilidade do Judiciário e sua efetivação. Nesse particular, verifica-se que em que pese a rica elaboração doutrinária em sentido favorável, a responsabilização do Estado por atos jurisdicionais ainda não encontra guarida expressa no ordenamento pátrio, o que demanda acompanhamento de perto

da movimentação e jurisprudência dos tribunais a respeito da matéria. Não se olvida, todavia, do importante avanço obtido pela constitucionalização da temática mediante a redação do inciso LXXV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, que previu a indenização do condenado por erro judiciário e daquele que permanecer preso além do tempo fixado em sentença.

Ao mesmo tempo, o objeto de estudo a que se propõe esta monografia demandará análise acerca do primado da liberdade no ordenamento pátrio. A liberdade física do indivíduo constitui um dos dogmas do Estado Democrático de Direito, de modo que a sua restrição deve obedecer a parâmetros de legalidade estrita, sobretudo no que tange à prisão provisória antes de sentença definitiva. Isso porque, à luz do princípio da presunção de inocência consagrado no art. 5º, LVII, da CRFB/88, a custódia cautelar representa providência excepcional, somente justificada em situações de extrema necessidade e mediante obediência às formalidades, haja vista a liberdade consistir em regra e a privação, a exceção. A restrição do direito fundamental à liberdade é pautada na necessidade de equilíbrio social e deve ser acompanhada de rigorosos limites impostos pelo Estado Democrático.

No entanto, verifica-se que a matéria atinente à responsabilidade do Estado em casos de ilegalidade na prisão do indivíduo, embora fascinante, é polêmica e não pacificada, o que revela a importância do estudo a que se propõe. Não se pretende, assim, pioneirismo na abordagem temática proposta, mas sim, com inaudito esforço, ampliar o estudo e debate do tema, com enfoque direcionado à responsabilidade estatal por erro judiciário no caso de ilegal privação de liberdade do indivíduo. A relevância da temática se torna salutar, ainda, diante de sua dimensão nos vários campos do Direito, sua atualidade e por discutir um dos mais importantes direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna. A presente monografia consistirá, portanto, em uma análise rebuscada da responsabilidade civil do Estado diante da prisão ilegal, de modo a compreender a configuração – ou não – do dever estatal de reparação pelo exercício da atividade jurisdicional quando da aplicação de prisões cautelares e definitivas de forma indevida.

Objetiva-se, com isso, compreender os aspectos dogmático-jurídicos da responsabilização civil do Estado em decorrência de prisão ilegal, de modo a analisar a estrutura normativa da prisão cautelar e definitiva, bem como a evolução histórica da teoria da responsabilidade civil do Estado. Pretende-se explorar o posicionamento dos tribunais, notadamente os superiores (STJ e STF), acerca do dever de reparar os danos suportados pelo indivíduo que permaneceu preso de maneira indevida, através de análise qualitativa e quantitativa da jurisprudência recente. Quanto aos objetivos específicos, busca-se desenvolver um aparato conceitual e jurídico sobre o princípio da liberdade, as características e modalidades de prisão previstas no ordenamento, com destaque para a cautelar, a responsabilidade do Estado

diante de atos jurisdicionais e pela prisão ilegal, de modo a promover uma reflexão acerca da efetividade – ou não – das indenizações deferidas no que toca à restrição ilegal do direito fundamental à liberdade, bem como em decorrência de prisão provisória com posterior absolvição. Objetiva-se, então, elucidar caminhos que poderiam ser seguidos a fim de sanar as atuais controvérsias judiciais e consagrar o primado da liberdade enquanto direito fundamental.

Para alcançar tais finalidades, far-se-á uma pesquisa jurídica de natureza exploratória, com delineamento bibliográfico, qualitativa e quantitativa coleta de dados em legislações, doutrinas, artigos, teses e jurisprudência. Utilizar-se-á, em especial, o método lógico-dedutivo, com argumentos obtidos a partir da construção doutrinária, jurisprudencial e normativa, a fim de analisar a sistemática da responsabilização civil do Estado em caso de prisão ilegal, com especial atenção para a forma como a questão tem sido encarada pelos tribunais superiores.

Destarte, o trabalho será estruturado, inicialmente, a partir da compreensão da liberdade pessoal enquanto direito fundamental, sua proteção pelo Direito e a sua privação como meio de sanção jurídica. Para tanto, serão analisadas as modalidades de prisão admitidas pelo ordenamento brasileiro e as hipóteses configuradoras da prisão ilegal.

No segundo capítulo, far-se-á necessário o estudo da evolução do instituto da responsabilidade civil do Estado, desde a teoria da irresponsabilidade até a consolidação do entendimento pela responsabilidade objetiva, seus pressupostos e modalidades, consubstanciada pela teoria do risco administrativo nos termos do art. 37, §6º, da Carta Magna. O enfoque, então, será direcionado à hipótese de responsabilidade por atos jurisdicionais e pelo chamado erro judiciário, previsto no art. 5º, LXXV, da CRFB/88, objeto de intensa discussão.

Por fim, o terceiro e último capítulo elucidará a controvérsia acerca do dever estatal de indenizar em decorrência de prisão considerada ilegal, em suas diversas hipóteses, com consequente análise da configuração – ou não – do erro judiciário nos casos de prisão indevida e posterior absolvição do acusado, notadamente nas hipóteses de prisão cautelar. Isso será feito, sobretudo, a partir do estudo da jurisprudência dos tribunais superiores no que diz respeito à verificação dos fundamentos e pressupostos da responsabilidade civil do Estado na hipótese em que o indivíduo é mantido preso ilegalmente, bem como o dano oriundo da privação ilegal, de natureza material e moral, a fixação de seu *quantum* e a sua reparação.

1 A LIBERDADE PESSOAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A PRISÃO COMO PRIVAÇÃO DE LIBERDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 Noções introdutórias acerca da liberdade

A ideia de liberdade está intimamente ligada à história do homem e depende, para sua compreensão, que se considere o contexto em que está inserida. Conforme pontua Luiz Antônio Soares Hentz (1996, p. 20), a concepção do viver já carrega implícita a noção de liberdade, ou seja, a vida é um corolário da liberdade com que está dotado o ser vivo.

Cumprе observar que as concepções da liberdade sofreram intensas transformações, certo que a formação da consciência da humanidade se revela através dos tempos e da evolução do pensamento. É nesse sentido que o estudo analítico das teorias acerca da liberdade se faz imperioso para a compreensão dos sistemas adotados pelas sociedades atuais, bem como do regime de privação da liberdade imposto pelo Estado e aceito atualmente.

Com efeito, no campo político, esse conceito de liberdade implicaria a possibilidade de escolhas delimitadas por uma lei, estabelecida por um poder a partir do consentimento dos cidadãos. Trata-se, de fato, do liberalismo clássico defendido por Montesquieu em sua obra *Do Espírito das Leis*, de 1748¹. Do mesmo modo, Kant adotou o conceito de liberdade finita para definir a liberdade jurídica como a faculdade de não se obedecer a outras leis externas a não ser aquelas para as quais se possa dar o consentimento (HENTZ, 1996, p. 27).

Cumprе destacar, neste contexto, as evidentes influências que as concepções de liberdade tiveram no mundo moderno, sem significar, contudo, que o momento atual se submete aos modelos clássicos. De qualquer forma, é patente que a formação da consciência intelectual está em constante evolução, devendo ser encarada a liberdade nos dias de hoje sob um conceito geral.

Para além das diferentes concepções históricas do conceito de liberdade, há o conceito geral de liberdade que revela um comportamento humano interpessoal e social e, ao mesmo tempo, a proteção do direito fundamental à satisfação das necessidades. Sob essa ótica,

¹ Charles-Louis Montesquieu (1689-1755), político e filósofo cujos pensamentos sedimentaram importante base para a ciência política, em sua obra “*Do Espírito das Leis*”, entendeu que a única resistência permitida ao indivíduo se daria através da separação dos poderes e da transformação dos direitos naturais em direitos positivos. Esse processo duplo levaria os indivíduos a resistirem dentro da própria institucionalidade, não necessitando derrubar o soberano para instituir um governo justo. Emerge, portanto, um nexo analítico entre a liberdade e divisão dos poderes, no qual a liberdade somente pode ser garantida se o poder for dividido de acordo com sua função de forma a contrapor-se e reprimir-se, dentro da esfera institucional uns aos outros (SILVA, 2011, p. 134).

liberdade significa não estar preso de maneira nenhuma, configurando a isenção de qualquer espécie de trava e, concomitantemente, a faculdade de autodeterminar-se espontaneamente (BRUGGER, 1987, p. 247). De acordo com a modalidade das travas, distinguem-se em liberdade física, liberdade moral, que consiste na faculdade de não ser impedido por causas exteriores psiquicamente influentes, e, por fim, a liberdade psicológica, que se caracteriza por estar livre de ligações psíquicas antecedentes ao ato da decisão.

É patente observar, neste passo, que a compreensão da liberdade exige considerar a natureza das travas também em relação ao ente que as impõem à sociedade ou ao indivíduo. Isso porque a análise das liberdades individuais e sociais deve ser feita a partir da proteção aos direitos fundamentais do homem, certo que a liberdade nas relações sociais pressupõe o exercício de controle por parte do Estado, por intermédio do Direito, o que explica a proteção das liberdades sociais através de direitos legalmente definidos e associados aos deveres correspondentes (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1992, p. 708).

É imperioso reconhecer, para a real compreensão do conceito de liberdade, a possibilidade de tolhimento do livre arbítrio do indivíduo na medida em que a conveniência sugerir a colocação de travas impeditivas do pleno exercício da liberdade. Esse quadro de imposição de barreiras à liberdade absoluta se baseia no postulado da liberdade sob a lei, segundo os ensinamentos de Friedrich August Hayek (1983, p. 75).

1.2 A liberdade pessoal e a sua proteção pelo Direito

Ao interpretar a obra de Hayek, Raymond Aron (1992, p.189) a identificou como uma definição liberal da liberdade, consistindo em uma realidade negativa e indivisível. Sob essa ótica, é livre quem possui a situação legal de membro protegido da comunidade e que, por isso, não corre o risco de sofrer prisão arbitrária, tem o direito de circular como deseja e de escolher o seu trabalho.

Hayek compreende, nesse sentido, a liberdade como entidade inseparável da responsabilidade (1983, p. 76): “Liberdade não apenas significa que o indivíduo tem a oportunidade e, ao mesmo tempo, a responsabilidade de escolher. Também significa que deve arcar com as consequências de suas ações, pelas quais será louvado ou criticado”.

Nos termos do ensinamento de Pontes de Miranda (1987, p. 205), a existência do Estado e das leis conduz ao repensamento do conceito de liberdade, para além do campo filosófico, tendo em vista a consideração da liberdade individual acima das liberdades públicas. Neste passo, de fundamental importância compreender que a ideia de supremacia da lei advém da

Revolução Francesa, ficando consignado já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que “a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem”.

A partir disso, os únicos limites aos direitos naturais de cada indivíduo eram aqueles que asseguravam aos membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos, devendo essas limitações serem estabelecidas por lei. Não se pode olvidar, neste contexto, os objetivos revolucionários franceses que almejavam a instalação dos princípios da democracia, a partir da qual somente a lei poderia circunscrever a liberdade contra os abusos perpetrados pelo Estado.

Naquele momento, a proteção genérica às liberdades significou, em certa medida, a restrição à liberdade individual, sobrepujando os interesses públicos aos individuais (HENTZ, 1996, p. 34). Essa situação impõe o estudo, ainda que sucinto, da liberdade pessoal e sua proteção pelo Direito, a fim de se compreender a real importância atribuída a esse conceito e de que forma essa análise permite alcançar a profundidade que se deseja no objeto de estudo deste trabalho.

Assevera Pontes de Miranda (1955, p. 33) que o objeto sensível da liberdade pessoal consiste no corpo do homem capaz de movimento ou inércia livre. Isso significa que se trata exclusivamente de liberdade física. Nesses termos: “Liberdade foi e será sempre a liberdade de locomoção, *the power of locomotion*, a liberdade física: *jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*”. Assim, configura condição para a existência de liberdade pessoal a possibilidade de manifestação exterior.

Entende-se, a partir disso, que em que pese o conceito de liberdade pessoal ter sofrido relevante enfraquecimento em certas fases da História, seguidas de importantes reivindicações, como as que redundaram na sua proteção como direito fundamental através do habeas corpus, sempre implicou o conceito de ir e vir, de andar e mover-se voluntariamente. De qualquer forma, faz-se mister considerar, para além dessa definição, que a restrição ao direito de liberdade consiste no limitar, abarrear, por quaisquer meios, o movimento de alguém; obrigar o indivíduo a não ir ou vir de algum lugar; constrangê-lo a mover-se ou a caminhar; impedir-lhe que fique, vá ou venha. Fato é que esses meios proibitórios podem se originar de lei legítima ou do arbítrio de outrem, autoridade ou particular, configurando a violação remediável pelo habeas corpus (PONTES DE MIRANDA, 1955, p. 35).

Neste diapasão, estudiosos apontam a Magna Carta Inglesa, de 1215², como o marco histórico do surgimento do habeas corpus e da construção da noção de liberdade pessoal frente ao poder estatal. Em seu parágrafo 39, o documento dispunha que:

§39 - Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra.

Mostra-se de grande valia, nesse contexto, o ensinamento de José Cretella Júnior (1993, p. 9):

A Magna Carta inglesa implantou o regime de proteção à liberdade física: já nenhum homem livre (*nullus homo liber*) poderia ser detido (*capiatur*) ou aprisionado (*imprisonetur*), a não ser que fosse condenado pela lei da terra ou por julgamento legal de seus pares (*per legem terrae aut per iudicium legalem parum suorum*). Mediante o emprego de três *writs*, o homem da Inglaterra podia ser tirado da prisão, (a) pelo *writ* “de homine replegiando”, (b) pelo “de odio et atia”, (c) pelo de “mão tomada”, este último, mandado de entrega do preso a um de seus amigos que o segurava pelas mãos, prometendo levá-lo ao tribunal, assim que se fizesse a citação correta. Para o inglês, a “personal freedom”, em sentido amplíssimo, era o bem fundamental do homem: *libertas ambulandi, eundi ultro citroque; ius manendi*, ou seja, liberdade de andar, de ir para onde quer que pretenda; direito de permanecer, de ficar, de estar. O “power of locomotion”, como era e é o direito de locomoção.

Cumprir destacar, neste passo, que a Magna Carta inglesa de 1215, em que pese ligada diretamente aos barões ingleses, deu origem a todas as afirmações posteriores da liberdade individual e aos chamados direitos de primeira geração³, de limitação do poder do Estado frente ao indivíduo, de modo que o poder dos governantes passa a ser limitado também por direitos subjetivos dos governados (COMPARATO, 2003, p. 77-78).

Torna-se inequívoca, a partir dessa análise, a influência da preocupação dos ingleses com o despotismo do rei sobre as formas processuais assecuratórias da liberdade pessoal. A detenção injusta de um homem livre era considerada tão odiosa que a sociedade inglesa sempre procurou conceder, contra essa ilegalidade, proteção pelos meios de direito. Isso demonstra, de

² O contexto histórico vivenciado na Inglaterra, no início do século XIII, era marcado por intensa instabilidade política, sob o domínio de João Sem Terra. Após a tomada de medidas impopulares diante dos barões e da população inglesa, como prisões arbitrárias e repressão aos opositores, os barões ingleses encontraram na derrota militar contra a França a oportunidade de forçar o rei a assinar uma carta traçando limites aos seus próprios poderes. A partir disso, surgia a Magna Carta, afirmando as liberdades individuais diante do Estado e o *due process of law* (MARQUES, 2000, p. 373).

³ Os direitos de primeira geração marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito através do respeito às liberdades individuais (LENZA, 2017, p. 1100). Conforme ensina Paulo Bonavides (2004, p. 563-564), os direitos de primeira geração, também chamados de direito de liberdade, possuem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado e se traduzem como faculdades ou atributos da pessoa com manifesta subjetividade. Consistem, assim, em direitos de resistência e oposição perante o Estado.

fato, que a forma de livrar o homem da indevida privação de liberdade tem origem da afirmação dos direitos individuais (PONTES DE MIRANDA, 1955, p. 38). Não por acaso, Hentz (1996, p. 55) entende ser o objeto do Direito, enquanto ciência e conjunto de normas de conduta obrigatória, justamente a garantia da liberdade.

1.3 A liberdade pessoal como direito fundamental

Conforme anteriormente demonstrado, a Magna Carta se mostrou um marco histórico na busca pela proteção dos direitos dos homens livres através da limitação do poder real. De fato, a causa primeira ao surgimento da teoria dos direitos fundamentais tem como raiz, justamente, a liberdade do ser humano (MATTOS JÚNIOR, 2009, p. 19).

Neste contexto, de fundamental importância compreender que, na precisa lição de Norberto Bobbio (1992, p. 5), os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos nascidos de modo gradual em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes. Afinal, a partir da conscientização social, gradualmente, começou-se a questionar a dominação fundada no poder do Estado absolutista e da classe social detentora da propriedade privada, surgindo, durante a Idade Média, os ideais que contribuíram para as declarações de direitos comuns a todos (SILVA, 2004, p. 151).

Difundiu-se, então, a preocupação crescente em se limitar o poder como forma de se assegurar uma sociedade livre de arbitrariedades. Os direitos fundamentais apresentam sua gênese na concepção humana de que a liberdade é o bem mais precioso à existência digna da vida e não representa tão somente a condição individual do ser humano de poder se locomover, o direito de ir e vir. Não se pode deixar de lado preciso ensinamento de Del Pozzo (1962, p. 7), para quem a liberdade pessoal consiste em bem jurídico de natureza distinta, originado da integração da soma de interesses à proteção, não sendo a integridade física nem fundamental, nem indicativa, nem representativa. Isso porque a liberdade pessoal implica o homem em sua inteireza, incluindo a sua espiritualidade, e é um caráter fundamental da humanidade: o *status libertatis* tido como situação jurídica inerente ao indivíduo. Trata-se de expressão bastante ampla e que, a partir da evolução histórica da humanidade, passou também a ser encarada em relação ao indivíduo e ao Estado (MATTOS JÚNIOR, 2009, p. 19-20).

Importante avanço, sob essa ótica, decorreu das Declarações Americanas, a partir da independência das colônias, com destaque para a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 1776. Ainda, de salutar importância para o desenvolvimento dos direitos

fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789⁴, no contexto da Revolução Francesa, bem como, já no século XX, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)⁵, após a Segunda Guerra Mundial (RUIZ, 2006, p. 140). Tratam-se de declarações de direito, em âmbito internacional, que surgiram na forma de proclamações solenes que estatuariamente numeravam os direitos (SILVA, 2004, p. 175).

No Brasil, Thiago Ruiz (2006, p. 145) indica como marco inicial dessa busca à liberdade o ano de 1789, a partir da Inconfidência Mineira em que se clamava um forte grito de liberdade contra o despotismo da Metrópole, seguida da Inconfidência Baiana de 1798. No mais, a Constituição Federal de 1824, logo após a Independência do Brasil, trazia em seu Título VIII disposições acerca dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, tendo por fundamento a liberdade⁶. Já em 1832, o Código de Processo Criminal⁷ trouxe expressamente a primeira previsão legislativa do habeas corpus no Brasil.

Cumpre destacar, neste ponto, a previsão constitucional na atual Carta Constitucional, promulgada em 1988, da liberdade como direito fundamental, prevista no caput do art. 5º. Prevê-se que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, com prevalência dos direitos humanos e respeito à dignidade da pessoa humana. A liberdade, nesse contexto, é tida como um direito natural do homem, o único direito nato no qual todos os outros estão implícitos (POLETTI, 2005, p. 6).

As situações que impõem restrições da liberdade em detrimento da coletividade devem, portanto, ser fundamentadas, haja vista que a liberdade no ordenamento jurídico brasileiro é regra e a sua restrição, a exceção (NUCCI, 2017, p. 26). Assim, as hipóteses de privação da liberdade pessoal devem visar o equilíbrio entre os indivíduos no convívio social e ser taxativamente previstas em lei, em obediência aos rigorosos limites impostos pelo Estado Democrático de Direito, sob pena de grave violação ao direito fundamental à liberdade individual que configura, como visto, uma garantia constitucionalmente assegurada.

⁴ De acordo com o art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo, de modo que o exercício dos direitos naturais de cada homem tem por limites apenas o gozo dos mesmos direitos pelos demais membros da sociedade, o que deve ser previsto em lei.

⁵ Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem assevera que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, bem como prevê que todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (art. 3º).

⁶ O inciso VIII do art. 179 da Carta Constitucional de 1824 previa que ninguém poderia ser preso sem culpa formada, sem ordem escrita de autoridade, e incumbia ao juiz contar ao réu o motivo de sua prisão, o nome do acusador e suas testemunhas, salvo nos casos de flagrante delito.

⁷ O art. 340 do Código de Processo Criminal (1832) dispunha que “Todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de habeas corpus em seu favor”. A primeira previsão expressa do remédio constitucional, porém, ocorreu com a Constituição Republicana de 1891, certo que esteve presente em todas as constituições seguintes.

1.4 A privação da liberdade como meio de sanção jurídica

Em valioso ensinamento, Edgar Bodenheimer (1980, p. 231) entende que a ordem social é justa na medida em que concede aos homens, além da liberdade, outros direitos fundamentais, como o direito à vida e à segurança pessoal, que contribuam para o mais completo desenvolvimento das faculdades construtivas das pessoas. Ocorre que esses direitos não são absolutos e seu exercício está condicionado às exigências sociais, cabendo ao Estado estabelecer como devem ser exercidos em consonância com os interesses do bem comum.

Assim, as normas e disciplinas reduzem o livre arbítrio humano ao suficiente para manter o homem sob equilíbrio em relação às regras de conduta que lhe são impostas (HENTZ, 1996, p. 51). De fato, a aceitação de elementos de coerção da vontade humana depende do pleno conhecimento das condições necessárias e suficientes para a formação destes, de modo que o encontro do ponto de equilíbrio entre o aspecto positivo e o negativo da liberdade⁸ é o ideal a ser alcançado. Cabe à justiça, neste passo, exigir o equilíbrio e a divisão proporcional das liberdades, com base no que a lei distingue *a priori* como sendo autorizado e proibido, atividade típica do Estado.

Portanto, no que tange à liberdade física – objeto do estudo que se segue – as limitações são impostas por intermédio de leis que implicam exceção à liberdade pessoal. Isto é, o Estado cria mecanismos de controle da liberdade individual com vistas ao bem comum na convivência social, de modo que a privação da liberdade física é o meio coercitivo de que se vale o legislador para a obtenção do equilíbrio. Contudo, não se pode olvidar que a privação da liberdade, como ato praticado *ex vi legis* pelo Estado, em que pese consista em um poder, deve obedecer a princípios gerais e se sujeitar a limites traçados previamente pelo legislador (HENTZ, 1996, p. 52).

As leis impositivas de limitação à liberdade física decorrem do poder-dever do Estado de reprimir as condutas ilícitas e prejudiciais ao interesse público, embora as penas preexistiam à proteção da liberdade fundamental do homem. Afinal, o poder de sanção somente recaiu sobre a liberdade após esta receber a proteção estatal e se consagrar como direito do cidadão contra o Estado, ocasião em que o *jus libertatis* passou a ter valor a ponto de sua perda ter sentido jurídico.

⁸ Isaiah Berlin, em renomada obra “Quatro Ensaios Sobre a Liberdade” (1969, p. 32), discorre acerca do conceito de liberdade positiva ou negativa, que se perfaz a partir da interferência de terceiro nas liberdades individuais. Enquanto a liberdade negativa consiste em um espaço em que não se admite a coação, no qual o indivíduo goza sua liberdade, a liberdade positiva, por sua vez, é bem-vinda para garantir que haja liberdade, eis que se trata da busca de objetivos preestabelecidos.

A noção de privação da liberdade pessoal, portanto, está ligada ao reconhecimento da necessidade social de se estabelecerem sanções às transgressões de normas de conduta individual, de modo que a privação passa a ser encarada como sanção jurídica na medida em que pressupõe a violação de uma obrigação (BETTIOL, 1976, p. 70). A sanção que consiste na privação da liberdade tem suas raízes no fato social e por finalidade a garantia da ordem social, o que explica o fato de o castigo dever ser apenas o necessário para o normal funcionamento da sociedade (NOGUEIRA, 1956, p. 17). Daí o fato de a pena, enquanto resposta da sociedade e do legislador, por apreensão da exigência social, se fundar em seu caráter retributivo.

Dessa forma, vê-se que a pena, enquanto sanção jurídica, corresponde à privação da liberdade pessoal, vinculada, pelo legislador, à violação de um preceito legal e tida como consequência jurídica do ato ilícito. Ocorre que a utilização da prisão – objeto do presente estudo – como sanção jurídica aplicada pelo Estado em repressão à conduta individual delituosa ou criminosa, tem suas raízes fincadas em terreno recente da história da humanidade, desde a consagração da liberdade individual como direito fundamental a ser oposto contra o Estado em face de possíveis abusos (HENTZ, 1996, p. 81). No Brasil, a pena de prisão passou a ser disciplinada para suprimir os açoites, a tortura, entre outras penas cruéis, somente com o Código Criminal do Império de 1830 (FRAGOSO, 1980, p. 61).

Faz-se mister observar, neste passo, que a complexidade da temática envolta na prisão prevista no ordenamento jurídico brasileiro – bem como a sua crucial importância para o estudo que se propõe – demanda uma análise atenta para a compreensão de toda a sua sistemática.

1.5 Conceito de prisão

Conforme visto anteriormente, a liberdade pessoal, tida como direito fundamental, não é absoluta, estando seu exercício condicionado às exigências do convívio social. Assim, verifica-se a mitigação do princípio da liberdade a partir do condicionamento realizado pelo Estado, que estabelece as possibilidades de restrição da liberdade – o que evidentemente consiste na exceção à regra – em consonância com os interesses do bem comum. De fato, a pretensão punitiva decorre do direito concreto de punir que surge para o Estado após a prática do delito pelo indivíduo, consistindo na exigência de que o *jus puniendi* estatal prevaleça sobre o direito de liberdade do autor da infração penal (CAPEZ, 2020, p. 103).

Nesse sentido, a prisão ocupa lugar de destaque no ordenamento brasileiro como principal meio de privação da liberdade do indivíduo. A partir da etimologia da palavra, tem-se que o termo prisão deriva do latim *prehensio*, de *pregendere*, que significa “o ato de prender

ou o ato de agarrar uma coisa”. Indica, assim, “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” (SILVA, 1967, p. 1221).

Conforme valioso ensinamento de Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 519):

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta cumprimento de pena.

No mesmo sentido, a prisão, conforme elucida Fernando Capez (2020, p. 497):

[...] é a privação da liberdade de locomoção em virtude de flagrante delito ou determinada 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.

Ademais, a prisão também é objeto de regulamentação pormenorizada pela Constituição Federal, a qual dispõe em seu art. 5º, inciso LXI, que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. Isso torna salutar a excepcionalidade da prisão, somente aceita nos casos previstos em lei e desde que atendidas as formalidades exigidas, bem como a relação intrínseca com o princípio da legalidade.

1.6 Espécies de prisão admitidas na legislação brasileira

Partindo da conceituação da prisão, exposta anteriormente, faz-se necessária a análise das modalidades de privação da liberdade admitidas pelo ordenamento brasileiro.

Primeiramente, levando-se em conta a liberdade ser a regra e a sua privação, a exceção, tem-se que a pena de prisão propriamente dita deve seguir do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Nesse sentido, a prisão-pena, também chamada de prisão penal, consiste na privação da liberdade determinada com a finalidade de executar decisão judicial, após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade. Decorre da imposição do Estado em desfavor daquele que for reconhecidamente culpado por uma sentença. Trata-se, assim, de medida penal destinada à satisfação da pretensão

executória do Estado, sem finalidade acautelatória ou natureza processual⁹ (CAPEZ, 2020, p. 498).

Por outro lado, a decretação da privação de liberdade do indivíduo pode se dar, também, no curso da persecução penal, dando ensejo à prisão sem pena, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual. Em razão de sua natureza processual, pode ser decretada antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, encontrando, para tanto, previsão legal. Novamente, o primado da liberdade como regra impõe a utilização desse instituto com cautela e de forma criteriosa, sob estrita observância dos requisitos e pressupostos necessários.

A prisão provisória, ou processual, se divide em algumas modalidades. Primeiramente, tem-se a prisão temporária, que objetiva assegurar a eficácia da investigação policial em infração penal de natureza grave. Possui previsão na Lei nº 7.960/89 e foi idealizada para substituir, legalmente, a antiga prisão para averiguação, que era utilizada pela polícia judiciária para auxiliar nas investigações (NUCCI, 2020, p. 953). Não se pode olvidar, a partir da previsão constitucional da Carta Magna de 1988, que se faz necessária ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária para que haja a privação de liberdade do indivíduo, não havendo mais total liberdade para a autoridade policial no que tange à prisão temporária.

Conforme disposto na legislação em comento, a prisão temporária tem cabimento quando imprescindível para investigações do inquérito policial, quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, ou quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova, de autoria ou participação do indiciado em crimes considerados graves, nos termos do art. 1º, incisos I a III, da Lei nº 7.960/89. Ademais, a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) possibilitou a decretação da temporária a todos os delitos hediondos e equiparados. Ainda, entende Nucci (2020, p. 955) que a prisão temporária não deve ser decretada apenas em razão de alegada imprescindibilidade ou pela ausência de residência fixa do indicado, nos termos dos incisos I e II do art. 1º, devendo essas circunstâncias ser combinadas com os crimes enumerados no inciso III e outras leis especiais, de natureza grave.

Importante disposição está prevista no art. 2º, que dispõe que a prisão temporária será decretada pelo juiz, por meio de despacho fundamentado, em face da representação da

⁹ O Código Penal Brasileiro adotou a teoria mista ou unificadora para explicar a finalidade da pena de prisão, certo que, por intermédio do art. 59, aduz que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Deve a pena, portanto, reprová-lo mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais, assumindo os objetivos voltados à retribuição, prevenção (especial e geral) e a ressocialização (GRECO, 2017, p. 620). Em que pese a teoria adotada enfrentar duras críticas, sobretudo em razão da falha na suposta “reinserção” do indivíduo à sociedade após a privação da liberdade, essa discussão demandaria uma análise complexa e ultrapassa os limites a que se propõe o presente estudo.

autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. O prazo no caso dos crimes hediondos e equiparados, porém, é de 30 dias. Terminado o prazo estipulado, deve o indiciado ser imediatamente colocado em liberdade, pela própria autoridade policial, independentemente de expedição de alvará de soltura pelo juiz.

Outra modalidade de prisão provisória, ou processual, de grande importância, é a prisão em flagrante. A palavra “flagrante”, nos sempre valiosos ensinamentos de Basileu Garcia (1945, p. 87), provém de palavra grega que significa queimar, de modo que caracteriza o delito que se vê praticar e que assim suscita, no próprio instante, a necessidade de conservar ou restabelecer a ordem jurídica, violada ou ameaçada pelo acontecimento. É o crime que “ainda queima”, está sendo cometido ou acabou de sê-lo (CAPEZ, 2020, p. 520). Trata-se, então, de prisão cautelar de natureza administrativa realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal. Por apresentar natureza cautelar de segregação provisória do agente, exige apenas a aparência da tipicidade, através do *fumus boni juris*, não se exigindo qualquer valoração sobre a ilicitude e culpabilidade. O *periculum in mora* se presume na medida em que a infração está em pleno desenvolvimento (NUCCI, 2019, p. 960).

Possui previsão constitucional (art. 5º, LXI), pode ser realizada por qualquer pessoa e não necessita de mandado de prisão por autoridade judiciária, uma vez que seu fundamento é justamente poder ser constatada a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente. A doutrina divide o flagrante em algumas espécies, tendo por base a previsão do art. 302 do Código de Processo Penal. O flagrante próprio ocorre quando o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou quando acaba de cometê-la, isto é, imediatamente após, ao passo que o flagrante impróprio consiste na situação em que o agente é perseguido, logo após cometer o ilícito, em situação que faça presumir ser autor da infração. Saliente-se que a expressão “logo após”, nesse caso, admite um intervalo entre a prática, a apuração dos fatos e a perseguição, podendo levar até dias, desde que ininterrupta a perseguição (CAPEZ, 2020, p. 520). Tem-se, ainda, o flagrante presumido quando o agente é preso logo após cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração, não sendo necessária a perseguição.

A doutrina adota, ademais, a divisão entre flagrante compulsório, que diz respeito ao dever da autoridade policial e seus agentes efetuarem a prisão, e o flagrante facultativo, que se refere às pessoas comuns. O flagrante preparado ou provocado, por sua vez, tem relação com o crime putativo por obra do agente, que ocorre quando alguém de forma insidiosa provoca o agente à prática delituosa, ao mesmo tempo em que toma providências para que a mesma não

se consuma (JESUS, 1988, p. 176). As circunstâncias previamente preparadas que eliminam totalmente a possibilidade da produção do resultado tornam o crime, nesse caso, impossível¹⁰, sendo a conduta considerada atípica em razão do vício de vontade. Diferentemente, no flagrante esperado a atividade policial consiste em simples aguardo do momento do cometimento do crime, sem qualquer induzimento, sendo possível a prisão em flagrante.

Por fim, a Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013) prevê o flagrante prorrogado como a ação controlada em retardar a intervenção policial relativa à ação praticada por organização criminosa, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações. Ainda, o flagrante forjado ocorre quando são criadas provas de um crime inexistente, ocasião em que, além de não existir crime, o responsável será responsabilizado.

A lavratura do auto de prisão em flagrante se dará pela autoridade competente após oitiva do condutor da prisão, testemunhas e interrogatório do acusado, devendo a prisão ser comunicada imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso. Ao receber o auto de prisão, no prazo máximo de 24 horas, o magistrado deverá promover audiência de custódia e adotar uma das medidas previstas no art. 310, do CPP. Deverá, então, relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva, desde que presentes os requisitos do art. 312, CPP e se forem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas, ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Saliente-se que a não realização da audiência de custódia em 24 horas, sem motivação idônea, ensejará a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, conforme inovação da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019).

A partir disso, faz-se necessário compreender o instituto da prisão preventiva, a mais abrangente das modalidades processuais de prisão. Trata-se de prisão provisória de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores (CAPEZ, 2020, p. 545). Tem por objetivo garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional, para acautelar ou assegurar a administração da justiça, e somente será decretada após requerimento do Ministério Público, do querelante ou assistente, ou por representação da autoridade policial.

¹⁰ Súmula 145 do STF: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Seu caráter de excepcionalidade já foi assentado, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça¹¹, tendo em vista que reiteradas decisões apontam que a prisão preventiva somente pode ser decretada ou mantida caso demonstrada, com base em elementos concretos dos autos, a efetiva imprescindibilidade de restrição ao direito constitucional de locomoção. Seus pressupostos, portanto, estão associados à necessidade, urgência e insuficiência das demais medidas cautelares diversas da prisão, disciplinadas no art. 319 do CPP.

Os fundamentos para a decretação da prisão preventiva estão elencados no art. 312 do CPP. Primeiramente, essa modalidade é prevista para a garantia da ordem pública, ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, o que consiste no *periculum in mora*. Visa, assim, impedir que o agente, solto, continue a delinquir, ensejando a necessidade de retirá-lo do convívio social mesmo antes do término do processo, e, ao mesmo tempo, a conveniência da instrução se justifica pela finalidade de impedir que o indivíduo perturbe ou impeça a produção de provas.

Também deverá haver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, caracterizando o *fumus boni juris*, e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Isso revela ser imprescindível a demonstração da viabilidade da acusação, haja vista que a prisão preventiva deve estar sempre acompanhada dos requisitos da tutela cautelar. Importante inovação, nesse sentido, foi o final do art. 312, inserido pela Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019), ao incluir como pressuposto indispensável o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Acrescente-se que o §1º do referido dispositivo prevê, também, a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento das obrigações impostas por forças das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319, do CPP.

No mais, o art. 313 elenca as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, que será admitida somente nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos; se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado; se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la. Saliente-se que é vedado, expressamente, a decretação da preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal, da apresentação ou recebimento de denúncia.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 78.474/RS, 2016/0300654-4. Sexta Turma. Rel.: Min. Sebastião Reis Júnior. Data de Julgamento: 16/03/2017. Data de Publicação: DJe 23/03/2017.

A Lei Anticrime inovou, ainda, ao dispor, no §2º do art. 312, que a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. Ressalte-se que o art. 315, por sua vez, dispõe que não será considerada fundamentada a decisão judicial que decretar prisão preventiva de forma padronizada e genérica, sem esclarecimentos e apontamentos de provas concretas existentes para justificar a medida que, como visto anteriormente, não pode ser dissociada de seu caráter excepcional. Houve inovação pela Lei 13.964/2019, também, diante da previsão no art. 316 de que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, revogar a prisão preventiva se verificar falta de motivo para que ela subsista no decorrer da investigação ou do processo, devendo o órgão emissor da decretação da prisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 dias, mediante decisão fundamentada, sob pena de tornar a prisão ilegal.

Conforme se observa claramente, a amplitude da prisão preventiva representa grande variedade de situações que possibilitam a privação da liberdade individual de forma cautelar, antes da sentença transitada em julgado. Resultado disso é o enorme número de presos provisórios no Brasil, representando cerca de 33% do total de encarcerados, conforme dados do Levantamento de Informações Penitenciárias (Infopen), do Departamento Penitenciário Nacional (BRASIL, 2019), com conseqüente caos no sistema prisional brasileiro, marcado pela superlotação e precárias condições de existência da pessoa humana.

Essa situação, evidentemente, enseja o debate e reflexão acerca da vulgarização da prisão provisória no Brasil e a forma como o instituto tem sido aplicado pelos operadores do Direito, bem como a falta de políticas públicas destinadas ao sistema prisional e o fracasso na tentativa de tornar a prisão um espaço possibilitador da reintegração social. Não se ignora, outrossim, os intensos efeitos nocivos advindos da privação de liberdade tal como estabelecida no Brasil, sendo inequívoco o acerto de Louk Hulsman e Jacqueline Bernat Celis (1993, p. 62), ao asseverarem que a prisão, para além da retirada do homem do mundo normal da atividade e afeto, é a entrada num universo artificial em que tudo é negativo, impondo um sofrimento estéril, eis que ninguém extrai qualquer benefício do encarceramento: nem o preso, nem sua família, nem a sociedade. Contudo, essa discussão enseja análises mais profundas e foge ao alcance do objetivo proposto por esse trabalho.

Destarte, restam devidamente analisadas – ainda que de forma breve – as modalidades de prisão admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para a prisão-pena após a sentença penal condenatória transitada em julgada, e as diversas espécies de prisão cautelar. Com efeito, este tópico se limitou a abordar as principais prisões processuais – em flagrante,

temporária e preventiva -, haja vista sua importância para o estudo que se propõe, mas não se olvida outras modalidades, como a prisão domiciliar, disciplinada pelo art. 318 do CPP, prisão civil, entre outras.

1.7 A prisão ilegal

A construção até aqui feita permite concluir que, da mesma forma que o direito à liberdade individual é protegido pelo Estado, suas limitações devem ser formalmente preestabelecidas, primeiramente, através da instituição de uma Carta Política que preveja e tutele tal direito. O reconhecimento da liberdade consiste, assim, no pressuposto do princípio do Estado Democrático de Direito, embora, por ser condicionada pela lei, não é absoluta e esbarra no poder estatal, encarregado de manter a ordem e a paz pública (FRANCO, 2012, p. 204).

A excepcionalidade da prisão como meio de privação da liberdade, então, se revela através da exigência de estrita observância dos requisitos e formalidades necessários para a sua decretação. Afinal, é mandamento constitucional, previsto no art. 5º, inciso LXI, da Carta Magna, que “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”.

Nesse sentido, salutar reconhecer que a principal ilegalidade observada na prisão está relacionada à permanência do indivíduo em privação de liberdade além do tempo fixado na sentença condenatória. Trata-se, inclusive, de previsão constitucional, nos termos do art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, que prevê que o Estado indenizará o indivíduo nessas situações.

Saliente-se, também, a previsão do Código de Processo Penal no capítulo destinado à revisão criminal, a qual consiste em ação de impugnação de competência originária dos tribunais que pode ser requerida a qualquer tempo e se destina a rescindir uma sentença transitada em julgado (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 1717). A revisão é admitida quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos fatos, quando se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos, ou quando, após a sentença, forem descobertas novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena, nos termos do art. 621.

Destarte, quando estiver presente uma das situações descritas no art. 621 do CPP, estará configurada a prisão ilegal do acusado, o que conduzirá à imediata absolvição e relaxamento

da prisão se for o caso. Não bastasse, é assegurado ao réu, consoante art. 630, requerer justa indenização pelos prejuízos sofridos pela prisão ilegal, a ser paga pela União ou Estado e liquidada no juízo cível.

Contudo, faz-se necessário observar que o conceito de prisão ilegal é bastante amplo e não fica restrito às hipóteses citadas¹². Afinal, entende-se por prisão ilegal, em sentido estrito, a modalidade de privação de liberdade promovida pelo Estado sem observância das exigências legais, de modo que não se trata apenas da prisão decorrente de uma condenação injusta, mas sim toda privação injustificada da liberdade, seja antes ou depois do trânsito em julgado de sentença condenatória, bem como o excesso no tempo de cumprimento da prisão, não observância do devido regime de pena, entre outros (FRANCO, 2012, p. 206).

No mesmo sentido, precisa é a lição de Rui Stoco (2004, p. 1038) ao definir a prisão ilegal como sendo “aquela que ocorreu de forma ilegítima e abusiva em desobediência à realidade fática e aos requerimentos formais”. Entende-se por prisão ilegal, assim, aquela decretada sem a devida justificativa e sem observar o preenchimento dos requisitos formais e materiais necessários, de modo a constituir ato atentatório ao *status liberatis* do indivíduo.

De fato, o devido processo legal e seus princípios inerentes implicam a impropriedade de toda prisão levada a termo sem a observância das regras processuais, certo que a ilegalidade ou abuso do poder acoimam de nulidade o ato prisional, impondo a soltura imediata do preso (HENTZ, 1996, p. 91-92). Nesse diapasão, é na custódia preventiva que mais sobressai o alto risco em que incorre o Estado no exercício do poder de privação da liberdade pessoal.

Afinal, o zelo pelos requisitos e pressupostos legais é, evidentemente, ainda mais necessário quando se trata de prisão processual, que ocorre, como visto, quando o indivíduo é privado de liberdade antes de sentença penal condenatória transitada em julgado. Isso decorre da premissa de que, sobretudo na situação em que a autoria e materialidade do delito não foram asseveradas por sentença da qual não cabe mais recurso, a privação da liberdade individual somente pode se dar mediante comprovação do estrito cumprimento das exigências legais e hipóteses de cabimento, tendo em vista o risco maior de o indivíduo não ser condenado e ter sua liberdade privada de forma ilegal.

¹² No que concerne à confusão terminológica que se estabelece entre as expressões “prisão indevida” e “prisão ilegal”, João Honório de Souza Franco (2012, p. 205) esclarece que a primeira ocorre nos casos previstos pelo art. 5º, LXXV, da Constituição Federal, que engloba o erro judiciário e permanência além do tempo fixado na sentença. O conceito de “prisão ilegal”, por sua vez, consiste em todas as formas não abrangidas pela prisão indevida, isto é, modalidades de prisão decretadas fora dos parâmetros estabelecidos em lei. Para fins do presente trabalho, a responsabilidade civil do Estado será analisada em face das duas modalidades de injusta privação do indivíduo.

Deve-se ter em conta, neste diapasão, o risco proveniente da decretação da prisão provisória em razão de se tratar, dado seu caráter urgente de medida cautelar, de uma mera cognição sumária (LIMA, 2011, p. 38). É inviável exigir do juiz, nesse momento, um desenvolvimento de atividade cognitiva com o mesmo grau de profundidade daquela desenvolvida para o provimento definitivo, o que explica o risco maior de ilegalidade atrelada à prisão processual. No mesmo sentido, elucida Luiz Antônio Soares Hentz (1996, p. 90-91) que a peculiar natureza da prisão cautelar explica a ocorrência mais corriqueira da indevida privação de liberdade, haja vista a ausência de aferimento do seu exato cabimento em vista de ter ou não o indivíduo cometido o crime que se lhe imputa. A prisão, nesse contexto, se comporta como cautela preventiva em favor da sociedade, a garantia do desenrolar seguro do processo, de modo que, uma vez que a análise das condições do delito e da situação de seu autor serão dilucidadas no decorrer do processo, a prisão cautelar constitui fonte fértil de erros e causa frequente de prejuízos aos interesses particulares, sob pretexto da proteção da sociedade.

Destarte, esse juízo preventivo e cautelar, em que não se promove a efetiva equiparação do imputado ao culpado, revela o caráter incerto da medida de privação de liberdade individual que “antecipa os efeitos da pena” (HENTZ, 1996, p. 98). Medida esta que, no entender de Del Pozzo (1962, p. 97), se paga, infelizmente, em moeda de justiça quando o imputado, em lugar de culpado, é inocente e sofreu, como tal, uma medida análoga à pena.

Com base nisso, é possível verificar que a não observância dos diversos requisitos legais exigidos para as prisões processuais – examinados no tópico anterior – enseja o reconhecimento de que a privação da liberdade se deu de forma ilegal. Sobretudo no caso da prisão preventiva, a mais ampla das modalidades processuais de prisão, em que os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal devem ser devidamente observados pelo juiz para a decretação da medida, salientando o caráter subjetivo, muitas vezes, de referidos pressupostos, especialmente no que tange às expressões de conteúdo genérico como “garantia da ordem pública”, “conveniência da instrução criminal”, “assegurar a aplicação da lei penal”, entre outros.

Ademais, fundamental reconhecer que a previsão inovadora do art. 316, § único do CPP, após a Lei Anticrime, prevê como ilegal a prisão preventiva cuja necessidade de manutenção não seja revisada a cada 90 dias pelo órgão emissor de sua decretação, mediante decisão fundamentada.

Destaca-se, também, a previsão no Capítulo concernente à prisão em flagrante, no sentido de que, recebido o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de 24 horas deverá o juiz promover a audiência de custódia para, então, relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva ou conceder liberdade provisória. Consoante §4º do art. 310, se

transcorridas 24 horas após referido prazo, a não realização da audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente. No mesmo sentido, a prisão decretada após flagrante forjado, ocasião que se são criadas provas de um crime inexistente, conforme já mencionado, consiste, inequivocamente, em uma modalidade de prisão ilegal.

De mais a mais, outras situações específicas de ilegalidade da prisão merecem destaque para o presente estudo. Rui Stoco (2004, p. 1030) ressalta a hipótese em que o indivíduo é mantido preso injustamente, sem motivo aparente, ou detido pela autoridade policial em manifesto abuso de poder, bem como a hipótese em que cumpre pena de outro indivíduo, seu homônimo.

Tem-se, ainda, a impossibilitação de que o condenado progrida do regime mais rigoroso ao mais brando no cumprimento de pena privativa de liberdade, quando satisfeitas as condições objetivas e subjetivas para tanto. Ressalte-se, também, a hipótese em que não foram reconhecidas nulidades ou vícios processuais manifestos na instrução processual, tal como a admissão de provas ilícitas ou delas derivadas, causando sérios constrangimentos e injustiças para o apenado de forma ilegal. Do mesmo modo, configura ilegalidade da prisão por excesso de prazo na instrução criminal, sob a genérica e infundada justificativa por expressões como “razoabilidade” e “significância do caso”, bem como quando ultrapassado o limite de 40 anos de cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 75 do Código Penal (MAIA NETO, 2004, p. 13).

Diante de tudo isso, revela-se de salutar importância a proteção constitucional contra a prisão ilegal (art. 5º, inciso LXV), haja vista a necessidade de garantir o direito à liberdade inerente ao indivíduo em face do ato atentatório à dignidade da pessoa humana consubstanciado na decretação da privação da liberdade sem a devida observância de todos os seus pressupostos e requisitos.

O ilustre jurista português Canotilho (1974, p. 219), nesse contexto, reforça que o ataque à liberdade do cidadão coincide com o dever e o direito do Estado em combater as atividades penalmente proibidas, a justificar inclusive a custódia cautelar. Afinal, o dever de zelar em prol da ordem pública recomenda a adoção da prisão cautelar pelo Estado. No entanto, não se pode olvidar dos pesados encargos que podem advir da prisão preventiva quando tornada materialmente injusta, seja por qual motivo for, de modo que o risco assumido pelo Estado deve estar condicionado ao direito vigente e de modo a dispor o eventual prejudicado de instrumentos de reparação dos danos injustamente sofridos. Isso porque quando se trata da prisão ilegal, o resultado lesivo prepuja em importância todos os danos possíveis de perpetração por desastrosa

atuação do Estado, dado o ferimento da liberdade, bem supremo do homem (HENTZ, 1996, p. 88).

Desta feita, conforme bem elucidada Yussef Said Cahali (2011, p. 600), impõe-se ao Estado de Direito o reforço da garantia dos direitos individuais do cidadão, de modo a coibir a prática de qualquer restrição ilegal à liberdade individual, fazendo resultar dela a responsabilidade do Estado pelos danos causados. Para tanto, contudo, faz-se necessário compreender com profundidade o instituto da responsabilidade civil do Estado, objeto de estudo a que se propõe o capítulo seguinte.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.1 Pressupostos da responsabilidade civil do Estado

Mostra-se de fundamental importância, para o estudo proposto, a compreensão efetiva do instituto da responsabilidade civil do Estado e seus pressupostos configuradores. Trata-se, em linha gerais, da obrigação imposta ao Estado de reparar danos causados a terceiros em decorrência de suas atividades ou omissões (MEDAUAR, 2018, p. 365), isto é, em virtude de danos provocados pelos seus agentes públicos no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las¹³. De se ressaltar que esta responsabilidade estatal engloba o desempenho das funções administrativa, legislativa e judicial, haja vista que todos os poderes integram uma única pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações no ordenamento jurídico pátrio (BALTAR NETO; TORRES, 2020, p. 497).

Cumprido destacar, por oportuno, que o dever de ressarcir particulares por danos causados consiste na manifestação da responsabilidade extracontratual, tendo em vista que não decorre de qualquer contrato ou vínculo anterior com o sujeito indenizado. Entende Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1021), assim, que a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado consiste na obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos. Nesse sentido, em que pesem as prerrogativas do Estado em vistas à supremacia do interesse público em face dos interesses privados, a atuação do ente público perante o cidadão também deve observar uma série de limitações e respeito ao princípio da isonomia, o que leva a um maior rigor no que tange ao tratamento dos danos causados pelo Estado em suas atividades (CARVALHO, 2017, p. 337).

Para tanto, faz-se necessário observar os pressupostos inafastáveis do instituto da responsabilidade civil. Primeiramente, tem-se a ocorrência da conduta, caracterizada pela ação ou omissão humana imputável ao Estado ou à pessoa de Direito Privado prestadora de serviços

¹³ Neste passo, cumpre esclarecer que não se pode confundir a responsabilidade civil por danos causados pela atuação estatal com o sacrifício de direitos promovidos pelo Poder Público. Esta hipótese refere-se ao dever de indenizar os particulares nos casos em que a ordem jurídica confere ao Estado o poder de investir diretamente contra o direito de terceiros, sacrificando certos interesses privados e convertendo-os em sua correspondente expressão patrimonial (MELLO, 2015, p. 1022). Nestes casos, a exemplo da desapropriação, servidão, requisição, entre outros, a prerrogativa é conferida pela própria ordem jurídica, mediante o devido processo legal e indenização.

públicos. Pode ser, assim, ato lícito ou ilícito, e não necessariamente jurídico, conforme preciso ensinamento de Edmir Netto de Araújo (2010, p. 788):

O primeiro dos elementos da “equação” da responsabilidade civil do Poder Público é representado pela constatação de que um ato (ou omissão) humano é imputável ao Estado ou à entidade de direito privado que presta serviços públicos. No entanto, para deflagrar esse tipo de responsabilidade, não é necessário que seja um ato *jurídico* (que é aquela declaração de vontade feita na forma que o ordenamento jurídico prescreve para produzir efeitos jurídicos determinados), pois pode o dano ao administrado ser decorrente de atos ou omissões *materiais* do agente causador do prejuízo (no caso, apenas *fato* jurídico), e talvez na maioria dos casos seja isso o que ocorre, além do fato de que, em certas hipóteses, como vimos há pouco (coisas e atividades a cargo do Estado), nem mesmo a identificação de um agente seja necessária para configurar a responsabilidade estatal.

Ademais, a responsabilização estatal exige a ocorrência de prejuízo alheio, o dano. O dano resulta, aproveitando lição do ilustre Yussef Said Cahali (2007, p. 78), de um ato doloso ou culposo do agente público, bem como do ato que, embora não culposo, seja caracterizado como injusto para o particular, lesivo ao seu direito subjetivo. Deve ser o dano indenizável, qualificado e detalhado em sua expressão econômica (ARAÚJO, 2010, p. 794).

Saliente-se que a indenização do dano, consoante entendimento de Hely Lopes Meirelles (2016, p. 791), deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da Administração – o dano emergente e os lucros cessantes -, bem como honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora, em caso de atraso. Não se pode esquecer, também, da possibilidade de dano de natureza não patrimonial, o dano moral, a ser deferido isolada ou cumulativamente com o dano material.

Por fim, elemento indispensável para a responsabilização civil do Estado consiste no nexo causal, também chamado de nexo de causalidade, que se remete à referibilidade jurídica ao Estado do evento danoso, essencial para a fixação de responsabilidade e consequente obrigação de indenizar (ARAÚJO, 2010, p. 790-791). Trata-se da relação de causa e efeito estabelecida, isto é, o elo de ligação entre a conduta do ofensor e o resultado danoso perpetrado, devendo o prejuízo reclamado pelo administrado, destarte, ser decorrência direta ou indireta da ação ou omissão do Poder Público, haja vista que não pode o Estado ser obrigado a indenizar caso inexista vínculo entre a sua atividade e o dano causado.

2.2 Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado

Com efeito, a fim de uma completa compreensão acerca do instituto da responsabilidade civil do Estado, faz-se necessário o estudo de sua evolução histórica, marcada pela busca crescente da proteção do indivíduo e da limitação da atuação estatal. Buscar-se-á, então, examinar as teorias e fases adotadas até se chegar ao atual estágio de responsabilidade admitida pela previsão normativa, doutrinária e jurisprudencial.

2.2.1 Teoria da irresponsabilidade do Estado

Inicialmente, prevalecia a fase da irresponsabilidade estatal, atrelada diretamente ao período absolutista em que se perpetuava a ideia de soberania. O poder absoluto do Rei ou Monarca se fundava, de acordo com certas convicções, na teoria divina dos reis, que eram tidos como representantes de Deus e agiam em seu nome. Trata-se da teoria que prevaleceu nos primórdios do Estado despótico e absolutista, em que o soberano estava acima das leis e, por isso, os monarcas e agentes não respondiam, em nenhum caso, pelos danos causados aos súditos (DIAS, 2006, p. 784).

Conforme pontua Maria Sylvia Zanella de Pietro (2020, p. 1490), o Estado dispunha de autoridade incontestável perante o súdito, exercia a tutela do direito e, por isso, podia agir contra ele. Responsabilizar o Estado, portanto, significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania.

Contudo, a fase da irresponsabilidade do Poder Público logo começou a ser combatida, sobretudo diante do advento da teoria do Estado de Direito, segundo a qual deveriam ser a ele atribuídos os direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas (CARVALHO FILHO, 2020, p. 1028). Essa doutrina foi inteiramente superada a partir do momento em que as últimas nações que a sustentavam, Inglaterra e Estados Unidos, abandonaram-na, respectivamente, através do *Crown Proceeding Act*, de 1947, e pelo *Federal Tort Claims Act*, de 1946 (MEIRELLES, 2016, p. 780).

2.2.2 Teorias civilistas da responsabilidade com culpa

Superada a fase da irresponsabilidade estatal, vivenciou-se a etapa de responsabilização do Estado com fundamento na culpa dos agentes públicos, isto é, responsabilidade subjetiva, dando início à fase civilista, tendo em vista que se adotavam, para admitir a responsabilidade

do Estado, os princípios do Direito Civil apoiados na ideia de culpa (DI PIETRO, 2020, p. 1491).

Primeiramente, procedeu-se à distinção dos atos de império, coercitivos por decorrerem do poder soberano do Estado e das prerrogativas e privilégios estatais, dos atos de gestão, em igualdade com os particulares para conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para gestão de seus serviços. Nesse sentido, os atos de império pressupõem a posição de supremacia do Estado em relação ao particular, motivo pelo qual não seria responsabilizado por eventuais danos, ao passo que nos atos de gestão o Estado se despe da autoridade e atua em igualdade com o particular, o que abre caminho para sua responsabilidade com fundamento no Direito Civil (OLIVEIRA, 2020, p. 1134). Conforme precisa lição de Yussef Said Cahali (2007, p. 20), o Estado, agindo na qualidade de poder supremo, supraindividual, praticava atos de império incólumes a qualquer julgamento, insuscetíveis de gerar direito à indenização mesmo quando danosos para os súditos.

Diante disso, superando a teoria da irresponsabilidade, passou-se a admitir a responsabilidade civil do Estado quando decorrente de atos de gestão, dependendo, para tanto, da identificação do agente público e da demonstração da sua culpa, o que dificultava, na prática, a reparação dos danos suportados pelas vítimas. Afinal, essa teoria transfere ao lesado a difícil missão de diferenciar, no caso concreto, o ato de império do ato de gestão e de identificar a conduta dolosa ou culposa do agente público responsável pelo prejuízo (BALTAR NETO; TORRES, 2020, p. 498). Por isso, é possível afirmar que a concepção civilista da responsabilidade estatal não satisfazia às exigências da justiça social (DERGINT, 1994, p. 38).

2.2.3 Teorias publicistas

Em valioso ensinamento, Maria Sylvia Zanella de Pietro (2020, p. 1492) elucida que o primeiro passo no sentido da elaboração de teorias de responsabilidade do Estado segundo princípios do direito público se deu pela jurisprudência francês, a partir do famoso caso Blanco, em 1873. A menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua na cidade de Bordeaux, foi atingida por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. Diante do ocorrido, seu pai promoveu ação civil indenizatória com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. O Tribunal de Conflitos da França, então, diante do conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, uma vez que seria apreciada a responsabilidade decorrente do

funcionamento do serviço público. Entendeu-se, então, que a responsabilidade do Estado não pode se reger pelos princípios do Direito Civil, tendo em vista que se sujeita a regras especiais que variam de acordo com as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.

A partir disso, a doutrina do Direito Público se propôs a resolver a questão da responsabilidade civil da Administração através de princípios objetivos, expressos na teoria da responsabilidade sem culpa ou fundados numa culpa especial do serviço público quando lesivo de terceiros (MEIRELLES, 2016, p. 780). Surgiram, então, as teorias publicistas da responsabilidade do Estado: teoria da culpa do serviço, ou da culpa administrativa, e teoria do risco, dividida em risco administrativo e teoria do risco integral.

2.2.3.1 Teoria da culpa administrativa

A teoria da culpa administrativa, ou culpa do serviço, ou ainda *faute du service*, criada pela jurisprudência francesa, consiste no primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu (MEIRELLES, 2016, p. 781). Leva em conta a irregularidade do funcionamento do serviço para dele inferir a responsabilidade estatal, sendo, portanto, o fato gerador da responsabilidade o “funcionamento defeituoso do serviço”, que independe de culpa do agente público (FRANCO, 2012, p 61).

Geralmente, a “falta do serviço” consiste em ato ilícito de um agente público, mas o conceito engloba, também, as “faltas anônimas”, em que não se identifica um agente certo. Nesse sentido, a culpa administrativa é do próprio serviço público que, funcionando inadequadamente, produziu o dano (DERGINT, 1994, p. 39-40). Por isso, não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, limitando-se a perquirir a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Deveria a vítima, portanto, comprovar apenas o mau funcionamento do serviço público, mesmo que fosse impossível apontar o agente que o provocou.

Conforme ensinamento de Paul Duez (1927, p. 15), doutrinador clássico responsável por consagrar a teoria, a falta do serviço podia se consumir de três maneiras: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço. Em qualquer uma dessas formas, a falta do serviço implicava o reconhecimento da existência de culpa, ainda que atribuída ao serviço da Administração.

A culpa exigida para a configuração dessa responsabilidade, portanto, não se trata do tradicional instituto do Direito Civil, mas sim uma culpa especial da Administração, a que se

convencionou chamar de “culpa administrativa”. Em que pese o nítido avanço, há de se reconhecer que essa teoria ainda traduz dificuldades práticas às vítimas, que precisam comprovar a falta do serviço para obter a indenização.

2.2.3.2 Teoria do risco administrativo

Sem abandonar a teoria da culpa administrativa, o Conselho de Estado Francês passou a adotar, em determinadas hipóteses, a teoria do risco, que serve de fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado. Conforme ensinamento de Maria Sylvia Zanella de Pietro (2020, p. 1493), essa doutrina se baseia no princípio da igualdade perante os encargos sociais, com raízes na Declaração dos Direitos do Homem, de 1789¹⁴. Sob essa perspectiva, assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos.

A origem dessa teoria está associada à percepção da posição de destaque do Estado, sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso, ao passo que o indivíduo mantém posição de subordinação, ainda que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Diante disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades (CARVALHO FILHO, 2020, p. 1030). Baseia-se, destarte, no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais (MEIRELLES, 2020, p. 781).

Nessa teoria, a ideia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcional bem ou mal, de forma regular ou irregular (DI PIETRO, 2020, p. 1494). A teoria do risco administrativo, então, faz surgir a obrigação de indenizar unicamente a partir do dano injusto sofrido pelo particular e o ato lesivo da Administração, não se exigindo qualquer falta do serviço público, tampouco culpa de seus agentes (MEIRELLES, 2016, p. 781).

Oportuno, nesse passo, transcrever elucidação de Amaro Cavalcanti (2006, p. 800):

[...] assim como a igualdade dos direitos, assim também a igualdade dos encargos é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados. Portanto, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado, a fim de

¹⁴ Art. 13: Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades;

que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça comutativa: *Quod omnestangit ab omnibus debet supportari*.

Difunde-se, assim, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, entendida como a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem, bastando, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano (MELLO, 2015, p. 1034). É objetiva, justamente, por prescindir dos elementos subjetivos, isto é, dolo ou culpa. Neste diapasão, precisa a elucidação de Di Pietro (2020, p. 1494) quanto aos pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado: a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; b) que esse ato cause dano específico e anormal; c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano.

De se ressaltar que no caso de atos ilícitos, comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade, ao passo que nos atos lícitos, entende-se que o fundamento da responsabilidade estatal reside na isonomia e na garantia de uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, de modo a evitar que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos (MELLO, 2015, p. 1035).

Ademais, saliente-se que a teoria do risco administrativo, em que pese dispensar a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Afinal, essa teoria não implica responsabilização da Administração sempre e em qualquer caso, mas significa, apenas, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração (MEIRELLES, 2016, p. 782).

2.2.3.3 Teoria do risco integral

Entende-se a teoria do risco integral como uma vertente extremada da doutrina do risco administrativo, pela qual a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Isso significa que o Estado seria responsável sempre que presente o evento lesivo, não se admitindo excludentes ou atenuantes de responsabilidade. Entende José dos Santos Carvalho Filho (2020, p. 1030) que a responsabilização independe do nexo causal e ocorre até mesmo quando a culpa é da própria vítima.

No que tange à distinção da teoria do risco integral com a teoria do risco administrativo, oportuna a lição de Yussef Said Cahali (2007, p. 40):

[...] a distinção entre risco administrativo e risco integral não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades de risco pretendidas, mas simplesmente em função das consequências irrogadas a uma outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, efeito que seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção.

Em razão das graves consequências ao Estado que seriam acarretadas pela teoria do risco integral, é considerada modalidade exacerbada da doutrina do risco administrativo, repudiada pela maioria e inadmitida na prática, por conduzir ao excesso e à injustiça social (FRANCO, 2012, p. 88). Todavia, em que pese jamais ter sido acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro, parcela da doutrina e da jurisprudência defende a adoção do risco integral em situações excepcionais, nas quais a responsabilidade incide independentemente da ocorrência das circunstâncias que normalmente seriam consideradas excludentes de responsabilidade. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de danos causados por acidentes nucleares (art. 21, XXIII, “d”, da Constituição Federal), bem como em danos decorrentes de atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, conforme previsão da Lei nº 10.744/03 (DI PIETRO, 2020, p. 1496).

Cumprido mencionar, ainda, o recente desenvolvimento da teoria do risco social, conforme elucidada Carvalho Filho (2020, p. 1031), segundo a qual o foco da responsabilidade civil é a vítima, e não o autor do dano, de modo que a reparação estaria a cargo de toda a coletividade, ensejando a socialização dos riscos. Entende-se que seria um aspecto específico da teoria do risco integral, mas que poderia provocar insegurança jurídica e graves agressões ao erário, tendo em vista o caráter genérico da responsabilidade.

2.3 Responsabilidade civil do Estado na Constituição Federal de 1988

Com efeito, a responsabilidade civil do Estado está consagrada no art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, que adotou a teoria do risco administrativo, nos seguintes termos: “Art. 37, § 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 de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

O dispositivo em comento seguiu a linha traçada pelas Constituições anteriores, estabelecida inicialmente pela Carta Magna de 1946, e, abandonando a teoria subjetiva da culpa, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo. Entende Hely Lopes Meirelles (2016,

p. 784) que referida diretriz constitucional harmoniza os postulados da responsabilidade civil da Administração com as exigências sociais contemporâneas, sobretudo em vista do complexo mecanismo do Poder Público, que cria riscos para o administrado e o amesquinha nas demandas contra a Fazenda Pública, pela hipertrofia dos privilégios estatais.

Cumprido ressaltar, neste passo, a disposição do Código Civil de 2002, em seu art. 43, no sentido de que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores de dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”. Apesar de restar incontroversa a adoção da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, em harmonia com a Constituição Federal, o diploma civil se mostra atrasado ao deixar de fazer referência às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (DI PIETRO, 2020, p. 1498).

Depreende-se, da leitura da norma constitucional, a compreensão de duas regras: a responsabilidade objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva do agente público. A responsabilidade objetiva exige, para sua configuração, a ocorrência de uma série de fatores.

Primeiramente, o ato lesivo deve ser praticado por agente de pessoa jurídica de direito público¹⁵ ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos, categoria que consiste em inovação pela Carta Magna de 1988. A intenção do constituinte foi a de igualar, para fins de sujeição à teoria da responsabilidade objetiva, as pessoas de direito público e aquelas que, embora ostentem personalidade jurídica de direito privado, executassem funções que, a princípio, caberiam ao Estado (CARVALHO FILHO, 2020, p. 1035). Entende-se como classificadas nessa categoria as pessoas jurídicas privadas da Administração Indireta, isto é, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas de direito privado, quando se dedicam à prestação de serviço público, e os concessionários e permissionários de serviços públicos.

Nesse sentido, elucida José dos Santos Carvalho Filho (2020, p. 1037) que as pessoas privadas, para se enquadrarem no art. 37, §6º, da Constituição Federal, devem prestar os serviços públicos de forma delegada pela Administração, sendo necessário que haja um vínculo jurídico de direito público entre o Estado e seu delegatário.

¹⁵ Código Civil de 2002: Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

No mais, é essencial, para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado, que seja causado dano a terceiros em decorrência da prestação de serviço público, estando compreendido, então, o nexo de causa e efeito. Verifica-se, neste passo, que a responsabilidade decorre de dano causado a terceiro, independentemente da qualidade de usuário de serviço público, consoante entendimento do STF¹⁶.

Ainda, é necessário que o dano seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas, de forma a abranger todas as categorias: agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração (DI PIETRO, 2020, p. 1500). O vocábulo “agentes”, conforme lição de Odete Medauar (2018, p. 370), reveste-se de grande amplitude para abarcar, quanto às entidades integrantes da Administração, todas as pessoas que, mesmo de modo efêmero, realizem funções públicas, isto é, cuja vontade seja imputada ao Estado.

Por fim, o último fator a ser observado na responsabilidade objetiva diz respeito à expressão “nessa qualidade”, o que revela que não basta ter a qualidade de agente público, devendo agir no exercício de suas funções. Afinal, só pode o Estado ser responsabilizado se o preposto estatal estiver no exercício de suas funções ou, ao menos, a pretexto de exercê-las.

A segunda relação de responsabilidade prevista pela norma constitucional refere-se à responsabilidade civil do agente e situa-se entre o agente causador do dano, quando identificado ou identificável, e a Administração. O art. 37, §6º, da Constituição Federal assegurou ao Poder Público o direito de regresso contra o responsável para obter o pagamento da importância despendida no ressarcimento da vítima. Referido direito de regresso, contudo, está condicionado à demonstração do dolo ou culpa do agente, restando manifesto o caráter subjetivo da responsabilização.

2.4 Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade civil do Estado

Conforme visto anteriormente, essencial para a configuração da responsabilidade civil do Estado é o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do Poder Público e o evento danoso, isto é, o liame causal entre a conduta atribuída ao agente da pessoa jurídica referida no art. 37, §6º, da Carta Magna, e o prejuízo experimentado pela vítima. Disso decorre a constatação de que a responsabilidade deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a causa do dano ou estiver aliado a outras circunstâncias (DI PIETRO, 2020, p. 1503). É com base nisso que a teoria da responsabilidade objetiva pelo risco administrativo,

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 591874/MS. rel. Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 26/08/2009, Publicação: DJe nº 237.

consagrada constitucionalmente, admite a existência de causas excludentes e atenuantes da responsabilidade civil do Estado.

Primeiramente, tem-se a ocorrência do caso fortuito ou força maior, fatos imprevisíveis que levam à ocorrência do dano. Conforme elucida José dos Santos Carvalho Filho (2020, p. 1046), existe grande controvérsia doutrinária quanto às diferenças entre os dois conceitos, mas que podem ter seus efeitos iguados tendo em vista que a imprevisibilidade da ocorrência desses eventos prejudica a identificação do nexo causal entre ação ou omissão do Estado e o dano sofrido pelo lesado, excluindo a responsabilidade.

Contudo, autores renomados apontam a distinção entre os conceitos como fundamental em virtude dos efeitos diversos quanto à responsabilização, o que parece mais razoável. Di Pietro (2020, p. 1503) esclarece que força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como um terremoto, ao passo que o caso fortuito ocorre quando o dano é decorrente de ato humano ou falha da Administração, a exemplo do rompimento de um cabo elétrico com consequentes danos a terceiros. Ocorre que somente se configura a exclusão do nexo de causalidade na hipótese de força maior, enquanto o caso fortuito muitas vezes não exime o dever de indenizar em razão do risco do serviço e em virtude da presença, muitas vezes, do liame causal entre o evento e o ato ou omissão estatal. Nesse sentido, é precisa a lição de Themístocles Brandão Cavalcanti (1964, p. 415):

Aqui se impõe a distinção entre o caso fortuito e a força maior, porque, se a força maior decorre de um fato externo, estranho ao serviço, o caso fortuito provém do seu mau funcionamento, de uma causa interna, inerente ao próprio serviço; admite-se, por conseguinte, a exclusão da responsabilidade no caso de força maior, subsistindo, entretanto, no caso fortuito, por estar incluído este último no risco do serviço; na força maior, nenhuma interferência tem a vontade humana, nem próxima nem remotamente, enquanto que, no caso fortuito, a vontade apareceria na organização e no funcionamento do serviço.

De forma semelhante é o raciocínio para a culpa da vítima, hipótese em que se deve distinguir se é culpa exclusiva ou concorrente com a do Poder Público; no primeiro caso, o Estado não responde, certo que a vítima teve participação total no evento danoso; no segundo, atenua-se a responsabilidade, tendo em vista que o lesado apenas concorreu para o evento danoso, que se reparte com a da vítima (DI PIETRO, 2020, p. 1504). Trata-se de disposição já consagrada, inclusive, pelo diploma civil¹⁷.

¹⁷ Art. 945, Código Civil: 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.

Por fim, merece destaque a culpa de terceiro como excludente ou atenuante da responsabilidade civil do Estado. Também chamado de fato de terceiro, essa hipótese afasta a responsabilização da Administração quando a conduta culposa é de terceiro que provocou o dano à vítima, e não de agentes públicos (FRANCO, 2012, p. 101). Isso porque nesses casos não se forma a equação da causalidade, haja vista que no caso de culpa devidamente comprovada de terceiro, não ocorre ação ou omissão danosa do Estado, mas sim de um estranho, naquele momento, à relação Estado-administrado (ARAÚJO, 2010, p. 780). Dessa forma, há por parte de um terceiro uma interferência na relação jurídica entre a Administração e os particulares, não podendo o Estado ser responsabilizado, a não ser que tenha concorrido de alguma forma para que o fato lesivo ocorresse, situação em que sua responsabilização será atenuada.

2.5 Responsabilidade civil do Estado por omissão

Evidencia-se acentuada polêmica no que tange ao regime jurídico de responsabilidade estatal por omissão, especialmente sobre seu caráter subjetivo ou objetivo de acordo com o art. 37, §6º da Constituição Federal. Enquanto alguns estudiosos apontam a aplicação da responsabilidade objetiva tanto para a ação ou omissão do Poder Público, a maior parcela da doutrina entende pela teoria da responsabilidade subjetiva na modalidade da culpa do serviço público em caso de omissão.

Merece destaque, neste ponto, a releitura da teoria da *faute du service* proposta por Daniel Wunder Hachem (2013, p. 1131-1155), segundo a qual o Estado encontra-se submetido a uma sistemática homogênea de responsabilização decorrente de comportamento ineficiente, seja comissivo (mau funcionamento) ou omissivo (não funcionamento ou funcionamento tardio): a responsabilidade objetiva. Dessa forma, configurado o descumprimento de um dever jurídico concreto de agir (omissão) ou cumprimento precário (ação) por parte do Estado ou de quem lhe faça as vezes, atrelado à ocorrência de dano a um cidadão e nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o prejuízo, estaria configurada a responsabilidade da Administração independente da perquirição de culpa.

Com respaldo na doutrina francesa, à qual se atribui a origem da teoria da *faute du service*, Hachem (2013, p. 1139) aponta quatro motivos para a não aceitação da responsabilidade subjetiva nos casos de responsabilidade do Estado por descumprimento do dever de eficiência nas situações omissivas: a teoria *faute du service* não remonta, necessariamente, à responsabilidade subjetiva; o critério para distinguir a responsabilidade por

falta da responsabilidade sem falta no direito francês não é a natureza omissiva da conduta; na França admite-se a hipótese de responsabilidade objetiva do Estado por omissão; os contornos da responsabilidade estatal dependem do regime jurídico administrativo de cada ordenamento, certo que a Constituição Federal de 1988 impõe um sistema de responsabilização objetiva.

Contudo, com o devido acato a esse posicionamento, não se pode ignorar o entendimento majoritário entre os estudiosos quanto à responsabilidade subjetiva com base na teoria da *faute du service* nos casos de omissões do Estado, a exemplo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José Cretella Júnior, Yussef Said Cahali, Álvaro Lazzarini, Celso Antônio Bandeira de Mello, entre outros. Entende-se que nos casos de omissão do Poder Público, os danos são causados, em regra, por fatos da natureza ou fatos de terceiro que poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o dever de agir, não tivesse se omitido, sendo requisitos para sua configuração, portanto, que o Estado possuísse o dever de agir e a possibilidade de agir para evitar o dano (DI PIETRO, 2020, p. 1508). O que induz a responsabilidade civil da Administração, assim, é a omissão de conduta exigível, sendo oportuna, neste diapasão, a lição de José Cretella Júnior (1968, p. 421): [...] a omissão configura a *culpa in omittendo* ou *in vigilando*. São casos de inércia, casos de não-atos. Se não vigia quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Em todos os casos, culpa, ligada à ideia de inação.

Com base nisso, torna salutar a constatação de que a culpa está embutida na ideia de omissão, não havendo se falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu. Há, nesses casos, uma “presunção de culpa” do Poder Público, de modo que o lesado não precisa fazer a prova que existiu a culpa ou dolo, mas sim o Estado que deve demonstrar que agiu com diligência, utilizou dos meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir, isto é, cabe ao Poder Público provar que o dano não decorreu de negligência, imprudência, imperícia ou dolo (MELLO, 2020, p. 1042).

Por fim, faz-se mister ressaltar o posicionamento que vem sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de omissão estatal. O Pretório Excelso vem consolidando o entendimento de que o art. 37, §6º da Constituição Federal impõe apenas a caracterização do nexo de causalidade para que haja responsabilidade objetiva, quando o Poder Público ostente o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, não exigindo que a conduta seja comissiva ou omissiva. Há de se diferenciar, assim, a omissão específica, quando o Estado se encontra na condição de garante e, por omissão, cria situação propícia para a ocorrência do dano em situação em que deveria agir para impedi-lo, da omissão genérica, em que não se pode

exigir do Estado uma atuação específica, não sendo a inação estatal a causa direta e imediata da ocorrência do dano. Assim, entende o STF pela responsabilização objetiva do Estado em caso de omissão específica, com base na teoria do risco administrativo, quando o Poder Público tinha a obrigação legal específica de impedir a ocorrência do dano, e pela responsabilização subjetiva por omissão genérica com base na culpa anônima, quando há um dever genérico de agir e o serviço não funciona, funciona mal ou tardiamente¹⁸.

2.6 Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais

No tocante aos atos oriundos do Poder Judiciário, base para a discussão a que se propõe esse estudo, os consensos se dissipam e a complexidade do tema se revela através da ausência de previsão específica no ordenamento jurídico vigente quanto à responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. Trata-se, por definição, do ato praticado por juiz ou tribunal judiciário em sua função específica de elaboração e entrega da prestação jurisdicional que, viciado, cause dano pessoal, moral ou patrimonial ao administrado (FRANCO, 2012, p. 107).

A controvérsia em torno da possibilidade de se impor a responsabilidade ao Judiciário decorre, em parte, da estrutura do próprio Estado, em que esse Poder surge como controlador definitivo de conflitos sociais, inclusive de seus próprios problemas e falhas (MARRARA; MACERA, 2015, p. 137). Porém, para além da questão estrutural dos poderes, o próprio ordenamento, a jurisprudência e parte da doutrina assumem uma pluralidade de posicionamentos que dificulta a compreensão da responsabilidade do Judiciário e sua efetivação.

Primeiramente, faz-se mister diferenciar os tipos de atos emanados pelo serviço judiciário. Tem-se, de um lado, os atos tipicamente jurisdicionais, editados com exclusividade pelo magistrado e por meio dos quais a jurisdição é exercida em seu sentido próprio, como em sentenças, decisões interlocutórias, etc. Por outro lado, os atos judiciários decorrentes da função atípica do Judiciário podem ser de caráter administrativo, sem cunho decisório e da mesma natureza dos praticados pelo Poder Executivo, ou de caráter normativo, dotados de generalidade e abstração para dispor, entre outras coisas, sobre a competência e o funcionamento dos órgãos jurisdicionais dos Tribunais, organizar suas secretarias e serviços auxiliares da Justiça, etc. (MARRARA; MACERA, 2015, p. 138). Com efeito, no que tange aos atos judiciários de

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 841.526/RS. Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 30/03/2016. Firmou-se a tese de repercussão geral: “Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da CRFB/88, o Estado é responsável pela morte de detento”.

caráter administrativo ou normativo, isto é, através da função atípica do Judiciário, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1994, p. 85) aponta que o tema não envolve problemas e é pacificado na doutrina e jurisprudência quanto à incidência da responsabilidade estatal por eventuais danos causados, mediante aplicação do art. 37, §6º, da Constituição Federal.

Em contraste, no tocante aos atos tipicamente jurisdicionais, a temática se mostra muito mais complexa na medida em que muitas teorias têm sido adotadas para defender a tese da irresponsabilidade do Estado por ato jurisdicional, salientado que no Brasil não há disciplina legislativa específica para o assunto, o que enseja até os dias atuais a discussão quanto à aplicação – ou não – do art. 37, §6º, da Carta Magna à essa modalidade de responsabilização. Os tribunais, por muito tempo, apresentaram resistência a aceitar a responsabilidade do Estado nos casos de falhas judiciárias não previstas de maneira explícita na Constituição e na legislação infraconstitucional, com forte tendência no Supremo Tribunal Federal para a recepção da teoria da responsabilidade somente nos casos expressamente declarados em lei (FRANCO, 2012, p. 114). A dificuldade em se reconhecer a responsabilidade estatal em caso de dano provocado por atos jurisdicionais configura, de acordo com Yussef Said Cahali (2007, p. 467), o “último reduto da teoria da irresponsabilidade civil do Estado”.

No entanto, tem-se observado uma expressiva manifestação doutrinária, com sutis reflexos na jurisprudência, no sentido do reconhecimento da responsabilização do Estado pelos danos oriundos de suas falhas e omissões na prestação jurisdicional. Rui Stoco (2004, p. 1021) atentamente elucida essa perspectiva de mudança de posicionamento:

Negar hoje, a responsabilidade do Estado em face do ato jurisdicional danoso é fugir da realidade e olvidar evidentes avanços na dogmática jurídica, que a sociedade moderna impõe, posto que o Direito é dinâmico, cumprindo-lhe acompanhar a evolução constante das relações sociais e os seus reclamos, de modo que se a lei não as acompanha e se anacroniza, cabe ao intérprete adequá-la às novas situações.

Afinal, consoante pontuado por Carmen Lúcia Antunes Rocha (1991, p. 117), mostra-se adequada a interpretação pela qual a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado não persegue a natureza do comportamento estatal do qual tenha decorrido o dano para que se imponha como obrigação inafastável do Poder Público. Assim, qualquer que seja o comportamento, seja o ato estatal de natureza administrativa, legislativa ou jurisdicional, desde que dele decorra dano a alguém com comprovado nexos causal, ensejará a responsabilidade. Negar indenização às vítimas importa em negar a própria missão do Poder Judiciário, responsável por semear a justiça, motivo pelo qual não se pode conceber que, sob o manto de

uma arcaica teoria da irresponsabilidade, os atos jurisdicionais danosos injustos fiquem sem reparação (FRANCO, 2012, p. 111).

Essa mudança de perspectiva, porém, não se deu de forma absoluta e uniforme, fazendo-se necessário, para sua compreensão, analisar os principais argumentos que por tanto tempo sustentaram a irresponsabilidade civil do Estado-juiz: soberania do poder Judiciário; independência da magistratura; falibilidade dos juízes; risco assumido pelo jurisdicionado; imutabilidade da coisa julgada e ausência de texto expresso de lei.

Primeiramente, forçoso reconhecer que a aludida soberania do Poder Judiciário não serve de justificativa para a irresponsabilidade do Estado-juiz, em que pese ter sido frequentemente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo do Recurso Extraordinário nº 70.121-MG¹⁹, cuja ementa dispôs que “O Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos declarados em lei, porquanto a administração da Justiça é um dos privilégios da soberania”. Todavia, totalmente descabida essa linha argumentativa na medida em que, conforme suscita José Cretella Júnior (1970, p. 21), se a soberania é uma realidade, ela não se manifesta de forma mais intensa no ato administrativo, do mesmo modo que, se ela não se opõe à responsabilidade do Estado administrador, não há motivo para que se oponha à responsabilidade do Estado-juiz.

Afinal, a soberania consiste em atributo da pessoa jurídica do Estado, de forma una, indivisível, inalienável, e não recai propriamente sobre suas estruturas operacionais ou exclusivamente sobre o Poder Judiciário. Admitir a irresponsabilidade da atuação jurisdicional sob esse prisma significaria estender esse raciocínio para os demais Poderes, de modo que o Estado também não poderia responder por atos praticados pelo Poder Executivo e Legislativo, o que pacificamente não é aceito pela jurisprudência e doutrina (DI PIETRO, 1994, p. 86).

Do mesmo modo, também não se admite que a irresponsabilidade do Estado pelos atos e omissões dos juízes advém da independência da magistratura, prerrogativa que teria como consequência lógica tornar exclusivamente pessoal a responsabilidade, conforme já defendido pelo STF no mesmo Recurso Extraordinário 70.121-MG. Isso porque a imparcialidade e independência dos juízes não podem ser tidas de modo absoluto, de forma que a independência da magistratura não pode implicar a isenção do Estado em responder pelos danos decorrentes da atuação judicial. Na verdade, o argumento aludido parece servir para demonstrar exatamente o contrário: justamente porque a responsabilidade seria do Estado e não do juiz é que a independência deste estaria assegurada (ALCÂNTARA, 1988, p. 28).

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 70121-MG. Tribunal Pleno. Relator: Aliomar Baleeiro. Data de Julgamento: 13/10/1971. Data de Publicação: DJ 30/03/1973.

Ademais, a falibilidade humana dos juízes é invocada para justificar eventuais erros e isentar o Estado de qualquer reparação. Ainda que seja compreensível essa argumentação, não se pode aceitar essa teoria para fundamentar a irresponsabilidade, posto que o indivíduo não é obrigado a arcar com danos para os quais não contribuiu, certo que aceitar esse fundamento faria com que todos os demais agentes do poder público se enquadrassem na falibilidade do ser humano, com afastamento total da teoria da responsabilidade (FERRARI, 2015, p. 89). Importante ensinamento se extrai, nesse sentido, dos dizeres de Di Pietro (1994, p. 89):

as garantias de que se cerca a magistratura no direito brasileiro, previstas para assegurar a independência do Poder Judiciário, em benefício da Justiça, produziram a falsa ideia de intangibilidade, inacessibilidade e infalibilidade do magistrado, não reconhecida aos demais agentes públicos e gerando o efeito oposto de liberar o Estado de responsabilidade pelos danos injustos causados àqueles que procuram o Poder Judiciário precisamente para que seja feita justiça.

Atrelado a esse argumento, tem-se igualmente a tese do risco assumido pelo jurisdicionado, que provoca a atuação do Poder Judiciário pelo direito de ação e, por isso, deve arcar com os riscos de danos decorrentes dessa atuação. Novamente, não se pode acatar tal posicionamento, tendo em vista que quando um indivíduo recorre ao Poder Judiciário, que somente atua mediante provocação, está buscando, em última análise, a solução de um problema para o qual não encontrava outra alternativa, sendo dever do Estado garantir o bem da coletividade e a paz social. Assim, o Poder Público não pode se isentar sob a alegação de que somente atuou em razão de provocação dos jurisdicionados (FERRARI, 2015, p. 92). Não bastasse, caso essa teoria fosse aceita, somente seria válida para o autor, e não para o réu, que se sujeita à ação e não aceitou correr os riscos da atuação judicial.

Talvez o argumento mais forte que visa afastar a responsabilidade do Estado-juiz seja o que entende que isso acarretaria ofensa à coisa julgada, que se afigura imutável e está intrinsecamente associada à presunção de verdade que daquela situação jurídica emana. Ocorre que, em que pese a inegável importância do instituto da coisa julgada para a estabilização das decisões judiciais e segurança jurídica, a sua força sofre restrições em algumas circunstâncias, com destaque para a ação rescisória e a revisão criminal²⁰. A divergência se dá, porém, em casos outros que não aqueles em que se configura a revisão criminal. Isso porque, conforme corrente adotada por estudiosos como Alcino de Paula Salazar (1941, p. 77), a irretratabilidade

²⁰ Há previsão, nesse sentido, no art. 630 do Código de Processo Penal, que ao tratar da revisão criminal, dispõe que “O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”.

da coisa julgada consiste em princípio fundamental que não comporta contestação, de modo que negá-lo seria subverter a ordem jurídica com a inutilização do aparelhamento da justiça.

Por outro lado, contestando com propriedade essa perspectiva, José Cretella Júnior (1970, p. 41) observa que abordar o argumento da coisa julgada como a irretratabilidade ou incontestabilidade da *res judicata* como razão suficiente para eximir o juiz – e, pois, o Estado – da responsabilidade patrimonial pelos danos causados em virtude da sentença judicial, seria “elevar a *res judicata* à categoria de muralha sacrossanta, absolutamente impenetrável, é admitir a infalibilidade do julgamento humano ou a intransigência obstinada e incompreensível, mesmo diante de erro manifesto”. Nesse sentido, Di Pietro (1994, p. 87-88) observa que são duas as principais bases argumentativas da tese de irresponsabilidade a serem refutadas: a presunção de verdade da sentença transitada em julgado e a segurança jurídica.

No que toca à presunção de verdade é preciso o apontamento de Edmir Netto de Araújo (1981, p. 139) ao contestar a tese da irresponsabilidade sob o argumento de que uma coisa é admitir a incontestabilidade da coisa julgada, e outra é erigir essa qualidade como fundamento para eximir o Estado do dever de reparar o dano, sendo certo que o que se pretende é possibilitar a indenização ao prejudicado, no caso de erro judiciário, ainda que essa coisa julgada não possa, em virtude do lapso prescricional, ser mais modificada. Não se pode, assim, “prevaler a ideia rígida, formal, da coisa julgada sobre a ideia de justiça, quando se comprova um julgamento errado ou ilegal”. Afinal, o fato de o Estado ser condenado a pagar indenização decorrente de dano provocado por ato judicial não implica mudança na decisão judicial, haja vista que a decisão continua a valer para ambas as partes, vinculadas aos efeitos da coisa julgada, que permanece inatingível. É o Estado que terá que responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência do erro judiciário (DI PIETRO, 1994, p. 87).

No mesmo sentido, tampouco se cogita em suposta afronta à segurança jurídica em razão da imutabilidade da sentença que atenderia a um princípio de ordem pública que impede que os litígios se estendam indefinidamente. Primeiramente, conforme bem pontuado por Di Pietro (1994, p. 88), somente seria possível se falar em imutabilidade da sentença quando ela não estivesse mais passível de revisão ou ação rescisória, atingindo a chamada “coisa soberanamente julgada”. Ainda nessa hipótese, não se mostra adequado recusar o reconhecimento do direito à indenização a quem foi lesado pela decisão. Não se trata de pleitear a alteração da sentença, que já se tornou imutável, mas de, em outro processo, entre partes diversas, figurando o Estado como réu, requerer indenização decorrente do erro judiciário. Por isso, faz-se mister procurar um equilíbrio entre o ideal de segurança jurídica proporcionado pela

coisa julgada e o princípio de justiça, que demanda a recomposição de prejuízos injustamente provocados por uma sentença errada.

Por fim, evidencia-se a necessidade de reconhecimento da responsabilidade estatal em caso de atos jurisdicionais ainda que haja manifesta ausência de texto de lei expresso nesse sentido. Argumenta-se que o Estado somente poderia ser obrigado a ressarcir os danos possivelmente causados por uma decisão caso houvesse dispositivo normativo consagrando essa hipótese, de modo que se adotaria a irresponsabilidade como regra e a responsabilidade como exceção, somente quando assim estiver determinado em lei (DERGINT, 1994, p. 154). Diante disso, a única hipótese em que caberia a responsabilização é a prevista no art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal (“o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”), ou naquela disposta no art. 630 do Código de Processo Penal. Contudo, há que se recordar que o art. 37, §6º da Carta Magna, ao prever a responsabilidade civil do Estado por danos causados por seus agentes, não faz distinção quanto ao tipo de serviço, não havendo qualquer dispositivo que excetue a responsabilidade decorrente da atuação judicial. Nesta monta, a ideia de responsabilidade decorre de um princípio geral do Direito, segundo o qual quem quer que cause dano a outrem está sujeito a repará-lo; não há necessidade de norma expressa para cada tipo de dano.

Pelo que se observa, a manutenção dos termos constitucionais e a ausência de preceito que insira a atuação do Judiciário dentro das hipóteses de responsabilização não tem o condão de acarretar a isenção do Estado quanto aos danos decorrentes de tal função estatal (FERRARI, 2015, p. 91). A correta interpretação do art. 37, §6º da Constituição já alcança a responsabilidade estatal pelos danos decorrentes da execução dos serviços públicos, sejam eles emanados do Poder Executivo, do Legislativo ou do Judiciário (DI PIETRO, 1994, p. 90). Acrescente-se a isso que a Carta Magna de 1988 superou qualquer dúvida quanto à abrangência da responsabilidade civil do Estado ao prever que se estende a qualquer “agente público”, conceito no qual se inclui aquele que, sob qualquer categoria ou título jurídico, desempenha função ou atividade considerada pelo Estado como pertinente à sua condição e prerrogativa de Poder Público (FRANCO, 2012, p. 122), incluindo-se, indubitavelmente, o magistrado.

Não se pode esquecer, também, que além da previsão da justa indenização pelos prejuízos, conforme art. 630 do CPP, já mencionado, o CPC também trata do assunto no art. 143, segundo o qual “o juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos 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”.

Para finalizar, é proveitoso ressaltar a conclusão exposta por Thiago Marrara e Paulo Henrique Macera (2015, p. 140-141), de forma clara e precisa ao arrematar a tese da responsabilidade estatal por atos jurisdicionais:

Sem prejuízo desses argumentos, vislumbra-se um posicionamento de harmonização entre os dispositivos constitucionais e legais mencionados. O art. 37, § 6.º abrange três normas: a de responsabilidade objetiva do Estado como pessoa jurídica; a de responsabilidade subjetiva do agente público por culpa ou dolo e a de responsabilidade dos particulares que agem em nome do Estado. Tomando-se como premissa que as atividades judiciárias enquadram-se na expressão serviço público, a norma de responsabilidade objetiva do Estado então se aplica para danos derivados de ações ou omissões desse Poder, causadas por juízes ou outros servidores seus, bem como por particulares em seu nome (por exemplo, em razão de um contrato de parceria público-privada administrativa). Sem prejuízo, no tocante à responsabilidade específica do juiz, aplicam-se os dispositivos dos Códigos processuais, extensíveis para os processos que não tenham natureza cível por força do art. 49 da Loman.

Todavia, em que pese a vasta produção doutrinária, como demonstrado, no sentido da responsabilização estatal em caso de danos oriundos de atos jurisdicionais, a jurisprudência é resistente em admitir a indenização aos prejuízos decorrentes da função jurisdicional. Há restrições diversas e lacunas na interpretação jurisprudencial que impedem o mais correto tratamento de temas de tamanha relevância como o aqui discutido. Merece maior destaque, nesse contexto, as disposições acerca da extensão do termo “erro judiciário”, previsto no inciso LXXV, da Constituição Federal, tido como o dano mais grave a ser causado pelo ato jurisdicional na medida em que implica a própria negação de justiça (CRETELLA JÚNIOR, 1970, p. 38). Dada sua complexidade e relevância ao estudo que se propõe, a discussão atinente ao erro judiciário faz jus a um subcapítulo a parte.

2.7 O erro judiciário

Conforme visto, a responsabilidade do Estado por atos tipicamente jurisdicionais é tema bastante controvertido, certo que, se por um lado a doutrina majoritária tende a admiti-la – em maior ou menor amplitude – a jurisprudência dominante não a aceita ou a aceita de modo bastante limitado nas restritas hipóteses previstas na Constituição Federal ou na legislação.

Ocorre que, ainda que se ignorasse por completo o disposto no art. 37, §6º da Constituição Federal, ou que se aceitasse que o Judiciário não presta qualquer tipo de serviço público, mesmo em sentido amplo, o posicionamento pela inadmissibilidade da responsabilização estatal pelos atos jurisdicionais seria incabível e incompatível com o texto constitucional e seus pilares de sustentação (MARRARA; MACERA, 2015, p. 140). Não

fossem os princípios da legalidade e do Estado de Direito, pelo qual nenhum poder ou autoridade está acima ou fora dos limites da lei, a tese da irresponsabilidade do Estado se mostra inviável diante do art. 5º, inciso LXXV, da Carta Magna, o qual consagra o dever estatal de reparar danos causados por “erro judiciário”: “Art. 5º, LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Trata-se de conceito que, em virtude da ausência de definição legal, carrega certa imprecisão acerca de seu alcance e amplitude. Cumpre destacar, então, os entendimentos doutrinários a seu respeito. Giovanni Ettore Nanni (1999, p. 122) entende o erro judiciário como aquele “oriundo do Poder Judiciário”, cometido no curso de um processo, visto que os juízes estão sujeitos a erros de fato ou de direito, haja vista a inerente possibilidade de cometer equívocos, ao externarem qualquer pronunciamento ou praticarem qualquer ato. Arnor Lima Neto (2002, p. 47), ao traçar uma enumeração dos erros que podem acometer a atuação do juiz, inclui o erro de apreciação de fatos, o erro de enquadramento dos fatos ao direito e o erro na utilização das normas legais. Marcus Paulo Queiroz Macêdo (2008, p. 237) a isso adiciona uma característica essencial, qual seja, a de que o erro seja inescusável, afastando questões interpretativas. Sugere, a partir disso, uma classificação que abrange: a) equívocos graves na apreciação do Direito e das provas; b) decisões contra súmulas vinculantes; c) decisão contra texto expresso de lei, salvo quando declare motivada e incidentalmente a inconstitucionalidade da norma; e d) deferimento de tutela provisória sem a devida comprovação do *fumus boni iuris*.

Nesse sentido, ao concluir sobre o tema, Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 215) entende o erro judiciário como a má aplicação do direito ou a deficiente apreciação dos fatos da causa, por parte do órgão jurisdicional, que resulta em decisão contrária à lei ou à verdade material. Trata-se, de fato, do erro decorrente de toda atividade judicial danosa, enquanto exercício da função relativa ao Poder Judiciário (CAMARGO, 1999, p. 71). De forma semelhante é o entendimento de João Honorário de Souza Franco (2012, p. 155), que conclui que “erro judiciário são todos os atos típicos de mau funcionamento do serviço público jurisdicional, evidenciando menosprezo do órgão jurisdicional ao princípio da eficiência do serviço público, o que suscita a obrigação de indenização por parte do Estado”.

Precisa é a conceituação de Alexandre Targino Gomes Falcão (2015, p. 405):

O erro judiciário é o que resulta de errônea interpretação dos fatos (erro de fato) ou de violação a regras de natureza processual ou material (erro de direito). Tais falhas podem ocorrer na condução do processo (*in procedendo*) ou no próprio julgamento (*in judicando*). Em outras palavras, erro judiciário é a má subsunção do comportamento à norma em vigor, à época do fato. É o erro de perspectiva ou a falsa percepção dos fatos, podendo resultar, ainda, da falsa percepção que o julgador tem

do preceito legal em abstrato, dando-lhe inadequada interpretação no exato momento de aplicá-lo ao caso concreto.

Observa-se, do exposto, que é possível distinguir o *error in iudicando* e o *error in procedendo* como duas modalidades de erro verificadas em uma decisão judicial. Enquanto o primeiro se refere ao erro cometido em relação ao juízo de direito, quer no tocante ao direito material, quer ao direito processual, consistindo na violação ou errada aplicação da lei, o *error in procedendo* se caracteriza pela não observância, pelo juiz, dos preceitos estabelecidos nas leis processuais, relativamente à disciplina do procedimento (MÉDICI, 2000, p. 221).

No tocante à limitação temporal e ao contexto em que o erro judiciário surge, a doutrina dominante, conforme reforça Joel Dias Figueira Júnior (1995, p. 21), reconhece a possibilidade de erro judiciário durante três fases: a instrutória ou cognitiva, como erros de recusa de provas, retardamento na prática de atos processuais, entre outros; a decisória, em que surge o erro na elaboração de decisão; e a executória da sentença. Disso decorre a diferenciação de erro judiciário decorrente de: a) ato ilícito comissivo ou omissivo; b) recusa, omissão ou retardamento de providência que o juiz deva tomar de ofício ou a requerimento, sem justo motivo (culpa grave); c) disfunção da Administração da Justiça (deficiência no funcionamento da máquina judiciária); d) erro no oferecimento da tutela jurisdicional (erro judiciário ou erro *stricto sensu*).

Com efeito, ao se falar em erro judiciário, logo se pensa no erro penal, o que se justifica em parte pelo fato de o inciso LXXV do art. 5º da Constituição prever esse instituto juntamente com a indenização daquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença, e tendo em vista que é no âmbito penal, no qual se tutela o direito individual à liberdade, que as consequências do erro judiciário são mais graves. Contudo, o inciso mencionado não faz restrições quanto ao tipo de processo, sendo correta a interpretação doutrinária no sentido de que o erro judiciário pode ocorrer tanto na seara penal como no processo civil, trabalhista, eleitoral, ou em qualquer outra área de atuação jurisdicional (MARRARA; MACERA, 2015, p. 139). Importante distinção faz Di Pietro (1994, p. 92-93) ao indicar que os valores atingidos no erro civil são, na maioria dos casos, de natureza patrimonial, e a função jurisdicional é provocada pelas partes e não pela sociedade, embora essas circunstâncias não possam servir de fundamento para a tese de irresponsabilidade do Estado em decorrência do ato jurisdicional. De fato, isso se evidencia sobretudo nos casos de anulação de sentença através de ação rescisória, situação em que parece inegável o direito à indenização à pessoa prejudicada pelo erro.

De qualquer forma, o foco dessa monografia reside no erro judiciário penal, com destaque para a ilegal privação de liberdade do indivíduo. Não obstante a responsabilidade

pessoal civil e penal do juiz, no entender de Yussef Said Cahali (2007, p. 472), é obrigação inevitável do Estado atender à reparação do dano causado às vítimas do erro judiciário, sobretudo quando isso implica indevida privação de liberdade. O renomado autor revela a longa tradição da reparação do erro judiciário no direito brasileiro, certo que o início se deu a partir da Consolidação das Leis Penais, de Vicente Piragibe, aprovada e adotada pelo Decreto 22.213, de 14/12/1932, que reconhecia o instituto da reabilitação e o direito do reabilitado a uma justa indenização²¹.

No direito vigente, a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais danosos dotados de erro, no âmbito penal, há muito é pacificamente compreendida, com fundamento no art. 630 do Código de Processo Penal:

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

§ 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.

O erro judiciário típico, tal como previsto no dispositivo em comento, pode ser corrigido por outro julgado posterior, através da apreciação da revisão criminal, prevista no art. 621 do Código Penal²². Conforme se observa, o Tribunal poderá reconhecer o direito a uma justa indenização à parte interessada pelos prejuízos sofridos, desde que haja requerimento nesse sentido, salientando que a reparação será suportada pela União ou Estados-membros.

Do exposto, evidencia-se, com respaldo nos ensinamentos de Cahali (2007, p. 475), que o dispositivo processual, além de propiciar um expediente restrito para a obtenção do ressarcimento do dano consequente de erro na prestação jurisdicional penal, revela-se do mesmo modo insuficiente para a reparação de todos os danos que as falhas dessa atividade

²¹ Art. 86: Art. 86. A reabilitação consiste na reintegração do condenado em todos os direitos que houver perdido pela condenação, quando for declarado inocente pelo Supremo Tribunal Federal em consequência de revisão extraordinária da sentença condenatória.

§ 1º A reabilitação resulta imediatamente da sentença de revisão passada em julgado.

§ 2º A sentença de reabilitação reconhecerá o direito do reabilitado a uma justa indenização, que será liquidada em execução, por todos os prejuízos sofridos com a condenação.

A Nação, ou o Estado, são responsáveis pela indenização.

²² Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

estatal podem provocar. Deve ser interpretado, portanto, em conjunto com as disposições constitucionais, notadamente com o art. 5º, inciso LXXV, da Constituição, já mencionado, que dispõe que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença. De acordo com Alexandre de Moraes (2011, p. 241), esse inciso estabeleceu uma nova espécie de direito fundamental, qual seja, o direito à indenização por erro judiciário, ou ainda por excesso ilegal de tempo de prisão fixada pela sentença. Prevê-se, assim, dois objetos passíveis de indenização: erro judiciário e excesso de prisão.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça²³:

A Constituição da República, em razão da magnitude conferida ao “*status libertatis*” (art. 5º, inciso XV), inscreveu no rol dos direitos e garantias individuais regra expressa que obriga o Estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado na sentença (art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes à de quem foi submetido à prisão processual e posteriormente absolvido.

Dessa forma, entende Alexandre de Moraes (2011, p. 242-243) que nos casos de erro judiciário, constituem instrumentos cabíveis para o reconhecimento do erro judiciário e consequente fixação de indenização a revisão criminal, consoante art. 630, CPP, e a ação própria no juízo cível. Assim, tanto o acórdão em revisão como a sentença cível indenizatória configuram títulos judiciais executórios ilíquidos, que devem ser liquidados no juízo cível.

No entanto, a interpretação conjunta dos dispositivos processuais com a Constituição permite concluir que a demanda indenizatória, em face de erro judiciário penal, independe de anterior revisão criminal da sentença penal condenatória, haja vista que não objetiva a sua desconstituição, mas, sim, a reparação dos prejuízos por ela causados. Neste passo, cumpre elucidar que o próprio inciso LXXV do art. 5º da Carta Magna sequer vincula a indenização do condenado por erro judiciário à revisão criminal.

No mesmo sentido, Di Pietro (1994, p. 91) considera simplista a interpretação pela qual, em se tratando de ato jurisdicional, o direito à indenização só caberia nas hipóteses expressamente mencionadas no inciso LXXV, tendo em vista que o art. 37, §6º da Constituição já contém regra sobre a responsabilidade civil do Estado. Afinal, nada justifica a interpretação de que este artigo somente alcança os atos da Administração, eis que apenas repete preceitos já contidos em Constituições anteriores, que nada estabeleciam com relação à responsabilidade do Estado por erro na condenação. Trata-se, de fato, de um “*plus*” em relação às Constituições

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 61.899-1/SP. Sexta Turma. Rel. Min. Vicente Leal. Ementário STJ, 15/220. Data de Julgamento: 26/03/1996, Data de Publicação: DJU 03/06/1996.

anteriores e não um “*minus*” que viria a restringir o alcance da regra pertinente à responsabilidade civil estatal.

Diante disso, Luiz Antônio Hentz (1995, p. 40-41) aponta que o erro penal pode abranger outras hipóteses além do erro na condenação e na manutenção do condenado preso além do tempo fixado na sentença. É o caso do erro no recebimento da denúncia, na decretação da prisão cautelar, no arresto e na busca e apreensão, na pronúncia do réu, na ausência de concessão de relaxamento do flagrante, na recusa de liberdade provisória, etc.

Merece crítica também, no entender de Di Pietro (1994, p. 92), o art. 630 do CPP por passar a impressão de que a concessão da indenização seria um ato discricionário ao prever que o Tribunal “poderá” reconhecer o direito à indenização, tendo em vista que o preceito constitucional previsto no inciso LXXV do art. 5º não faz restrição à concessão do benefício e o coloca como direito fundamental, não mais prevalecendo a interpretação quanto à discricionariedade. Igualmente não prevalece o disposto na alínea “b” do dispositivo processual, não podendo se excluir a indenização quando a acusação for meramente privada.

Neste passo, convém destacar as conclusões de Vitor Luís de Almeida (2012, p. 259-281), o qual, após profundo estudo acerca da responsabilidade estatal por erro judiciário, chegou a constatações um pouco destoantes dos principais estudiosos até então mencionados. A partir de uma “interpretação sistemática, teleológica, criativa e proporcional das normas constitucionais dispostas no art. 5º, inciso LXXV e art. 37, §6º, bem como da legislação ordinária correlata”, entende pela responsabilidade civil subjetiva do Estado em decorrência do erro judiciário, sendo necessária a configuração do dolo ou culpa do magistrado no ato decisório para gerar a indenização, desde que presentes os demais requisitos legais e ausentes as excludentes da responsabilidade civil. Referido entendimento decorre da constatação de que se deve afastar qualquer hipótese de responsabilidade baseada na convicção e interpretação do julgador, valoração das provas ou escolha da regra que melhor se subsuma ao caso fático concreto, sob pena de restringir sobremaneira o âmbito de liberdade de atuação do magistrado.

Com base nisso, Vitor Luís de Almeida entende que o legislador constituinte, a partir do inciso LXXV do art. 5º, procurou estabelecer temperamento ao princípio do art. 37, §6º da Constituição no tocante à atividade judicial. A ponderação dos valores contidos nesses dispositivos, no seu entender, leva à eficiente alternativa que prevê a prevalência da responsabilidade subjetiva do Estado por erro judiciário sobre a regra geral da responsabilidade objetiva dos entes público, de modo a preservar a independência dos poderes e do próprio Estado Democrático de Direito.

Recorrendo a alguns dos clássicos argumentos que por muito tempo foram utilizados para defender a irresponsabilidade estatal por atos jurisdicionais, Vitor Luís de Almeida (2012, p. 275) conclui que inferir do art. 37, §6º da Constituição a responsabilidade objetiva pelos erros judiciários seria contrastar com a própria qualidade de poder que permeia os órgãos judiciários, eis que, ao exercer uma função que decorre da própria soberania – decidir os conflitos -, o magistrado não pode igualar-se ao administrador público que, ao revés, exerce apenas atos de execução baseado na legalidade e nos demais princípios da administração pública. Não se olvide da configuração de serviço público por parte da atividade jurisdicional, mas os atos judiciais equivocados somente poderiam ensejar responsabilidade do Estado, assim, quando se comprovar a culpa ou dolo do magistrado, ou nas hipóteses expressamente previstas em lei, sob pena de colocar em xeque a independência e as garantias de que devem gozar os juízes.

Em que pese esse entendimento ser contundentemente refutado por parcela significativa da doutrina, a exemplo de Yussef Said Cahali, Rui Stoco, José Cretella Júnior, entre outros, cujos estudos foram abordados nesse capítulo, é possível verificar, em certa medida, correspondência da tese defendida por Vitor Luís de Almeida com os entendimentos adotados pelos tribunais superiores. Isso se deve, a princípio, ao fato de que o STJ e STF ainda não realizaram enfrentamento suficientemente profundo e preciso do conceito do “erro judiciário” e sua indenização, não havendo total consenso acerca da adoção da teoria objetiva ou subjetiva da responsabilidade nos casos de erros judiciários, ainda que o art. 5º, LXXV, da CRFB/88 não negue em qualquer momento a teoria objetiva consagrada pelo art. 37, §6º.

Em algumas situações, o STJ vem entendendo que o art. 5º da Constituição não mistura o erro judiciário com a prisão indevida, nem reduz o conceito de erro a esse caso específico²⁴. Firmou-se, ainda, o entendimento pelo direito à indenização pelos prejuízos sofridos decorrentes de condenação criminal e prisão após a procedência de ação de revisão criminal, com base no art. 37, §6º da CF, e art. 630, do CPP²⁵. Contudo, enquanto em alguns julgados entendeu-se pela impossibilidade de indenização quando a prisão tivesse sido efetivada dentro dos parâmetros legais²⁶, em outros, ainda que se reconhecesse a ausência de erro judicial nesses

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgIn 415.834/RJ. Primeira Turma. Rel. Min Garcia Vieira. Data de Julgamento: 06/06/2002.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 253.674/SP. Quinta Turma. Rel. Min. Felix Fischer. Data de Julgamento 04/03/2004. Data de Publicação: DJ 14/06/2004.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 815.004/RJ. Primeira Turma. Rel. Min. José Delgado. Data de Julgamento: 12/09/2006. Data de Publicação: DJ 16/10/2006..

casos, determinou-se a indenização por danos morais diante do indevido cerceamento preventivo da liberdade do indivíduo, ensejando a responsabilização estatal objetiva²⁷.

No âmbito do STF não é diferente. Vislumbra-se, em sede do AgRg no RE 429.518-1/SC, 2ª Turma, de relatoria do Ministro Carlos Velloso e julgado em 10/05/2004, o regresso à tese de irresponsabilidade civil do Estado por atos oriundos do Judiciário, com exceção dos casos previstos em lei. A partir do RE 505.393-8/PE, de relatoria de Sepúlveda Pertence, em 26/06/2007, todavia, a Corte Suprema se abriu a teses mais favoráveis à responsabilização, reconhecendo a aplicação da tese objetiva com base em revisão criminal e sustentando que a regra constitucional que veicula a responsabilidade por erro judiciário não aditou requisito subjetivo ao regime geral de responsabilidade por risco administrativo. Por outro lado, mais recentemente, no julgado do RE com AG 715.838/CE, de 25/10/2012, a Ministra Carmen Lúcia defendeu que a responsabilidade objetiva não se aplica aos atos judiciais, salvo previsão legal, certo, ainda, que pelo seu caráter excepcional, a indenização por erro judiciário exigiria a configuração de dano anormal.

Conforme se observa, a complexidade do tema é patente, sobretudo diante da ausência de interpretação uniforme dos dispositivos atinentes à responsabilidade estatal por erro judiciário, ocasionando, não raro, divergências entre os tribunais superiores e, até mesmo, entre as próprias turmas do mesmo tribunal. Tendo em vista a relevância da temática e a necessidade de aprofundamento, sobretudo, nos entendimentos firmados pela jurisprudência, o presente estudo contará com maior foco aos erros judiciários que ensejam prisão ilegal, haja vista a gravidade da violação ao direito fundamental à liberdade e as condições às quais fica submetido o indivíduo no sistema carcerário. Objetiva-se, assim, a extrair conclusões assertivas acerca do posicionamento dos tribunais superiores e dos principais fundamentos para a devida responsabilização estatal decorrente de prisão ilegal, em suas variadas hipóteses.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 872.630/RJ. Primeira Turma. Rel. Min. Francisco Falcão. Data de Julgamento: 13/11/2007. Data de Publicação: DJe 26/03/2008.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASO DE PRISÃO ILEGAL

3.1 O alcance do erro judiciário em face da prisão ilegal

Consoante se tem demonstrado, impõe-se ao Estado de Direito o reforço da garantia dos direitos individuais do cidadão, de modo a coibir a prática de qualquer restrição ilegal à liberdade individual, fazendo resultar dela a responsabilidade do Estado pelos danos causados. O direito à liberdade individual, haja vista sua importância ímpar, é protegido pelo Estado da mesma maneira que suas limitações devem ser formalmente preestabelecidas, consistindo, desta forma, no pressuposto do Estado Democrático de Direito. Nessa monta, a garantia do cidadão e o dever do Estado andam de mãos dadas na Carta Magna de 1988, com a garantia do art. 5º, LXXV sendo complementada pelo encargo cominado à Administração Pública com fulcro no art. 37, §6º (HENTZ, 1994, p. 124).

Observa-se, então, que a disposição constitucional, ao prever o direito à indenização da prisão além do tempo fixado na sentença juntamente com a reparação do erro judiciário, transmite a sensação de que os dois institutos se confundem e estão intimamente ligados. Contudo, conforme assevera Luiz Antônio Soares Hentz (1994, p. 129), em que pese os pontos de contato entre os dois conceitos, o erro judiciário não depende da verificação de prisão, bem como a indevida privação da liberdade física não decorre necessariamente de erro de julgamento. De fato, os fundamentos se assentam sobre a mesma base filosófica pautada na dignidade da pessoa humana, mas é necessário ter em mente que a privação da liberdade física tem natureza jurídica restritiva de direitos, resultando em privação do *status libertatis*, ao passo que o erro judiciário não adquire essa coloração nem mesmo quando resulta em prisão indevida. Afinal, o erro é inerente à função de julgar e há previsão de instrumento hábil a sua reparação, certo que a indevida privação de liberdade individual opera seus efeitos independente de assentar sua causa no erro judiciário.

É com base nisso que entende Hentz ser possível estender a disciplina da prisão indevida a todos os casos em que suceder privação de liberdade sem o amparo em condenação com definitiva aplicação de pena de prisão, discussão que será melhor detalhada nos tópicos seguintes. De qualquer modo, faz-se mister ressaltar que, no que tange ao amparo à indenização por prisão além do tempo fixado na sentença, previsto no inciso LXXV do art. 5º da Carta Magna, entende o estudioso Luiz Antônio Hentz (1994, p. 131) que o conteúdo é mais amplo na medida em que comporta, além do ato comissivo, a omissão de qualquer agente público na liberação do preso após cumprida a pena imposta ou os requisitos legais autorizadores.

Por outro lado, extrai-se importante ensinamento dos estudos de Vilson Rodrigues Alves (2001, p. 116), no sentido de que a prisão indevida – não devida porque lhe falta causa à privação da liberdade – traduz caso de erro judiciário penal e expõe o Estado à indenizabilidade, com a prestação do que seja necessário e suficiente à reparação dos danos, incluindo os de natureza não patrimonial. Acrescente-se a isso a constatação de que a doutrina majoritária compartilha o entendimento de que a prisão indevida constitui gênero, do qual são espécies as prisões advindas do erro judiciário e a que excede o tempo de cumprimento de pena estabelecida em sentença condenatória (FRANCO, 2012, p. 213).

Ao relacionar os conceitos atinentes à prisão tida como ilegal ou injusta e o erro judiciário, Yussef Said Cahali (2011, p. 603) elucidada:

Em linha de princípio, ainda que sem um maior rigor científico, poderia se afirmar que aquele que é preso a qualquer título, e que no curso ou no final do processo é posto em liberdade, com o reconhecimento de sua inocência, ou por não provado o delito que lhe foi imputado na denúncia, terá sofrido uma prisão injusta, pela falsa causa que a teria determinado, sendo assim vítima de "erro da justiça".

Importante questionamento surge, diante da redação do inciso LXXV do art. 5º da Constituição, acerca da omissão quanto à possibilidade de indenização por prisão cautelar ilegal, eis que o enunciado acoberta o direito ao ressarcimento àqueles que tiveram condenação com equivocada apreciação dos fatos ou da lei, sendo passível revisão criminal, ou cujo tempo de prisão excedeu o prazo legal. Nesse contexto, necessário se torna afastar a tese de impossibilidade de indenização nesse tipo de prisão ilegal por suposta ausência de previsão no texto constitucional, tendo em vista, primeiramente, a evidente tutela da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88), basilar no Estado de Direito e que fundamenta todos os direitos fundamentais consagrados no art. 5º.

Outrossim, a previsão no inciso LXXV de indenização em caso de prisão decorrente de sentença condenatória, após o devido processo legal, permite concluir que igualmente será assegurada a reparação de danos caso a prisão sequer advenha de prisão condenatória, ocasião em que, constatada a ilegalidade da privação, será ainda mais injusta. Por isso, não se sustenta o argumento de que o legislador constituinte previu taxativamente as hipóteses de responsabilização estatal de modo a excluir os danos oriundos da prisão cautelar ilegal, certo que delimitar, através de critério gramatical e pouco valorativo, o alcance dos danos passíveis de reparação, seria retroagir aos tempos da irresponsabilidade da Administração Pública, em completa oposição ao Estado Democrático de Direito (LIMA, 2016, p. 192).

Nesse sentido, José de Aguiar Dias (2006, p. 784) contribui com importante esclarecimento acerca do alcance do erro judiciário diante da redação do art. 5º, LXXV, da CRFB/88:

A Constituição de 1988, art. 5º, LXXV, ao ordenar que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença, rompeu com a lamentável restrição aparente contida no Código de Processo Penal, no sentido de subordinar a reparação pelo erro judiciário a prévia revisão criminal, crença em que a interpretação menos inocente preservara, não obstante o ensinamento de Palma de Carlos, que fielmente adotamos. Agora, ficou claro que a Administração deve indenizar a vítima do erro judiciário, dando lugar ao entendimento de que como tal deve ser interpretado todo erro que importe coação carcerária juridicamente errônea a cidadão inocente.

Pelo exposto, tratando-se da proteção e reparação a um direito fundamental, cuja relevância se extrai do primado da liberdade garantida pelo Estado de Direito, é forçoso concluir pela necessidade de interpretação extensiva do art. 5º, LXXV, da Carta Magna e do alcance do erro judiciário, que deve ser estendido, inclusive, às hipóteses de prisão provisória ilegal.

3.2 O fundamento da responsabilidade civil do Estado em caso de prisão ilegal

Primeiramente, importante destacar que o estudo do fundamento que autorize – ou não – a responsabilidade civil do Estado em decorrência da prisão ilegal perpassa, naturalmente, pela antiga discussão concernente à responsabilização estatal por atos jurisdicionais, haja vista a relutância, sobretudo jurisprudencial, em reconhecer a possibilidade de o Estado ser responsabilizado pelos atos do Judiciário em sua função típica. Contudo, conforme amplamente desenvolvido no subitem 2.5 desta monografia, tem-se entendido pela razoabilidade, em determinadas hipóteses, da responsabilidade estatal, enquanto expressão do serviço público, atraindo a aplicação do art. 37, §6º, combinado com o art. 5º, LXXV, ambos da Constituição, desde que do ato jurisdicional decorra dano a alguém com comprovado nexos causal. Afinal, negar indenização às vítimas importa em negar a própria missão de semear a justiça, inerente ao Poder Judiciário.

Assim sendo, o intuito deste tópico é, superada a questão concernente à responsabilização extracontratual do Estado por atos jurisdicionais, analisar em que se baseia a responsabilidade estatal, especificamente, no tocante à prisão ilegal, com vistas a verificar se a referida privação de liberdade indevida se encaixa – ou não – na hipótese admitida de erro judiciário a ser indenizado.

Se, por um lado, conforme detalhadamente visto, há ponderável fundamento jurídico que obriga o Estado, nos variados casos, a reparar o dano provocado à vítima em virtude de sua atuação indevida por não lhe ser possibilitado ficar imune à responsabilidade em decorrência de conduta ilícita causadora de dano, o fundamento da responsabilidade estatal em caso de prisão ilegal tem natureza jurídica diversa de todas as demais. Isso porque a prisão que origina o direito à indenização, seja decorrente de sentença transitada em julgado ou de natureza cautelar, é legítima e encontra guarida no ordenamento jurídico. A proteção da coletividade justifica o risco da prisão ilegal sob o prisma do Estado, razão pela qual o fundamento da indenização, nesse caso, não pode ser a atuação do agente público, tendo em vista que o Estado podia efetivar a prisão, amparada legalmente (HENTZ, 1996, p. 133).

O fundamento da indenização por prisão indevida, assim, conforme ilustre pensamento de Luiz Antônio Hentz (1996, p. 133/134), é a assunção de responsabilidade, frente ao risco assumido, a que o Estado adere por força da legislação que impõe o dever de indenizar, de modo a atribuir a responsabilidade ao poder público e tornando imperativa a sua obrigação perante o particular. Destarte, não existindo causa apta para a privação da liberdade pessoal, a prisão não é devida e impõe ao Estado o dever de indenizar com amparo no art. 5º, LXXV, da CRFB/88. Assim, o Estado renuncia a sua soberania ao assumir o dever de indenizar aquele que ficar preso indevidamente, certo que o risco inerente à privação de liberdade coloca o poder público frente à lei: a própria coletividade, destinatária do “ato de risco”, fica sujeita – por meio do Estado - a responder pelos comportamentos violadores do direito alheio em que incorrerem. Isso porque o princípio da igualdade de todos perante a lei leva forçosamente ao reconhecimento da injuridicidade do comportamento estatal que agrava desigualmente a alguém, ao exercer atividades no interesse de todos, no caso a prisão, sem ressarcir o lesado (MELLO, 2015, p. 1027).

Portanto, a legítima atuação estatal, quando lesiva ao particular, será sempre fonte de indenização se o benefício coletivo for obtido à custa do sacrifício da liberdade individual, eis que a proteção da liberdade pessoal é dever inarredável do Estado (HENTZ, 1996, p. 134). Com base nisso, Hentz aponta a inafastável obrigação de indenizar ante a imperatividade da norma constitucional, a qual gera consequências para o intérprete e o aplicador do direito, não deixando de considerar a importância de que fosse conferida ideal disciplina jurídica por lei que viesse a regulamentar o inciso LXXV, do art. 5º, da CRFB/88.

Outrossim, deve-se ter em mente, no estudo da responsabilidade por prisão ilegal, a projeção da dignidade da pessoa humana, proclamada como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, III, da Magna Carta, tendo esse instituto o

objetivo de soerguimento da pessoa humana à estatura de único e verdadeiro destinatário das ações estatais. Sem deixar de lado a importância desse princípio fundamental, Rui Stoco diverge um pouco de Hentz ao entender que a prisão indevida não significa – tampouco se confunde – com a prisão que se mostrou necessária em certo momento da *persecutio criminis*. Prisão indevida, em verdade, seria aquela que ocorreu de forma ilegítima e abusiva em desobediência à realidade fática e aos requisitos formais (STOCO, 2004, p. 1038).

Forçoso relembrar, nesta monta, a total proteção que goza a liberdade pessoal na Constituição Federal, conforme detalhado no primeiro capítulo dessa monografia. A garantia prevista na Carta Magna quanto à indenização por danos morais e patrimoniais faz com que o poder do Estado em restringir a liberdade pessoal por intermédio da prisão não seja absoluto e, caso seja utilizado sem a observância das normas previstas, deverá o ente estatal indenizar os danos causados ao particular. A responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal, assim, representa um reforço à garantia dos direitos individuais em função do próprio caput do art. 5º da Constituição, ao prever a igualdade, inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, bem como do seu inciso X, que prevê como inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente se sua violação (ASSIS, 2013, p. 44).

Importante precedente que não pode ser ignorado, também, no estudo do fundamento da responsabilidade civil estatal em caso de indevida privação de liberdade, é o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, aprovado pelo Decreto Legislativo 226/1991 e promulgado através do Decreto 592/1992. Referido documento reforçou esse entendimento atrelado ao Estado Democrático de Direito através de seu art. 9º, nº 5, que prevê “Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegal terá direito a reparação”. Resta evidente, pela redação do dispositivo, o direito de reparação de dano quando violada a liberdade de forma arbitrária ou em inobservância dos requisitos legais. No mesmo sentido a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 27/1992 e promulgada pelo Decreto 678/1992, prevê que somente pode haver privação da liberdade física nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes, não podendo ninguém ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

Dessa forma, vislumbra-se a necessidade de observância e plena proteção aos direitos constitucionalmente assegurados aos indivíduos, sobretudo a liberdade pessoal e o direito de ir e vir, de forma que o fundamento da responsabilidade civil do Estado em caso de prisão ilegal acertadamente leva em consideração o primado da dignidade da pessoa humana, basilar no

Estado Democrático de Direito, e o respeito aos direitos humanos. Nesse diapasão já se manifestaram os tribunais superiores em diversas ocasiões, cabendo exemplificar com o paradigmático Recurso Especial nº 220.982/RS, através do qual o Superior Tribunal de Justiça firmou importantes entendimentos acerca do fundamento da responsabilização estatal, servindo de referência para inúmeros julgados posteriores:

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 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 220.982/RS. Primeira Turma. Rel. Min. José Delgado, Data de Julgamento: 22/02/2000. Data de Publicação: DJ 03/04/2000, p. 116).

Destarte, pelo que se observa, a responsabilidade civil do Estado nos casos de prisão ilegal encontra fundamento no Estado democrático de direito, na garantia dos direitos constitucionalmente assegurados ao indivíduo, sobretudo a liberdade individual e dignidade da pessoa humana, salientando que o Estado responde pela assunção de responsabilidade frente ao risco assumido por força de legislação, impondo o dever de indenizar. Para tanto, contudo, faz-se necessário o preenchimento dos pressupostos autorizadores da responsabilidade estatal, notadamente a existência do dano de ordem patrimonial ou moral, o ato atribuído ao agente público, consubstanciado na prisão ilegal, e o nexo causal entre ambos, conforme se verá detalhadamente nas elucidações a seguir.

3.3 Principais hipóteses de indenização decorrente de prisão ilegal

Para que se possa compreender de forma eficiente os pressupostos ensejadores da responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal, faz-se necessária a análise das principais situações em que tem sido reconhecido, doutrinariamente e, sobretudo, no âmbito jurisprudencial, o dever de reparar. A partir disso, far-se-á rebuscado estudo dos requisitos para que seja concedida a indenização àqueles que, pelos variados motivos, permaneceram privados de liberdade sem o devido fundamento.

Cumpra destacar, *a priori*, a tendência de parcela da doutrina em sustentar a reparação dos danos provocados por qualquer espécie de prisão tida como indevida. Para Rui Stoco (2004, p. 1038), a prisão indevida consiste naquela que ocorreu de forma ilegítima e abusiva em desobediência à realidade fática e aos requisitos formais, exemplificando com a permanência em cárcere para além do tempo fixado em sentença, o indivíduo preso injustamente sem motivação aparente, aquele detido pela autoridade policial com evidente abuso de poder, ou, ainda, o que cumpriu a pena de outro indivíduo, seu homônimo. Entende, assim, que seja qual for a modalidade de prisão indevida, ainda que não se subsuma com perfeição à hipótese enunciada no inciso LXXV, do art. 5º da Constituição, enseja reparação, haja vista ser expressão maior da desídia e do comportamento açodado ou prepotente da autoridade, consubstanciado em atuar culposos.

Afinal, o preceito do art. 630 do CPP, que reconhece o direito à justa indenização pelos prejuízos sofridos àquele condenado por sentença transitada em julgado com posterior revisão criminal, se mostra extremamente limitativo da responsabilidade indenizatória do Estado pelos danos causados no exercício da jurisdição criminal a seu cargo (CAHALI, 2007, p. 475). É necessária, assim interpretação teleológica que ultrapassa a literalidade do texto, não podendo estar a responsabilização estatal atrelada unicamente à hipótese de erro judiciário em revisão criminal. Por óbvio, a hipótese mais facilmente reconhecida de responsabilidade civil do Estado em caso de prisão ilegal decorre da sentença penal condenatória transitada em julgada e desconstituída em sede de revisão criminal, situação em que, o art. 5º, inciso LXXV, da CRFB/88, é inequívoco e reafirma a responsabilidade civil por erro judiciário já prevista no art. 630 do CPP. Contudo, certamente referida inovação constitucional contida no inciso LXXV conferiu maior amplitude à indenização pela prisão decorrente de erro judiciário, antes limitada às disposições do art. 630 do CPP.

Nesse sentido, entende José de Aguiar Dias (2006, p. 881-882) que o erro judiciário compreende não só a condenação injusta reformada por revisão criminal, mas o excesso e a insuficiência da pena, o erro da investigação policial, a prisão preventiva injustificada. Isso se deve ao rompimento, após o inciso LXXV do art. 5º da Constituição, com a lamentável restrição aparente contida no Código de Processo Penal no sentido de subordinar a reparação pelo erro judiciário à prévia revisão criminal. Atualmente, resta claro que à Administração incumbe indenizar a vítima do erro judiciário, entendido como todo erro que importe coação carcerária juridicamente errônea a cidadão inocente.

Merece destaque, nesta monta, a situação de recolhimento ou manutenção em regime prisional desconforme, que empenha igualmente a responsabilidade estatal em virtude do erro

judiciário. Afinal, são facilmente verificados os danos causados a quem, por exemplo, por culpa exclusiva do Estado, permanece preso em cadeia pública, privado de liberdade e tratamento médico, a despeito de absolvido em processo penal e sujeito à medida de segurança em hospital ou tratamento adequado, haja vista a obrigação do Estado de criar vagas suficientes nos hospitais a fim de atender às medidas de segurança determinadas na lei penal (CAHALI, 2007, p. 484-485).

No mesmo sentido, urge ressaltar trabalho específico de Luiz Eduardo Cicote (2000, p. 485-490), em que o autor demonstra a responsabilidade civil do Estado perante os condenados beneficiados pelo regime aberto na sentença, mas que cumpriram pena no regime fechado por falta de Casa do Albergado ou estabelecimento congênere. Entende-se, neste caso, que inexistindo vaga, casa do albergado ou estabelecimento congênere, em face da omissão do Poder Público, exatamente a quem cabe tutelar o direito de ir e vir do cidadão, o condenado agraciado na sentença com regime aberto ou semiaberto jamais poderá cumprir pena, ainda que parte dela, no regime fechado, tendo em vista que não responde pela incúria ou ineficiência do aparelhamento estatal.

Saliente-se que a problemática atinente à falta de vaga para cumprimento de pena no regime adequado levou à edição, pelo STF em 2016, da Súmula Vinculante nº 56, que dispõe “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”. O enunciado faz referência a importante julgado²⁸ pelo qual se reconheceu que o cumprimento de pena em regime fechado por inexistir vaga em estabelecimento adequado ensejaria a violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CRFB/88) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). Diante disso, foram elencadas diversas medidas a serem adotadas nessas situações, tendo em vista que o plano legislativo da execução penal, preocupada com os direitos fundamentais dos sentenciados, está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável.

Ainda, sob o mesmo argumento deve ser indenizado o adolescente que for recolhido provisoriamente em estabelecimento prisional comum, por suposto ato infracional, e não no devido estabelecimento educacional para internação provisória²⁹.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 641320. Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral – Mérito. Data de Julgamento: 11/05/2016 DJe-159, Data de Publicação: DJe-159 01/08/2016.

²⁹ Nesse sentido, já decidi o TJSC: RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRISÃO DE MENOR EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL COMUM. AUTOR QUE NÃO PORTAVA QUALQUER DOCUMENTO. POLICIAIS QUE MESMO SEM A IDENTIFICAÇÃO CIVIL DEIXARAM DE PROCEDER A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. OMISSÃO ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO

No mais, hipótese de fácil reconhecimento e que demanda pouca profundidade de análise diz respeito à situação expressamente prevista no inciso LXXV do art. 5º, quanto à prisão além do tempo previsto pela sentença. Nesse caso, evidencia-se a garantia individual do cidadão pleitear indenização material e moral ao Estado pelo tempo permanecido em cárcere superior ao devido, haja vista a falha estatal na verificação do cumprimento da pena imposta. Isso porque na hipótese em que seja verificada o excesso de prazo, deve de imediato ser relaxada a privação da liberdade pelas autoridades, consoante orientação jurisprudencial do STJ³⁰, não podendo deixar de lado, também, a disposição constitucional no sentido de que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (art. 5º, inciso LXV). No mesmo sentido é o caso em que o agente permanece em regime prisional mais gravoso por mais tempo do que o devido, tendo em vista o cumprimento dos requisitos para progressão de regime, nos termos da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984). Conforme jurisprudência do TJSP:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL (R\$ 95 MIL). FESP. PRISÃO PARA ALÉM DO TEMPO EM REGIME MAIS GRAVOSO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. PRETENSÃO DE REFORMA. POSSIBILIDADE, MAS EM PARTE. Sem arguição preliminar. No mérito, conquanto subjetiva a estipulação do valor da indenização por dano moral, a compensação deve ser fixada em montante que possa penalizar a conduta negligente do ofensor, sem constituir enriquecimento indevido, e observando a natureza do dano, suas consequências na vida e nas condições econômicas das partes. Arbitramento no valor de R\$ 3 mil. No caso, ficou o autor preso em regime mais gravoso (semiaberto) por cerca de 1 mês a mais do tempo em que já poderia ter progredido para regime menos gravoso (aberto), por comprovada culpa e erro da Administração Pública, não se ignorando o fato de que não houve ilegalidade da prisão ou outro erro crasso. Precedentes desta Corte. Dano moral definido somente a partir deste julgado. Juros de mora desde a citação. Correção monetária desde o arbitramento. Súmula 362 do STJ. Aplicação as teses definias pelo STF (Tema 810) e pelo STJ (Tema 905). Inversão do ônus sucumbencial. Majoração da verba honorária, em grau recursal (CPC, art. 85, §§ 8º e 11). Recurso parcialmente provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 1000686-54.2018.8.26.0483. Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público. Relator (a): Camargo Pereira. Data do Julgamento: 23/06/2020. Data de Publicação: DJe 23/06/2020).

CRIMINAL PELOS AGENTES PÚBLICOS. APLICAÇÃO DA TEORIA OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DO ENTE PÚBLICO E A OMISSÃO DEVIDAMENTE CARACTERIZADO. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2012.086845-4. Segunda Câmara de Direito Público. Rel.: Francisco Oliveira Neto. Data de Julgamento: 15/10/2013).

³⁰ Excesso de prazo. Uma vez constatado o excesso de prazo, cumpre ao Judiciário, atento à ordem jurídica, afastar a custódia preventiva, sob pena de abrir ensejo ao acusado a que venha responsabilizar o Estado – inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rec. Ordinário em HC nº 71.354-8. Segunda Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 13/09/1994. Data de Publicação: DJU 27/10/1994).

Não se pode ignorar, ainda dentro da previsão expressa do inciso LXXV do art. 5º, a situação em que o réu, preso preventivamente no curso do processo, vem a ser ao final condenado a uma pena privativa de liberdade fixada em prazo inferior àquele que o sentenciado já havia permanecido detido. Trata-se de uma consequência lógica da hipótese do condenado “que ficar preso além do tempo fixado na sentença”, eis que, na prática, o agente terá permanecido privado da liberdade, ainda que preventivamente, por mais tempo do que a sentença posteriormente fixou, ficando, assim, exposto a todas as consequências gravosas advindas do cárcere.

Igualmente merece destaque a situação em que, independentemente de revisão criminal, o condenado cumpre pena privativa de liberdade de outro indivíduo, configurando a chamada prisão por erro de pessoa, na qual o equívoco se dá na identificação do verdadeiro responsável pelo crime. A troca dos nomes, falha na identificação criminal, bem como dos serviços judiciais e da polícia, embora sejam extremamente raros nos dias atuais, sobretudo em razão do avanço dos sistemas de informatização e da tecnologia no controle da identificação criminal, enseja inequívoca reparação dos danos injustamente sofridos por terceiro que não possui qualquer relação com o evento criminoso, mas se viu privado da liberdade tão somente em razão da falha estatal. Ainda assim, ganhou enorme repercussão o caso célebre do mecânico Marcos Mariano da Silva, que permaneceu 19 anos preso por possuir o mesmo nome do verdadeiro autor de um homicídio, salientando que em decorrência da prisão ilegal passou por diversos sofrimentos, como a cegueira e tuberculose. Ajuizou-se então, ação de indenização em face do Estado, na qual foi reconhecida a inequívoca responsabilidade civil estatal pelos atos do Poder Judiciário, com condenação ao ressarcimento dos danos materiais (R\$ 156.000,00) e morais (R\$ 1.844.000,00), conforme acórdão do STJ de 2006³¹.

De mais a mais, situação menos comum, mas que igualmente deve ser pontuada, diz respeito a falhas ocorridas no mandado de prisão. Isso pode ocorrer em razão de mandado expedido erroneamente, seja por erro material, seja por equívoco na sua criação, bem como pela ausência de recolhimento de mandado de prisão, isto é, quando há ordem judicial para revogação do mandado e o mesmo não é recolhido, com consequente prisão indevida do indivíduo. Trata-se de hipótese na qual tem sido reconhecida a responsabilidade civil do Estado³².

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 802435 PE 2005/0202982-0. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 19/10/2006. Data de Publicação: DJ 30/10/2006, p. 253.

³² APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ESTADO DE MINAS GERAIS - PRISÃO PREVENTIVA ANULADA - MANDADO DE PRISÃO NÃO RECOLHIDO - ENCARCERAMENTO ILEGAL - DANOS MORAIS - "IN RE IPSA" - NEXO CAUSAL PRESENTE -

No tocante à prisão em flagrante, expressamente excepcionada pelo art. 5º da Constituição Federal, sendo forma legal de restrição da liberdade, situação específica tem sido admitida na jurisprudência como ensejadora de reparação de danos. Trata-se da prisão decorrente do chamado “flagrante forjado”, quando são criadas provas de um crime inexistente, conforme já elucidado no tópico 1.7 desta monografia. Constitui, assim, típico exemplo de prisão ilegal, haja vista não se tratar das hipóteses admitidas de prisão em flagrante por não configurar os pressupostos de flagrância.

Não bastasse, faz-se necessário levar em consideração, no estudo da responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal, algumas disposições da nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), que define os crimes cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído (art. 1º). O primeiro crime definido como abuso de autoridade, consoante o art. 9º, diz respeito a decretar medida de privação de liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais, culminante em detenção de um a quatro anos e multa ao agente público. No mesmo sentido, dispõe o parágrafo único que incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro do prazo razoável, deixar de relaxar a prisão manifestamente ilegal, deixar de substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando cabível, ou deixar de deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando cabível. Também é expressamente previsto como crime o ato de prolongar a execução de pena privativa de liberdade, prisão temporária, prisão preventiva, medida de segurança ou de internação, deixando, sem motivo justo e excepcionalíssimo, de executar o alvará de soltura imediatamente após recebido ou de promover a soltura do preso quando esgotado o prazo judicial ou legal.

Conforme se verifica, há uma grande preocupação em tipificar como crime as condutas do agente público que acarretem ilegal privação do indivíduo, notadamente quando praticadas com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal, na forma do art. 1º, §1º da Lei nº 13.869/19. Deve-se atentar, ainda, para o fato de que o processo e julgamento de referidos delitos seguirão as disposições do Código de Processo Penal e que as penas previstas são independentes das sanções de natureza civil ou administrativa cabíveis (art. 6º), de modo a ser plenamente cabíveis

RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA - RECURSO PROVIDO. 1) Constatada a ilegalidade da prisão a que foi submetido o autor, deve o Estado responder pelos danos morais que lhe foram causados, estando comprovado o fato lesivo praticado pela administração, o dano e o nexo entre ambos. 2) O valor a ser arbitrado, a título de dano moral, deve guardar correspondência com a gravidade objetiva da lesão, o seu efeito lesivo, ao que se acresce a verificação das condições econômicas das partes. 3) Recurso provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. AC 10133120006274001 MG. Oitava Câmara Cível. Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Data de Julgamento: 09/10/2014. Data de Publicação: 20/10/2014).

ações indenizatórias movidas em face do Estado diante de conduta de agente público que, nos termos da citada lei, impôs ilegalmente a privação de liberdade ao indivíduo.

De qualquer forma, verifica-se pela análise das principais hipóteses de incidência da responsabilidade civil do Estado que, em linhas gerais, tem se reconhecido a responsabilização estatal nas situações em que se configura ilegal privação da liberdade individual. Isso porque, nos ensinamentos de Roberto Delmanto Júnior (2001, p. 132), somente quando respeitados os direitos de cada cidadão, indenizando-se, em termos individuais, aqueles que tenham sofrido danos materiais e/ou morais em função de prisões decretadas de forma arbitrária, mantidas em desacordo com a lei, é que o Estado estará efetivamente respeitando os ditames da Constituição da República, reafirmando os valores atinentes ao respeito ao cidadão, ínsitos a uma verdadeira democracia.

Nesses termos, há de se observar que a indenização por prisão ilegal está associada às garantias constitucionalmente previstas, notadamente a dignidade da pessoa humana, princípio basilar da República insculpido no art. 1º, III, o direito à reparação dos danos provocados ao condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença, conforme art. 5º, LXXV, bem como a previsão da responsabilidade civil do Estado exposta no art. 37, §6º, segundo o qual as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores 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. Destarte, configura-se verdadeira hipótese de responsabilidade civil objetiva, sob a teoria do risco administrativo, conforme bem sintetizado por Marcelo Alexandrino e Paulo Vicente (2015, p. 870):

[...] a própria Constituição Federal estabeleceu, como garantia individual, a regra de que "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença" (CF, art. 5º, LXXV). Nessa hipótese, se o indivíduo é condenado (na esfera penal) em virtude de sentença que contenha erro judiciário, tem direito, contra o Estado, à reparação do prejuízo. A responsabilidade do Estado é objetiva, vale dizer, independe de o erro haver decorrido de dolo ou culpa do magistrado que proferiu a decisão judicial. Esse dispositivo art. 5º, LXXV, da Carta da República, frise-se, não alcança a esfera cível, isto é, não enseja indenização por um prejuízo que alguém tenha sofrido em decorrência de um erro cometido na prolação de uma sentença cível.

Não bastasse, também é nesse sentido que tem sido reconhecida a responsabilidade civil do Estado em caso de prisão ilegal no âmbito dos tribunais, merecendo destaque importante acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, que ressalta o caráter de garantia que assume a indenização nesses casos:

Erro judiciário. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Direito à indenização por danos morais decorrentes de condenação desconstituída em revisão criminal e de prisão preventiva. CF, art. 5º, LXXV. C.Pr.Penal, art. 630. 1. O direito à indenização da vítima de erro judiciário e daquela presa além do tempo devido, previsto no art. 5º, LXXV, da Constituição, já era previsto no art. 630 do C. Pr. Penal, com a exceção do caso de ação penal privada e só uma hipótese de exoneração, quando para a condenação tivesse contribuído o próprio réu. 2. A regra constitucional não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37, § 6º, da Lei Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos, a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado. 3. O art. 5º, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário stricto sensu, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 505393. Primeira Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Data de Julgamento: 26/06/2007. Data de Publicação: DJe 05/10/2007).

Dessa forma, salutar reconhecer que doutrina e jurisprudência andam firmes, em linhas gerais, no reconhecimento de que a indenização em decorrência de prisão ilegal consiste em direito constitucionalmente assegurado ao indivíduo, haja vista o primado da liberdade pessoal e a proteção garantida pelo art. 5º, LXXV, da Carta Magna, atrelada à responsabilidade civil do Estado por atos de seus agentes públicos. Vislumbrou-se, ainda, que referida reparação dos danos não está restrita às hipóteses taxativamente previstas de erro judiciário com sentença penal reformada em sede de revisão criminal e quando o acusado permanece mais tempo preso do que o fixado em sentença, mas também abrange outras situações em que inequívoca a privação ilegal e injusta da liberdade.

Contudo, em que pese os casos até então estudados implicarem facilmente o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, com evidente razoabilidade da condenação do ente estatal a reparar os danos sofridos pelo lesado, a problemática maior reside nas hipóteses de prisão provisória e eventual indenização, tendo em vista a sua maior complexidade bem como sua utilização desenfreada na realidade brasileira. Assim, faz-se mister análise mais rebuscada, sobretudo jurisprudencial, a fim de elucidar todas as nuances atinentes à suposta configuração de responsabilidade civil, seja em caso de prisão cautelar decretada de forma ilegal, em inobservância dos requisitos necessários, seja aquela decretada regularmente, mas seguida de sentença penal absolutória. Far-se-á, então, o devido estudo dessa modalidade, em tópico específico, no qual se situa a real polêmica e divergência de correntes no que tange ao tema de interesse desta monografia.

3.4 Responsabilidade civil do Estado em caso de prisão provisória

Com efeito, a maior amplitude conferida pelo inciso LXXV do art. 5º à indenização em caso de prisão ilegal, antes restrita à hipótese de sentença condenatória com erro judiciário sujeita à revisão criminal – nos termos do art. 630 do CPP - desencadeou o debate acerca da extensão do conceito de erro judiciário para as hipóteses de ilegalidade em prisão decretada preventivamente. Não se contesta que a legislação constitucional e penal é omissa em reconhecer a pretensão indenizatória ao réu que, embora absolvido no mérito, sofreu temporariamente injusta privação da liberdade no curso do processo, mas indenizar apenas o clássico erro judiciário é muito pouco e não abrange a maior gama dos casos de prisões ilegais e injustas. Contudo, admitir a reparação do dano causado por prisão provisória ilegal demanda análise mais rebuscada a fim de se compreender em que situações a prisão decretada de forma ilegal ou, ainda que licitamente determinada, enseja indenização por posterior absolvição em sentença penal, discussão essa que divide correntes doutrinárias e repercute diretamente nas decisões dos tribunais.

A priori, seria facilmente aceita a noção de que, impondo-se ao Estado a obrigação de indenizar aquele que “ficar preso além do tempo fixado na sentença”, estaria também o constituinte implicitamente assegurando o direito à indenização em virtude de ordem de prisão cumprida sem sentença condenatória (CAHALI, 2011, p. 611). Afinal, o ilustre estudioso Cahali (2007, p. 477), defensor irrestrito da responsabilização estatal, compreende que sendo injusta a prisão no que exceder o prazo fixado na sentença condenatória, não pode ser tida como menos injusta a prisão do réu que é mantido sob cárcere se ao final vem a ser eventualmente julgada improcedente a denúncia pela sentença absolutória. Todavia, a questão assume maior complexidade na medida em que o próprio texto constitucional³³ placita a legalidade da prisão provisória, seja em flagrante ou por ordem judicial, bem como a legislação processual penal.

Diante disso, faz-se mister compreender os fundamentos por trás das diferentes correntes que surgiram para explicar a responsabilidade civil do Estado em caso de prisão provisória. José Aguiar Dias (2006, p. 857) entende que, ordinariamente, erro judiciário seria a sentença criminal de condenação injusta, mas alcançaria, em sentido mais amplo, também, a prisão preventiva injustificada, que não pode ser excluída do direito à reparação. No mesmo sentido, Rui Stoco elucida, após se referir às lições de Yussef Said Cahali, José de Aguiar Dias e Luiz Antônio Soares Hentz, que nada justifica, nos dias atuais, excluir da possibilidade do

³³ Art. 5º, LXI - 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.

erro judiciário, no sentido genérico a que se refere a Carta Magna, qualquer tipo de prisão, seja definitiva, decorrente de sentença; seja preventiva, cautelar ou provisória, hipóteses que se referem ao erro judicial *in genere* e não apenas ao erro judiciário típico (STOCO, 2004, p. 1009).

Para essa corrente de pensadores, o dever de reparar estaria fundado na gravidade da situação do indivíduo privado da liberdade através de custódia cautelar que não se confirma por sentença condenatória, representando uma antecipação da pena, isto é, do efeito definitivo da tutela estatal, ainda que não possua natureza de sanção jurídica e configure exercício regular de um poder do Estado. Com base nisso, chegam à conclusão de que a prisão indevida se revela pela sentença penal absolutória, conforme bem sintetizado por João Honório de Souza Franco (2012, p. 219). Nesta monta, a indenização se tornaria inegável pelo reconhecimento dos profundos danos de ordem material e moral suportados pelo acusado, haja vista o intenso sofrimento, privação do convívio social e familiar, precariedade de condições carcerárias, estigmatização social, entre outros. A reparação se justifica, então, pelo sofrimento injustamente imposto ao jurisdicionado, ainda que sob a égide da lei e na busca do bem coletivo. É nesse sentido o comentário de Aduino Alonso Silvinho Suannes (1998, p. 247):

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

Roberto Delmanto Júnior, um dos principais adeptos a essa corrente que defende a ampla indenização nos casos de prisão provisória com posterior absolvição por sentença penal, sintetiza os casos em que acredita ser devida a reparação dos danos (2001, p. 395-396):

- a) prisão provisória formalmente perfeita, seguida de absolvição, não importando qual o fundamento processual penal lançado na sentença (art. 386 e seus incisos do referido diploma);
- b) custódia cautelar que tenha sido objeto de concessão de ordem de *habeas corpus* ou liberdade provisória, pelo não-reconhecimento da existência de seus pressupostos e/ou requisitos *já à época de sua efetivação*;
- c) prisão provisória objeto de concessão de ordem de *habeas corpus* por excesso de prazo;
- d) cárcere cautelar que tenha se mostrado arbitrário, como em hipóteses de prisões em flagrante efetuadas de forma afrontosa aos direitos e garantias individuais e relaxadas pela autoridade judiciária (Constituição da República, art. 5º, LXI);

e) prisão formalmente perfeita, mas imposta de forma desumana (como em casos de superlotação carcerária, inexistência de banho de sol etc.), em flagrante ofensa não só à nossa Magna Carta, mas, também à Lei de Execução Penal, aplicável ao preso provisório (art. 2º, parágrafo único).

Primeiramente, faz-se necessário ressaltar que não se mostra razoável a hipótese prevista pelo Autor no item “e” em virtude da evidente ausência de sustentação jurídica, salientando que poder-se-ia configurar perigoso precedente a engendrar a responsabilidade estatal sob a teoria do risco integral, veementemente repudiada pelos estudiosos e não acolhida pelo nosso sistema constitucional vigente, que consagra a teoria do risco administrativo.

Ocorre que o posicionamento adotado pelo autor enseja uma série de discussões notadamente no que diz respeito àquela prisão cautelar decretada em estrita observância aos requisitos legais, mas com posterior absolvição, acarretando debate, inclusive, de acordo com o fundamento adotado na sentença – incisos do art. 386 do CPP - para absolver o réu. Juntamente com Delmanto Júnior, Augusto do Amaral Dergint (1994, p. 178) entende que a prisão preventiva, mesmo quando totalmente lícita, torna-se materialmente injusta nas hipóteses em que o acusado é inocentado, é condenado por infração que não comporta pena privativa de liberdade ou quando a pena cominada é inferior à cumprida preventivamente. Isso se deve ao fato de que o réu inocente, nesse caso, sofre carga injusta e desigual, com danos de ordem profissional, econômica e moral, devendo, pois, a coletividade responder em respeito ao princípio da igualdade, certo que não se poderia tratar de forma diferente as consequências advindas do erro judiciário por condenação injusta e da prisão preventiva injustificada.

A Carta Magna, nesse diapasão, é arcabouço robusto a sustentar a tese por muitos defendida quanto à irrestrita responsabilização estatal em caso de prisão provisória com posterior absolvição: garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV), dentro do qual se incluem princípios como contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV), presunção de inocência (art. 5º, LVII), direito à liberdade provisória (art. 5º, LXVI) e, claro, direito à indenização pelo erro judiciário (art. 5º, LXXV). Quando esses princípios são desrespeitados e, concomitantemente, há restrição de liberdade individual, seja de forma definitiva ou provisória, configura-se a ilegalidade da prisão (QUIRINO, 1999, p. 47).

É com base nesses preceitos que relevante corrente doutrinária, seguindo lições de estudiosos como Yussef Said Cahali, Luiz Antônio Soares Hentz, Delmanto Júnior, Augusto do Amaral Dergint, entre outros, defende que o Estado deve responder pelos danos decorrentes de prisão provisória, seja em flagrante, preventiva ou temporária, de um acusado que, ao final, é reconhecido inocente ou não tem provada sua culpabilidade, em sentença absolutória

(FRANCO, 2012, p. 222). Entende-se, ainda, que essa premissa decorre da presunção de inocência, eis que o direito à indenização surge automaticamente do reconhecimento definitivo da não-culpabilidade (GOMES FILHO, 1991, p. 75-76).

Por esse motivo, não haveria nenhuma diferença quanto ao dever de reparar, segundo esse raciocínio, de acordo com os motivos da absolvição na esfera penal. Isso significa que independentemente do inciso do art. 386 do CPP³⁴ no qual estiver fundamentada a sentença absolutória, o primado da liberdade pessoal, presunção de inocência, juntamente com demais disposições constitucionais, justificariam a condenação do Estado a ressarcir os danos de ordem material e moral suportados por aquele que, durante o processo, fora submetido ao cárcere e, ao final, fora absolvido. O dever de indenizar, assim, decorreria do ato lícito no exercício da jurisdição que teria causado danos profundos ao acusado em ação penal, não importando o motivo que levou a sua absolvição, mas, simplesmente, que o Estado imputou a prática de um crime a um indivíduo que, após submetido ao cárcere, foi considerado inocente, em típica manifestação da responsabilidade objetiva estatal. Essa vertente sustenta, portanto, que sendo o denunciado preso a qualquer título, com absolvição ao final e conseqüente soltura, a intercorrência de qualquer forma de privação de sua liberdade caracterizaria, objetivamente, prisão indevida, suficiente para assegurar ao sentenciado o direito de ser indenizado pelo Estado, sob a perspectiva do dano injusto (CAHALI, 2007, p. 480).

Neste passo, Suannes (1998, p. 249) aponta que não importa se o acusado foi absolvido por falta de provas, por ausência de autoria ou materialidade do crime, uma vez que não se vislumbra, diante dos preceitos constitucionais assegurados, que haja distinção entre o réu “totalmente inocente” ou “restritivamente inocente”, haja vista o status de inocência gozado por ambos, que só cessa após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CRFB/88). O reconhecimento do dano moral experimentado pelo acusado, assim, tido por inocente, justifica a inegável indenização pela prisão cautelar que se tornaria indevida pela absolvição ao final do processo.

É nesse diapasão que Sedeur Fernandes Correa (2008, p. 34) sustenta que a prisão cautelar, em qualquer modalidade, envolve um risco social, certo que o Estado sacrifica

³⁴ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência

VII - não existir prova suficiente para a condenação.

provisoriamente a liberdade do provável autor do crime para resguardar valores como a ordem pública, incolumidade de testemunhas e instrução processual, correndo o risco de que ele venha a ser posteriormente julgado inocente. Não se pode prevalecer, então, o argumento de que a persecução penal é justificada pela manutenção da pacificação social, um poder-dever estatal, eis que, se o risco assumido é convertido em benefício à sociedade, nada mais justo que ela mesma seja indenizada, pelo próprio Estado, na situação de um preso injustamente.

Com efeito, é sabido que essa corrente não tem sido acatada pelos estudiosos mais modernos e, menos ainda, pelas orientações jurisprudenciais dos tribunais superiores. Não se ignora, contudo, a existência, ainda que singela, de julgados no âmbito do STF e STJ que reconheceram o dever estatal de indenizar aquele que foi submetido a prisão cautelar no curso do processo e foi reconhecido inocente por sentença penal absolutória. Sem especificar o fundamento da absolvição, cumpre destacar alguns precedentes desses tribunais pelo reconhecimento da responsabilidade civil do Estado em caso de prisão cautelar com posterior sentença absolutória. Primeiramente, ressalte-se o posicionamento do Ministro do STJ Vicente Leal, ainda em 1996³⁵, ao entender que a magnitude conferida pelo texto constitucional ao *status libertatis* (art. 5º, XV), inscreveu no rol dos direitos e garantias individuais regra expressa que obriga o Estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado na sentença (art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes à de quem foi submetido à prisão processual e posteriormente absolvido.

No mesmo sentido, em importante julgado de 2012, o plenário do Superior Tribunal de Justiça compreendeu que se assemelha à hipótese de indenização por erro judiciário a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido, salientando que a absolvição futura revela a ilegitimidade da prisão pretérita e que a prisão injustificada reflete ofensa à honra, à imagem, além de afrontar diretamente o direito fundamental à vida digna:

PROCESSO CIVIL. ERRO JUDICIÁRIO. ART. 5º, LXXV, DA CF. PRISÃO PROCESSUAL. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. 1. A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5º, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização. 2. Assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido. A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar o mais comezinho direito fundamental à vida livre e digna. A absolvição futura revela a ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos (*notoria non egent probationem*). 3. O pedido de indenização por danos decorrentes de restrição ilegal à liberdade, inclui o "dano moral", que in casu, dispensa prova de sua existência pela inequívocidade da ilegalidade da prisão,

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 61.899-1/SP. Sexta Turma. Rel. Min. Vicente Leal. Ementário STJ, 15/220. Data de Julgamento: 26/03/1996, Data de Publicação: DJU 03/06/1996.

duradura por nove meses. Pedido implícito, encartado na pretensão às "perdas e danos". Inexistência de afronta ao dogma da congruência (arts. 2º, 128 e 460, do CPC). 4. A norma jurídica inviolável no pedido não integra a causa petendi. "O constituinte de 1988, dando especial relevo e magnitude ao status lebertatis, inscreveu no rol das chamadas franquias democráticas uma regra expressa que obriga o Estado a indenizar a condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado pela sentença (CF, art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes a de quem submetido à prisão processual e posteriormente absolvido." 5. A fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica na valoração da proporcionalidade do quantum e na capacidade econômica do sucumbente. 6. Recurso especial desprovido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 427.560/TO. Primeira Turma. Rel. Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 05/09/2002. Data de Publicação: DJ 30/09/2002, p. 204).

O Supremo Tribunal Federal também já se manifestou pelo reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Estado, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal, em caso de prisão cautelar que se revela indevida em razão da absolvição do acusado:

Responsabilidade civil objetiva do Estado (CF, ART. 37, § 6º). Configuração. "Bar Bodega". Decretação de prisão cautelar, que se reconheceu indevida, contra pessoa que foi submetida a investigação penal pelo poder público. Adoção dessa medida de privação da liberdade contra quem não teve qualquer participação ou envolvimento com o fato criminoso. Inadmissibilidade desse comportamento imputável ao aparelho de estado. Perda do emprego como direta consequência da indevida prisão preventiva. Reconhecimento, pelo tribunal de justiça local, de que se acham presentes todos os elementos identificadores do dever estatal de reparar o dano. Não-comprovação, pelo estado de São Paulo, da alegada inexistência donexo causal. Caráter soberano da decisão local, que, proferida em sede recursal ordinária, reconheceu, com apoio no exame dos fatos e provas, a inexistência de causa excludente da responsabilidade civil do poder público. Inadmissibilidade de reexame de provas e fatos em sede recursal extraordinária (súmula 279/stf). Doutrina e precedentes em tema de responsabilidade civil objetiva do estado. Acórdão recorrido que se ajusta à jurisprudência do supremo tribunal federal. RE conhecido e improvido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 385943 SP. Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 15/12/2009, Data de Publicação: DJe 19/02/2010).

Em outro julgado, o STF³⁶ manteve o entendimento do acórdão regional no sentido de que a prisão preventiva, em que pese formalmente revestida de legalidade, foi decretada com razões fáticas que não se mostraram consistentes o suficiente, caracterizando abuso de direito e ofensa à garantia dos direitos individuais do cidadão. Dessa forma, reiterou-se a necessidade de que a prisão cautelar seja fundamentada em indícios sérios tendo em vista o primado da liberdade individual, certo que a prisão preventiva com duração de quatro meses causou ao acusado inequívoco constrangimento moral, além da perda do emprego.

Entretanto, é salutar a percepção de que esse não tem sido o entendimento mais recente tanto no âmbito acadêmico como jurisprudencial, de modo a se observar uma tendência cada

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 603395/RO, Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 14/12/2011, Data de Publicação: DJe 03/02/2012.

vez mais restritiva no reconhecimento da responsabilidade civil do Estado em caso de prisão cautelar com posterior absolvição. Isso se revela ainda mais evidente no que tange à hipótese de indenização independentemente do fundamento utilizado pela sentença para absolver o acusado (art. 386, CPP). Boa parcela da doutrina, a exemplo de Ruy Rosado Aguiar Júnior (1993, p. 39-40), entende que a simples absolvição na esfera penal somente ensejaria o dever de reparar no âmbito cível quando fundada na categórica negativa da existência do fato, isto é, da materialidade do crime, ou da autoria, ou pelo reconhecimento da licitude do comportamento, situações em que a prisão preventiva se caracterizaria como ilegal. Seria impossível, dessa forma, a reparação nos casos em que o acusado é absolvido por falta de provas (art. 386, VII, CPP), por exemplo, eis que a indenização seria fundada em direito do qual se tem dúvida, já que não restou demonstrada a certeza quanto à inocência do réu. Importante ensinamento é extraído, também, da lição de Rui Stoco (2004, p. 1038): “O dia em que a prisão cautelar ou qualquer outra medida for considerada como erro judicial ou judiciário apenas em razão da absolvição do suspeito, indiciado ou acusado, todo o arcabouço e o sistema jurídico-penal estarão abalados e irremediavelmente desacreditados”.

De fato, caso fosse admitida a corrente defendida por alguns de que toda e qualquer absolvição penal de acusado que fora recolhido em prisão provisória acarretasse o dever estatal de indenizá-lo pelo tempo privado da liberdade, estar-se-ia diante da completa fragilização e descrédito da prisão cautelar enquanto medida legalmente prevista. Atrelar a sentença penal absolutória automaticamente ao dever de indenizar aquele que fora preso no curso do processo significaria atribuir à prisão provisória os exatos mesmos efeitos que a prisão-pena, após o devido processo legal consubstanciado na sentença penal condenatória, de modo a ignorar o caráter processual e a natureza jurídica desse instituto.

Por conta disso, mostra-se mais razoável afastar a interpretação pela qual toda e qualquer prisão provisória com posterior absolvição por sentença penal acarrete a responsabilidade civil do Estado. Faz-se mister, em verdade, considerar a legalidade ou regularidade da prisão cautelar, e não necessariamente a sentença absolutória, certo que o juízo da ação indenizatória de responsabilidade civil deve se atentar para as condições e circunstâncias da prisão ocorrida em qualquer fase do processo. Nesse aspecto, não haveria se falar em dever do Estado de indenizar a prisão provisória – enquanto ato jurisdicional - decretada nos estritos ditames legais, fundamentada nos elementos dos autos, sem abuso ou excesso de poder e em observância aos requisitos necessários para a medida cautelar.

É esse o entendimento que vem sido perpetrado pelo Superior Tribunal de Justiça, que tem reconhecido que a prisão cautelar, devidamente fundamentada e nos limites legais, não gera

o direito à indenização em face de posterior absolvição³⁷. Referido posicionamento tem se evidenciado, inclusive, em julgados extremamente recentes:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DECRETAÇÃO DE PRISÃO. RETRATAÇÃO DA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, DIANTE DO ACERVO FÁTICO DA CAUSA, ENTENDEU NÃO TER OCORRIDO ERRO JUDICIÁRIO, AFASTANDO A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL PREJUDICADA. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou que "o conjunto probatório produzido permite concluir que o Estado, ao decretar a prisão do autor, agiu com os elementos que estavam à sua disposição, como prova testemunhal e demais elementos da materialidade e índicos suficientes da autoria, em decisão devidamente fundamentada, guardando pertinência com a legislação aplicável. A segregação realizada se encontrava respaldada no sistema jurídico, face à confirmação, em segundo grau, da sentença penal condenatória (fls. 105/111). De outra banda, a absolvição do demandante aconteceu em face da retratação da vítima que, posteriormente, veio a reconhecer que teria se equivocado no momento do reconhecimento de ser Rogério o autor do fato delituoso" (fl. 352, e-STJ). 2. É evidente que, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, seria necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7 desta Corte: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial." 3. A divergência jurisprudencial, com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional, fica prejudicada em razão do óbice da Súmula 7/STJ, porquanto não é possível encontrar similitude fática entre o acórdão combatido e os arestos paradigmas, visto que suas conclusões díspares ocorreram, não em razão de entendimentos diversos sobre uma mesma questão legal, mas, sim, em virtude de fundamentações baseadas em fatos, provas e circunstâncias específicas de cada processo. 4. Agravo Interno não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no AREsp 1649945/RS. Segunda Turma. Rel. Ministro Herman Benjamin. Data de Julgamento: 30/11/2020, Data de Publicação: DJe 09/12/2020).

Em brilhante resumo dessa corrente atual que se propaga entre o estudo acadêmico e jurisprudencial, Yussef Said Cahali (2007, p. 482) elucida que:

Em resumo, entende-se, nesta linha, que corretamente decretada prisão cautelar, provisória ou preventiva, fundamentada nos elementos até então constantes dos autos, a simples absolvição, posterior, do acusado por insuficiência de provas não gera por si direito a indenização, posto que aquele ato de persecução criminal, legalmente previsto, repousa em juízo provisório.

Mostra-se crucial analisar, destarte, as circunstâncias em que foi decretada a prisão, isto é, a profundidade da fundamentação da decisão judicial que, com base nas circunstâncias fáticas do caso concreto, determinou o recolhimento do indivíduo antes ou durante a fase processual. O parâmetro, portanto, para aferir a ilegalidade da prisão provisória não reside na eventual

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.295.573/RJ. Segunda Turma. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha Data de Julgamento: 27/03/2012. Data de Publicação: DJe 16/04/12.

sentença absolutória, mas sim nas circunstâncias em que se deu a decretação da medida, salientando que tem se sedimentado o entendimento pelo qual estando devidamente fundamentada e obedecendo aos pressupostos legais, não seria possível se falar em indenização por erro judiciário decorrente de prisão preventiva, ainda que o acusado seja absolvido. No mesmo sentido, tem-se apontado que a inexistência de dolo, fraude, ou culpa dos agentes estatais na persecução penal afastam a responsabilidade estatal pelo decreto de prisão com posterior absolvição (STOCO, 2004, p. 1009). Evidente que a mesma linha argumentativa se aplica ao caso em que a prisão fora decretada ainda na fase investigativa, em sede de inquérito policial, mas não houve indiciamento ou oferecimento de denúncia em ação penal, não servindo essa circunstância, por si só, para ensejar a necessária reparação dos danos pelo Estado.

Nesse diapasão, os julgados do STJ e STF têm perpetuado o posicionamento pelo qual a responsabilidade estatal deve ser averiguada a partir das circunstâncias em que se decretou a prisão provisória, quando se verifica a ausência de fundamentação adequada, requisitos legais, arbitrariedade ou abusividade, conforme se depreende:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Processual Civil e Administrativo. Indeferimento de prova testemunhal. Ausência de repercussão geral. Responsabilidade civil do Estado. Prisão cautelar determinada no curso de regular inquérito policial. Não indiciamento do investigado. Danos morais. Dever de indenizar. Descabimento. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. O Plenário da Corte, no exame do ARE nº 639.228/RJ, Relator o Ministro Cezar Peluso, concluiu pela ausência de repercussão geral do tema relativo à suposta violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa nos casos de indeferimento de produção de provas no âmbito de processo judicial, dado o caráter infraconstitucional da matéria. 2. O Tribunal de Justiça concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que não foram demonstrados, na origem, os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado, haja vista que a prisão preventiva a que foi submetido o ora agravante foi regular e se justificou pelas circunstâncias fáticas do caso concreto, não caracterizando erro judiciário posterior não indiciamento do investigado. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que, salvo nas hipóteses de erro judiciário, de prisão além do tempo fixado na sentença - previstas no art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal -, bem como nos casos previstos em lei, a regra é a de que o art. 37, § 6º, da Constituição não se aplica aos atos jurisdicionais quando emanados de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico. 4. Agravo regimental não provido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 939966 AgR. Segunda Turma. Relator(a): Dias Toffoli. Data de Julgamento: 15/03/2016. Data de Publicação: DJe-101 18/05/2016).

ADMINISTRATIVO - INDENIZAÇÃO - PRISÃO E PROCESSO PENAL - ABSOLVIÇÃO POR INOCÊNCIA - DANO MORAL. 1. As circunstâncias fáticas analisadas e sopesadas nas instâncias ordinárias afastam a hipótese de ato ilícito, pela quebra do nexos de causalidade. 2. Exercício regular do poder de polícia, desenvolvido com a prova indiciária contrária ao recorrente, deu ensejo ao processo criminal. 3. Absolvição que atesta a lisura estatal e recompõe o equívoco, sem direito a indenização. 4. Recurso especial improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 337.225/SP. Segunda Turma. Rel. Ministra Eliana Calmon. Data de Julgamento: 25/03/2003. Data de Publicação: DJ 14/04/2003, p. 213).

No caso dos autos, tenho que não há como atribuir responsabilidade ao Estado pelo ato praticado pelo Juízo, uma vez que não foi comprovado que o réu tenha agido com dolo, fraude ou má-fé. A própria atitude do demandado Estanislau também não foi revestida de má-fé, tendo em vista que ele mesmo reconheceu o erro e, posteriormente, reconheceu o verdadeiro autor do roubo, fato que foi noticiado pelo próprio autor. A verdade é que a decretação da prisão preventiva, naquele momento, foi tomada com base na situação fática e no intuito de proteger o interesse público. Não importa se, em momento posterior, outra pessoa foi reconhecida como autora do roubo. O que deve ser ponderado, no caso, é se, diante do contexto existente à época da decretação, estavam preenchidos os requisitos necessários" (fls. 458-459) Dessa forma, verifico que a pretensão recursal demanda o reexame de matéria de fato, tarefa vedada em sede de recurso especial, a teor do verbete n. 7 da Súmula do STJ. Ademais, a jurisprudência desta Corte já se manifestou no sentido de que a prisão cautelar, devidamente fundamentada e nos limites legais, não gera o direito à indenização em face da posterior absolvição. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 39090 RS 2011/0115763-5. Segunda Turma. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha, Data de Julgamento: 20/03/2012. Data de Publicação: DJe 30/03/2012).

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Responsabilidade civil do Estado. Prisões cautelares determinadas no curso de regular processo criminal. Posterior absolvição do réu pelo júri popular. Dever de indenizar. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Ato judicial regular. Indenização. Descabimento. Precedentes. 1. O Tribunal de Justiça concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que não restaram demonstrados, na origem, os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado, haja vista que o processo criminal e as prisões temporária e preventiva a que foi submetido o ora agravante foram regulares e se justificaram pelas circunstâncias fáticas do caso concreto, não caracterizando erro judiciário a posterior absolvição do réu pelo júri popular. Incidência da Súmula nº 279/STF. 2. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que, salvo nas hipóteses de erro judiciário e de prisão além do tempo fixado na sentença - previstas no art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal -, bem como nos casos previstos em lei, a regra é a de que o art. 37, § 6º, da Constituição não se aplica aos atos jurisdicionais quando emanados de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico. 3. Agravo regimental não provido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 770931 AgR. Primeira Turma. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 19/08/2014. Data de Publicação: DJe-199 13-10-2014.).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. ART. 5º, LXXV, 2ª PARTE. ATOS JURISDICIONAIS. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. O Supremo Tribunal já assentou que, salvo os casos expressamente previstos em lei, a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos de juízes. 3. Prisão em flagrante não se confunde com erro judiciário a ensejar reparação nos termos da 2ª parte do inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal. 4. Incidência da Súmula STF 279 para concluir de modo diverso da instância de origem. 5. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. Precedentes. 6. Agravo regimental improvido (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 553.637/SP-ED. Segunda Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Data de Publicação: DJ 25/9/09).

Inclusive, é patente reconhecer que o Supremo Tribunal Federal adota posição ainda mais restritiva quando comparado com o Superior Tribunal de Justiça, haja vista a corrente defendida até os dias atuais no sentido de que a responsabilidade objetiva do Estado não se

aplica aos atos dos juízes, salvo nos casos expressamente previstos no art. 5º, LXXV, da Magna Carta – erro judiciário e prisão além do tempo fixado na sentença -, e daqueles previstos em lei, certo que o decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com erro judiciário³⁸.

Neste contexto, a análise dos requisitos autorizadores da decretação de prisão cautelar se mostra essencial, nos termos já expostos no item 1.6 desta monografia. A prisão preventiva, mais comum entre as modalidades provisórias, encontra fundamento na garantia da ordem pública, 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 e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, além da hipótese de descumprimento das obrigações impostas por outras medidas cautelares (art. 312, caput e §1º, do CPP). Ademais, o art. 313 elenca as hipóteses em que essa modalidade é admitida.

Observa-se que a reparação da prisão preventiva do acusado que posteriormente é absolvido, portanto, deve se pautar na possível inobservância das disposições legais atinentes a essa modalidade. Ressalte-se que a decisão que a decretar deve ser devidamente motivada e fundamentada com base no suporte fático e probatório constante nos autos, não se considerando fundamentada a decisão que se limitar à indicação ou reprodução de ato normativo, invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer decisão, conforme art. 315 do CPP com redação dada pela Lei nº 13.964/2019, decretando a prisão de forma padronizada e sem esclarecimentos concretos, haja vista seu caráter de excepcionalidade. Não se pode olvidar, neste passo, a patente problemática atinente à decretação automática da prisão preventiva no processo penal brasileiro, de forma genérica e com motivos que se prestariam a justificar qualquer outro caso, situação em que, tendo em vista a ausência do requisito legal de devida motivação e fundamentação, na forma do art. 315, configurar-se-á prisão ilegal, passível de indenização caso o acusado seja absolvido.

Do mesmo modo, as outras modalidades de prisão provisória igualmente devem ser decretadas em estrita observância dos pressupostos legais para que se afaste o dever estatal de indenizar em eventual absolvição do acusado ao final do processo. A prisão temporária, por sua vez, que objetiva assegurar a eficácia da investigação policial em infração penal de natureza grave, deve ser decretada mediante decisão devidamente fundamentada e de acordo com as disposições da Lei nº 7.960/89. A prisão em flagrante, outrossim, em que pese não exigir valoração sobre a ilicitude e culpabilidade (NUCCI, 2019, p. 960), depende da configuração da

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1069350 AgR. Primeira Turma. Relator(a): Rosa Weber. Data de Julgamento 20/09/2019. Data de Publicação: DJe 01/10/2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 429518 SC. Relator: Min. Carlos Velloso. Data de Julgamento: 17/08/2004, Data de Publicação:14/09/2004.

situação de flagrância e a sua lavratura deve seguir diversos regramentos previstos no Código de Processo Penal. Portanto, seja qual for a modalidade da prisão cautelar, a excepcionalidade da privação de liberdade, sobretudo quando ainda não se firmou um juízo irrecorrível acerca da culpabilidade do acusado, exige rigoroso cumprimento dos requisitos e fundamentação adequada, sob pena de a prisão se revelar ilegal e, diante da absolvição em sentença penal, ensejar a reparação dos danos patrimoniais e morais em juízo cível. Em outras palavras, impende considerar, na definição da responsabilidade civil do Estado, a legalidade ou regularidade da prisão provisória, e não necessariamente a sentença absolutória (CAHALI, 2011, p. 610).

De mais a mais, considerável parcela da doutrina entende como essencial averiguar, também, com vistas a apurar eventual responsabilidade civil do Estado pela prisão provisória, os fundamentos pelos quais o julgador entendeu pela absolvição do acusado, isto é, em qual inciso do art. 386 do CPP foi fundamentada a sentença absolutória. Isso se deve ao entendimento de que, nos casos em que se evidencia a categórica negativa da existência do fato (art. 386, I, CPP) ou da autoria (art. 386, IV, CPP), a prisão no curso do processo se revelará ilegal (AGUIAR JÚNIOR, 1993, p. 39-40), diferentemente da frequente absolvição fundada na insuficiência de provas, situação em que não se firmou juízo de certeza quanto à inocência do réu. De fato, algumas decisões deferem a indenização quando o fundamento absolutório reside na negativa de autoria ou materialidade e do delito³⁹.

Contudo, faz-se mister observar que, mesmo nesses casos, não é a simples absolvição consubstanciada na negativa de autoria e materialidade que acarreta o dever de indenizar, mas, sim, o cotejo das circunstâncias em que foi decretada a prisão cautelar, conforme já explanado. Em outras palavras, a absolvição nos termos do art. 386, inciso I e IV, do CPP, não enseja automaticamente a responsabilidade civil do Estado pelo período em que o acusado – reconhecido inocente – permaneceu preso provisoriamente, fazendo-se necessária a verificação da legalidade do decreto da prisão, sua fundamentação, eventuais abusos e arbitrariedades. Nesse sentido, mesmo nas hipóteses em que a indenização foi reconhecida, o fundamento dos

³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 1003289-42.2020.8.26.0318. Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público. Relator (a): Flora Maria Nesi Tossi Silva. Data do Julgamento: 23/06/2021. Data de Publicação: DJe 23/06/2021; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 1044596-45.2016.8.26.0114. Órgão Julgador: Décima Segunda Câmara de Direito Público. Relator (a): J. M. Ribeiro de Paula. Data de Julgamento: 06/12/2018. Data de Publicação: 06/12/2018.; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 0012141-38.2013.8.26.0053. Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público Relator (a): José Luiz Germano. Data do Julgamento: 01/09/2015. Data de Publicação: DJe 11/09/2015; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 0004177-21.2010.8.26.0369. Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público. Relator (a): Wanderley José Federighi. Data do Julgamento: 12/12/2012. Data de Publicação: DJe 18/12/2012.

julgados residiu, a título de exemplo, na situação de flagrante forjado por policiais militares⁴⁰, prisão em flagrante com base em precárias informações, falta de averiguação correta dos dados do indivíduo investigado⁴¹, entre outras, hipóteses em que, indubitavelmente, a privação se revelou ilegal e passível de reparação. Inclusive, quando a prisão cautelar se mostra necessária para a persecução penal, decretada dentro dos limites da ordem legal, de forma fundamentada e no exercício regular do poder de polícia, até mesmo a absolvição com base na negativa de materialidade ou autoria não possui o condão de acarretar a responsabilidade do Estado, conforme tem sido decidido pelos tribunais⁴².

Não se nega, todavia, que involuntariamente nas situações em que é reconhecida judicialmente a categórica ausência de autoria do réu ou materialidade do delito, a decretação da prisão no curso do processo se deu, muitas vezes, sem a devida apuração das circunstâncias fáticas, respeito aos pressupostos legais ou devida fundamentação, o que ensejaria a ilegalidade da prisão e consequente indenização. O que se pretende asseverar, neste momento, é que o dever estatal de reparar não se atrela ao fundamento da sentença absolutória automaticamente, mas sim à análise da legalidade do decreto da prisão provisória.

Por fim, merece destaque no que tange à indenização em caso de prisão provisória a situação em que se constata excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal, com manutenção do acusado por tempo excessivo sujeito ao cárcere. Quanto à prisão temporária, a questão é pacificada na medida em que a Lei nº 7.960/1989 estabelece o prazo de 5 dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, bem como prazo de 30 dias no caso de crimes hediondos e equiparados, conforme Lei nº 8.072/1990, findo o qual o indiciado deve ser imediatamente colocado em liberdade. Todavia, há muito se discute na jurisprudência e doutrina o prazo razoável para encerramento da instrução criminal, sobretudo quando o réu se encontra preso preventivamente, haja vista a ausência de previsão expressa quanto ao prazo para a prisão preventiva, modalidade de prisão cautelar mais utilizada.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 1003289-42.2020.8.26.0318. Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público. Relator (a): Flora Maria Nesi Tossi Silva. Data do Julgamento: 23/06/2021. Data de Publicação: DJe 23/06/2021.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 1044596-45.2016.8.26.0114. Órgão Julgador: Décima Segunda Câmara de Direito Público. Relator (a): J. M. Ribeiro de Paula. Data de Julgamento: 06/12/2018. Data de Publicação: 06/12/2018.

⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 1021460-71.2017.8.26.0053. Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público. Relator (a): Marcelo L Theodósio. Data do Julgamento: 15/04/2021. Data de Publicação: DJe 23/04/2021; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 0000993-27.2014.8.26.0366. Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público. Relator (a): Maurício Fiorito. Data do Julgamento: 12/04/2016. Data de Publicação: DJe 13/04/2016; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 1021460-71.2017.8.26.0053. Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público. Relator (a): Marcelo L Theodósio. Data do Julgamento: 15/04/2021. Data de Publicação: DJe 23/04/2021.

De fato, em face da dignidade humana e do princípio da presunção de inocência, o Direito Processual Penal está legitimado à custódia cautelar que, submetida aos requisitos mínimos enunciados, concreta e objetivamente garanta a preservação íntegra do ser humano, mantendo as condições materiais compatíveis com a natureza do homem e durando o menor tempo possível (PENTEADO, 2002, p. 231-266). Nesse sentido, em que pese não haver previsão expressa, dúvida não há acerca da determinação, ainda que implícita, do término da persecução penal em prazo razoável, seja pela garantia da razoável duração do processo a todos no âmbito judicial e administrativo (art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88), seja pela previsão do art. 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), no sentido de que a pessoa detida tem direito de ser julgada dentro de um prazo razoável, devendo haver decisão, sem demora, acerca da legalidade de sua prisão provisória, com soltura imediata. Fato é que, na ausência de estipulação expressa, vem se sedimentando o entendimento pela possibilidade de dilação dos prazos legais – que não são peremptórios – em razão das peculiaridades do caso concreto, como a complexidade da ação, a pluralidade de acusados, atos procrastinatórios da defesa, necessidade de se deprecar a realização de atos da instrução, entre outros⁴³, sempre com vistas a preservar o princípio da presunção de inocência.

Importante inovação, contudo, se deu através da recente Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019), que alterou o art. 316 do Código de Processo Penal para estabelecer o dever de a autoridade judiciária, de ofício, revisar a necessidade de manutenção da prisão preventiva a cada 90 dias, mediante decisão fundamentada, sob pena de tornar a prisão ilegal, devendo ser relaxada. A prisão preventiva segue sem prazo determinado de forma expressa, mas o dever de reanálise de seus fundamentos a cada 90 dias permite concluir que essa modalidade vale apenas por esse prazo. Em que pese a literalidade do parágrafo único do art. 316, a inobservância do reexame obrigatório no prazo de 90 dias não tem conduzido, em sede de habeas corpus, à automática revogação da prisão preventiva pelo STF⁴⁴ e STJ⁴⁵, certo que os tribunais têm

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 139978 AgR. Primeira Turma. Relator(a): Min. Luiz Fux. Data de Julgamento: 20/04/2017. Data de Publicação: DJe-098 11/05/2017;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 128650. Segunda Turma. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 20/09/2016. Data de Publicação: DJe-212 05/10/2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 44280/SE. Quinta Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa. Data de Julgamento: 24/04/2014. Data de Publicação: 02/05/2014.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 190.364/CE, Rel. Min. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 22/09/2020, Data de Publicação: 24/09/2020;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 184.769/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 05/05/2020. Data de Publicação: DJe 08/05/2021.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 133.266/MS. Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Data de Julgamento: 08/09/2020. Data de Publicação: 14/09/2020; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 567.289 MC/PI, Quinta Turma. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. Data de Julgamento: 18/03/2020. Data de Publicação: Dje: 13/03/2020.

deferido a ordem para determinar que o juízo correspondente reavalie, com urgência, os fundamentos da prisão imposta ao investigado ou réu. Tem prevalecido, assim, o entendimento de que, mesmo com referida inovação, a razoável duração do processo deve ser aferida à luz da complexidade da causa, da atuação das partes e do Estado-juiz⁴⁶, a partir da valoração casuística das complexidades fáticas e jurídicas. De qualquer forma, sob pena de limitação da presunção de inocência, razoável duração do processo e desprezo pelo caráter excepcional das prisões cautelares, é salutar reconhecer o dever estatal de indenizar nas hipóteses em que se verifique o tempo excessivo de privação provisória, seja pela extrapolação do prazo da prisão temporária, seja pela manutenção da preventiva por mais de 90 dias sem a devida reanálise dos fundamentos da medida, sobretudo quando não se verifica, à luz da complexidade e especificidade da causa, motivo suficiente para a continuidade da privação de liberdade do indivíduo.

Destarte, por todo o exposto, revela-se inequívoca a possibilidade de responsabilidade civil do Estado em caso de prisão provisória ilegal, haja vista que o sofrimento injustamente imposto ao jurisdicionado, ainda que sob a égide da lei e em prol do bem coletivo deve ser reparado. Contudo, o dever de indenizar não consiste em consequência automática da absolvição do acusado em sentença penal, após mantido encarcerado cautelarmente, mas decorre da constatação de ilegalidade, arbitrariedade e abuso de poder estatal no momento de decretação da medida, quando não se atende às hipóteses e requisitos legalmente previstos, sem a devida fundamentação, comprovação de materialidade e indícios de autoria suficientes para que a prisão processual se mostre necessária. Neste passo, decretada e fundamentada nos limites da lei, com elementos suficientes a justificar a medida, mesmo que posteriormente o indivíduo seja absolvido, a prisão provisória não se confunde com erro judiciário a obrigar ao Estado o dever de reparar os danos. Não se olvide, assim, que se de fato fossem adequadamente observados todos os requisitos essenciais para a decretação de cada modalidade de prisão provisória, raros seriam os casos em que se configuraria, na prática, a indenização estatal.

3.5 O dano oriundo da prisão ilegal e a sua reparação

Nos termos já suscitados, o dever de reparar emerge diante da ocorrência de um dano e da existência de nexo causal entre a ação ou omissão do agente estatal e o prejuízo provocado. Inexiste obrigação caso não se identifique um dano, o qual se resume à consequência de uma desacertada atuação do poder público. A atitude do órgão pode ser lesiva à esfera de direitos do

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 185.321/BA. Primeira Turma. Rel.: Min. Marco Aurélio, Red. p./acórdão Min. Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 05/08/2020. Data de Publicação: DJe 04/09/2020.

particular por sua própria força ou pela interferência de fatores outros, não existindo, *a priori*, uma “conduta lesiva” ou um rol delas. Apresenta-se na verificação *a posteriori* do resultado, isto é, o dano, e não na causa, que é a ação danosa (HENTZ, 1996, p. 147). No tocante à prisão ilegal, verifica-se consistir em atividade de risco imanente e contínuo, motivo pelo qual a ilegalidade no agir é atestada posteriormente, diante da ofensa à liberdade pessoal e questionando-se se a repercussão recaiu sobre o patrimônio do lesado ou não.

Nesta monta, imprescindível compreender que a indenização do dano, conforme elucida Alexandre de Moraes (2011, p. 239), deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu, e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da Administração, ou seja, deverá ser indenizada nos danos emergentes e nos lucros cessantes, bem como por honorários advocatícios, com correção monetária e juros de mora se houver atraso no pagamento. O dano de ordem material, portanto, corresponde ao valor de diminuição do patrimônio do lesado pela prisão que se revelar ilegal, seja pela perda monetária decorrente de sua redução – o dano emergente – seja pelos reflexos voltados ao futuro, consistentes na supressão de possibilidade de aumento patrimonial, ou seja, o que deixou razoavelmente de ganhar – o lucro cessante⁴⁷. No caso em apreço, a reparação material pela prisão ilegal frequentemente está associada ao prejuízo provocado pela privação da liberdade do indivíduo durante aquele período de tempo, incluindo todos os gastos despendidos em virtude de eventual investigação e processo criminal, restituindo-se o *status quo ante*. Mais comum, porém, se mostra a indenização do que efetivamente deixou de receber, isto é, quantias a que faria jus caso estivesse em liberdade, tais como a remuneração ou rendimentos devido à impossibilidade de exercício de sua profissão. Discute-se, ainda, a possibilidade de reparação da diminuição patrimonial em razão da depreciação da reputação do ofendido em seu âmbito profissional em razão da prisão que se mostrou injusta, devendo haver análise caso a caso.

Dessa forma, evidente a aplicação do disposto no Código Civil em sede de ação de responsabilidade civil do Estado que vise a reparação dos danos provocados pela prisão ilegal:

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

Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:

I - o cárcere privado;

II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé;

III - a prisão ilegal.

⁴⁷ Dispõe o Código Civil, em seu art. 402: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

A relevância maior no que toca à reparação dos prejuízos gerados pela prisão ilegal, contudo, reside no dano moral. Neste, não há diminuição patrimonial sentida em termos monetários, mas atinge aspectos não econômicos dos bens jurídicos do indivíduo. Transcende o íntimo das pessoas, é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, o que frequentemente gera dificuldades para sua mensuração por faltar correspondência no critério valorativo patrimonial (ASSIS, 2013, p. 46). Somado a isso, tem-se a constatação notória de que o instituto da prisão, ao contrário do que se desejou, não logrou êxito em sua função preventiva e de reintegração social, mas, pelo contrário, a sua estrutura no sistema brasileiro – sobretudo em razão da superlotação e condições degradantes – avilta, despersonaliza, degrada, vicia, corrompe e brutaliza (DELMANTO JÚNIOR, 2001, p. 13).

Mostram-se incalculáveis, nesse sentido, os prejuízos morais e psíquicos suportados em virtude da permanência ilegal – ainda que por curto período de tempo – do indivíduo no cárcere, tendo em vista o constrangimento, a submissão ao sistema prisional caótico e superlotado, a estigmatização social, a dificuldade de reinserção na sociedade, a privação do convívio social e com a família, entre outros. O constrangimento físico e moral, nessa situação, lesa o *status dignitatis e libertatis* do indivíduo, ferindo diretamente a dignidade da pessoa humana, entendida como um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem, um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo (BULOS, 2010, p. 279). A reparação se deve, portanto, à violação de princípios e direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, tais como a dignidade humana, a honra, imagem e liberdade, sobretudo diante do destaque conferido pela Carta Magna de 1988 ao dano moral⁴⁸. É nesse diapasão que tem sido conferida, pelos tribunais superiores, a indenização moral enquanto recompensa pela da ofensa pública à honra e direito de locomoção experimentada, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais⁴⁹.

Outrossim, ressalte-se que o dano moral provocado pela prisão ilegal é automático, presumido, incontestável. Mostra-se evidente que a privação de liberdade que se revela injusta ultrapassa mero percalço ou dissabor, exorbita o ordinário e caracteriza intensa dor e abalo moral, ínsito ao próprio fato ofensivo, motivo pelo qual é desnecessária sua comprovação. Isso significa que, por repercutir na esfera íntima do indivíduo, o dano moral nesses casos dispensa

⁴⁸ Art. 5º, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 220.982/RS. Primeira Turma. Rel. Min. José Delgado, Data de Julgamento: 22/02/2000. Data de Publicação: DJ 03/04/2000, p. 116.

a exteriorização a título de prova, diante das próprias evidências fáticas, sendo intuitivo e insuscetível de demonstração, haja vista se tratar, conforme amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência, de *damnum in re ipsa* (BITTAR, 1994, p. 130). Em outras palavras: uma vez reconhecida a ilegalidade da prisão - que muitas vezes se mostra tarefa difícil, conforme amplamente demonstrado nessa monografia - o dano moral experimentado pelo indivíduo é automático e não demanda comprovação por ser inerente à prisão ilegal. Cumpre esclarecer, ainda, a plena possibilidade de cumulação do dano material com o dano moral, a teor do que dispõe a Súmula 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

No que tange à apuração do dever de indenizar, Luiz Antônio Soares Hentz (1994, p. 159-160) defende a inexistência de causas excludentes e atenuantes da reponsabilidade civil do Estado por prisão ilegal, sustentando, para tanto, que a atividade prisional não se vislumbra senão determinada por pessoa humana, afastando-se o caso fortuito e força maior, e que a natureza da prisão indevida arreda qualquer possibilidade de ser elidida a obrigação de indenizar. Afinal, a liberdade é direito indisponível do homem, ninguém pode se privar da própria liberdade, o que afasta a atribuição de fato imputável ao próprio lesado, isto é, a chamada culpa da vítima. Pelos mesmos motivos entende não ser cabível a concorrência de culpas ou atribuição de culpa a terceiro, de modo que, por traduzir o inciso LXXV do art. 5º um direito incondicional àquele que ficar preso indevidamente, não pode a norma ser descumprida, afastando-se a incidência de excludentes do dever de indenizar. No âmbito prático, porém, referido posicionamento não encontra guarida na medida em que a prisão ilegal não se distingue da tradicional responsabilidade civil do Estado prevista no art. 37, §6º, da CRFB/88 - pelo menos no que toca a verificação das causas excludentes e atenuantes da responsabilidade estatal, conforme detalhado no tópico 2.4 desta monografia.

Neste passo, merece breve menção a figura do dano pessoal, atribuído a alguns doutrinadores que consideram a existência dessa modalidade de dano, prejuízo especial verificado em virtude da natureza da liberdade pessoal e sua importância para o homem. Trata-se da privação da liberdade em si mesma e, conforme preceitua Luiz Antônio Soares Hentz (1994, p. 153-154), principal expoente dessa corrente, o dano pessoal possui natureza distinta que dispensa aferição de resultado concreto, bastando que alguém tenha sofrido privação na sua liberdade para que o Estado seja compelido a indenizar o correspondente período de restrição do direito de ir e vir, mediante arbitramento⁵⁰. Independe, portanto, dos efeitos materiais e

⁵⁰ Nesse sentido, Hentz sugere a edição de lei que prefixasse a indenização por cada dia de duração da prisão indevida, cabendo ao juiz, na falta de referida norma, determinar em cada oportunidade o montante a ser

morais, podendo o mesmo fato ensejar o direito a ressarcimento pelas três categorias – dano material, moral e pessoal.

Hentz (1994, p. 155-156) considera, então, que o entendimento de que a reparação depende dos prejuízos efetivos de ordem moral e material tornaria letra morta o dispositivo constitucional do art. 5º, LXXV. Poder-se-ia dispensar, assim, o nexos causal entre a conduta do agente público e o dano pessoal sofrido pelo particular, tendo em vista a natureza impositiva deste, de caráter sancionatório pela restrição da liberdade individual imposta sem correspondência com a *sanctio juris* que a legitimaria. Isso significa que a prisão não correspondente a uma condenação será tida por lesiva ao direito de liberdade individual e acarretará dano de verificação objetiva, bem como a responsabilidade dele decorrente atribuída ao Estado, enquanto guardião das liberdades e da dignidade da pessoa humana. Não parece razoável, contudo, a vertente defendida por Hentz, haja vista que danos pessoais e morais qualificam os mesmos prejuízos, atribuídos aos direitos da personalidade e que estão relacionados à presunção de abalo moral e psíquico àquele que teve sua liberdade privada injustamente (QUIRINO, 1999, p. 57). Não haveria se falar, portanto, em três modalidades de dano, tampouco em previsão do dano pessoal inerente à prisão previsto no ordenamento jurídico, certo, inclusive, que o entendimento jurisprudencial é uníssono ao qualificar o prejuízo suportado pelo lesado apenas quanto aos danos materiais e morais. Afinal, a “indenização correspondente à restrição do direito fundamental de ser livre”, como preceitua Hentz, está devidamente caracterizada e garantida pelos danos morais a serem arbitrados pelo juiz.

A reparação do dano provocado pela prisão ilegal pode se dar pela via administrativa, em que pese incomum, e depende, para tanto, que a Administração reconheça desde logo a sua responsabilidade e haja entendimento entre as partes quanto ao valor da indenização (DI PIETRO, 2020, p. 1524). Caso contrário, far-se-á necessária a propositura de ação de indenização, no juízo cível, contra a pessoa jurídica que causou dano, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal. Haverá um processo de conhecimento para demonstrar a existência do erro judiciário e estabelecer o *quantum* indenizatório, devendo o dano ser certo, isto é, quantificável, aferível, anormal, transcendendo os incômodos normais a que qualquer um deve se submeter ao viver em sociedade, e especial, por atingir somente a um ou alguns (FIGUEIREDO, 2004, p. 278-279). O título executivo judicial será formado, porém, diante de condenação que traduza obrigação certa, impondo a liquidação da sentença ilíquida, o que se

indenizado tendo em vista as peculiaridades do caso concreto. Propõe, ainda, o pagamento de, no mínimo, um salário mínimo e, no máximo, trinta salários mínimos por dia de prisão, a ser dosado pelo juiz conforme a gravidade do fato que a ensejou (1994, p. 169).

dá, normalmente, por arbitramento nos próprios autos. Feita a liquidação e convertida a obrigação de indenizar em expressão monetária, inicia-se a cobrança, em juízo ou no âmbito da própria Administração (HENTZ, 1994, p. 169-170). Saliente-se que a natureza da indenização por prisão ilegal será alimentar quando se destinar à reposição do que a vítima deixou de ganhar por suas atividades normais, valores necessários à sua própria manutenção e da família, ocasião em que os créditos serão pagos com preferência, nos termos do art. 100, §1º, da CRFB/88, ao passo que as demais indenizações terão caráter sancionatório.

A dificuldade maior reside, porém, no estabelecimento da extensão do dano moral em sede de sentença. Trata-se de passo necessário para que se suceda o arbitramento de importância suficiente ao ressarcimento do mal causado pela conduta lesiva, mostrando-se adequado o exercício de mensuração dos efeitos do próprio ato lesivo, considerado em si mesmo, para se chegar à possível dimensão do dano como sentido pelo particular (HENTZ, 1994, p. 152). Isso porque o dano moral não pode ser tratado em face da dor sofrida pela vítima, eis que se revela impossível aferir objetivamente o que transcorre no íntimo das pessoas, sobretudo quanto às aflições daquele que teve sua liberdade privada. O sentimento de cada indivíduo é muito próprio, sem paradigma que sirva de base para considerações, motivo pelo qual, na falta de regras estabelecidas pela legislação quando do arbitramento da indenização do dano moral, cabe ao magistrado fixar o montante segundo seu entendimento e particularidades de cada caso.

3.5.1 Da fixação do *quantum indenizatório*

A dificuldade de se apurar o *quantum indenizatório* se deve à falta de equivalência econômica do dano moral, cujo ressarcimento não tende ao *restitutio integrum*, mas sim, primordialmente, à genérica função satisfatória que visa, de certo modo, recompensar o sofrimento ou humilhação experimentados. Substitui-se o conceito de equivalência – próprio do ressarcimento – pela reparação que se obtém atenuando, de maneira indireta, os sofrimentos do lesado, o que evidencia a subjetividade da indenização por danos morais e justifica a árdua tarefa de quantificar o seu valor econômico (ASSIS, 2013, p. 46).

Desse modo, a reparação moral pela prisão ilegal – que deve ocorrer indubitavelmente – não obedece a uma regra pré-estabelecida que defina de forma clara a fixação do montante indenizatório. Todavia, a doutrina e jurisprudência têm reconhecido a convergência do caráter punitivo, para que o causador do dano se veja castigado pela ofensa praticada, e o caráter compensatório para a vítima, que deverá receber uma contrapartida pelo mal sofrido. Não deve, portanto, ser fixado montante insignificante a ponto de estimular a manutenção de práticas

violadoras de direitos, uma vez que para além do bem-estar psíquico compensatório proporcionado ao lesado, deve representar punição ao infrator capaz de desestimulá-lo a reincidir na prática do ato ilícito (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 104-105). Não se olvida, assim, seu caráter preventivo-pedagógico e, ao mesmo tempo, punitivo. A indenização não deve, por outro lado, constituir meio de locupletamento indevido do lesado, motivo pelo qual deve ser arbitrada com moderação e prudência. Nesse sentido, é preciso o ensinamento de Rui Stoco (1995, p. 491-492), ao dispor que a indenização moral:

deve representar para a vítima uma satisfação, igualmente moral, ou seja, psicológica, capaz de neutralizar ou 'anestesiá-la' em alguma parte o sofrimento impingido. A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que tampouco signifique um enriquecimento sem causa da vítima, mas está também em produzir no causador do mal impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado. Trata-se, então, de uma estimativa prudencial [...] A composição do dano moral causado pela dor, ou o encontro do '*pretium doloris*' há de representar para a vítima uma satisfação, igualmente moral, ou seja, psicológica, e uma compensação pela perda de um bem insubstituível.

Assim, salutar reconhecer que a indenização atribuída à prisão ilegal deverá amenizar mais que simplesmente o tempo de privação de liberdade, mas todas as mazelas consequentes dessa condenação. Diante da inexistência de um padrão geral que oriente o julgador, doutrina e jurisprudência têm aproveitado critérios previstos no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62) e na Lei da Imprensa (Lei nº 5.250/67), devendo ser observados fatores como a gravidade e repercussão do ato danoso; a intensidade do sofrimento imposto à vítima; a capacidade econômica do ofensor e a posição social e política do ofendido. De fato, a gravidade e a repercussão da prisão ilegal são extremamente significantes e estão diretamente relacionadas ao tempo em que a vítima teve sua liberdade indevidamente cerceada, a exposição nas mídias sociais, entre outros. Nesses casos, a prisão repercute na vida do indivíduo de maneira tão brutal que nem mesmo o reconhecimento judicial de sua inocência, mediante absolvição e indenização estatal, neutralizam as consequências avassaladoras (ASSIS, 2013, p. 47).

No que toca a intensidade do sofrimento imposto à vítima, vê-se igualmente como inquestionável o impacto que a prisão ilegal gera na vida pessoal do lesado, seja no ambiente familiar ou no trabalho, acarretando abalo interior e crises emocionais dificilmente quantificadas, sem mencionar a superlotação e precariedade de condições do ambiente prisional, colocando em risco a integridade física e psíquica do preso. Quanto à capacidade econômica do ofensor, evidente que, tratando-se do Estado, a entidade detém poder econômico suficiente para compensar a dor e sofrimento experimentados pela vítima, de maneira significativa e de modo a cumprir a função desestimuladora. O critério da condição social do

ofendido, por outro lado, deve ser sopesado com cautela e não tem sido relevante na fixação do *quantum* indenizatório. Afinal, os abusos relacionados à violação ilegal do status *libertatis* e *dignitatis* do indivíduo atingem, em maior parte, a população mais vulnerável e desprestigiada socialmente, situação que não possui o condão de diminuir a dor sofrida quando em comparação com a mesma hipótese experimentada por pessoa de destacada posição social (ASSIS, 2013, p. 47). É preciso ter cuidado, portanto, com eventuais traços discriminatórios, certo que o sofrimento moral não tem preço, condição social ou valor econômico, motivo pelo qual os tribunais têm desconsiderado esse parâmetro para a fixação do montante indenizatório.

De qualquer forma, observa-se que a dificuldade de se apurar o devido *quantum*, como demonstrado, tem contribuído para que decisões estipulem, muitas vezes, valores parcimoniosos que não atendem aos objetivos da indenização, quais sejam, a compensação do dano e a punição do ofensor. A análise da jurisprudência dos tribunais superiores revela que os valores concedidos variam muito em cada caso, de acordo com as circunstâncias particulares em apreço, condições em que se deu a prisão, tempo em que a vítima permaneceu preso injustamente, entre outros. Perpetua-se, ainda, o entendimento de que a revisão do valor fixado a título de danos morais em ações de responsabilidade civil, no âmbito do STJ⁵¹, somente é cabível quando se mostra irrisório ou exorbitante o valor arbitrando, de modo a superar o enunciado da Súmula 7 do STJ, que veda o reexame de prova. Caso o arbitramento tenha sido realizado com moderação, razoabilidade e proporcionalmente ao grau de culpa, gravidade do ato, sofrimento suportado pela vítima, peculiaridades de cada caso, fazendo uso da experiência e bom senso do magistrado, a regra é admitir indenização arbitrada. Conforme se verifica:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. REVISÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. PRISÃO ILEGAL. VALOR IRRISÓRIO. EXCEPCIONALIDADE CONFIGURADA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II - O agravante ajuizou ação de indenização por danos morais, sob rito ordinário, sustentando que foi preso ilegalmente pela Polícia Militar de Minas Gerais, permanecendo custodiado durante o período de 04 (quatro) dias, ocasião em que foi exposto a diversos constrangimentos. O Tribunal de origem deu parcial provimento ao Apelo do Estado de Minas Gerais, para fixar o quantum debeat em R\$ 6.000,00 (seis mil reais). III - A jurisprudência desta Corte admite a revisão do valor devido fixado a títulos de danos morais em ações de responsabilidade civil quando irrisório ou exorbitante o valor arbitrado, superando o enunciado da Súmula 7 desta Corte.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1723464/DF. Segunda Turma. Rel. Ministro Herman Benjamin. Data de Julgamento: 07/05/2019. Data de publicação: DJe 29/05/2019.

Evidencia-se o caráter irrisório do valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a título de indenização por danos morais por prisão ilegal, fora dos parâmetros estabelecidos por esta Corte para casos de idêntica controvérsia. Restabelecimento da sentença, condenação no importe de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). IV - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. V - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso. VI - Agravo Interno improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1808226/MG. Primeira Turma. Rel. Ministra Regina Helena Costa. Data de Julgamento: 14/10/2019. Data de Publicação: DJe 16/10/2019).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. PRISÃO ILEGAL POR QUASE 6 (SEIS) ANOS EM REGIME FECHADO. DANO MORAL. REVISÃO DO VALOR ARBITRADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 07/STJ. INCIDÊNCIA. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973. II - A jurisprudência desta Corte admite a revisão do quantum indenizatório fixado a títulos de danos morais em ações de responsabilidade civil quando irrisório ou exorbitante o valor arbitrado. III - Caso em que o Tribunal de origem considerou razoável e proporcional a condenação da União ao pagamento de indenização por dano moral arbitrado em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), em razão do cumprimento de quase 6 (seis) anos de prisão ilegal, em regime fechado, considerado inocente o Autor em revisão criminal. O reexame de tal entendimento demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 07/STJ. IV - O Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada. V - Agravo Regimental de fls. 809/815e improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1361256/SC. Primeira Turma. Rel. Ministra Regina Helena Costa. Data de Julgamento: 17/05/2016. Data de Publicação: DJe 27/05/2016).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS. REVISÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal admite, em caráter excepcional, a alteração do quantum arbitrado a título de danos morais, caso o valor se mostre irrisório ou exorbitante, em clara afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não ocorreu no caso concreto. 2. Agravo interno não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1567818/PB. Primeira Turma. Rel. Ministro Sérgio Kukina. Data de Julgamento: 19/05/2020. Data de Publicação: DJe 04/06/2020).

Destarte, a difícil tarefa de atribuir valor monetário ao constrangimento e abalo moral experimentados pela vítima presa ilegalmente se revela a partir de decisões com montantes destoantes e que não seguem um padrão estabelecido. A fim de elucidar o panorama geral das condenações em sede de ação de responsabilidade civil por prisão ilegal, far-se-á breve análise de dados estatísticos referentes à temática no âmbito dos tribunais estaduais de justiça.

3.5.2 Análise jurisprudencial do dano moral concedido em caso de prisão ilegal

Diante do alto número de demandas judiciais envolvendo a responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal, que demonstra a triste constatação do descaso público e da recorrente privação indevida de inocentes, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca de dados obtidos mediante pesquisa jurisprudencial. Para tanto, far-se-á breve análise do robusto estudo desenvolvido por Louise Ribeiro do Nascimento, Luana de Carvalho Silva Gusso e Nestor Castilho Gomes (2019), ao questionar o preço da liberdade diante da análise jurisprudencial e estatística do dano moral por prisão ilegal.

Referidos estudiosos buscaram estudar a indenização moral concedida às pessoas que foram condenadas por erro judiciário, limitando-se às prisões ilegais no âmbito penal no período de agosto de 2007 a agosto de 2017. Utilizou-se a abordagem quali-quantitativa de pesquisa, de modo a ultrapassar, mediante análise de jurisprudência e bibliografia, o campo teórico, trazendo a questão para a prática por meio de dados numéricos e estatísticos. A pesquisa utilizou a ferramenta de busca de jurisprudência dos sites de todos os Tribunais de Justiça do Brasil, a partir dos mesmos parâmetros de pesquisa, de modo a obter dados referentes ao valor indenizatório concedido, a espécie de prisão que mais gera indenização, a quantidade de casos, por Estado e os percentuais de deferimentos e indeferimentos no Brasil inteiro.

Ao final, a pesquisa encontrou, no período mencionado, 1.623 julgados, em todos os Tribunais de Justiça do Brasil, com exceção de Amazonas, com destaque para Minas Gerais e São Paulo, com 334 e 341 casos, respectivamente. Do total, 825 foram procedentes para deferir o pleito indenizatório, ao passo que 798 no sentido de negá-lo. Evidencia-se, nesse passo, grande discrepância entre os estados paulista e mineiro, em que pese o número semelhante de casos, haja vista que apenas 18,18% dos pleitos no TJSP foram procedentes, enquanto no TJMG o percentual foi de 79,34%. Em geral, contudo, forçoso reconhecer que o resultado foi bastante equilibrado entre os estados brasileiros, prevalecendo, com pequena diferença, as decisões de deferimento (NASCIMENTO; GUSSO; GOMES, 2019, p. 242-243).

No que tange ao valor indenizatório concedido, verificou-se que a região Sudeste é a que mais proferiu decisões com valores de até R\$ 5.000,00 (29,64% de suas decisões), enquanto a região Norte teve 42,85% de suas decisões procedentes com valor entre R\$ 5.000,01 a R\$ 10.000,00. A região Centro-Oeste teve maior incidência nas decisões com valor entre R\$ 10.000,01 e R\$ 30.000,00, ao passo que 12,31% das decisões na região Nordeste obtiveram indenização entre R\$ 30.000,01 a R\$ 50.000,00. Por fim, a região que concedeu mais decisões com valor indenizatório acima de R\$ 50.000,00 foi o Centro-Oeste. Conclui-se, com esses

dados, que o Centro-Oeste tende a proferir decisões com valor mais alto em relação às demais regiões, ao mesmo tempo em que o Sudeste costuma arbitrar valores mais baixos. Em âmbito nacional, a parcela indenizatória mais arbitrada consiste entre R\$ 10.000,01 e R\$ 30.000,00 (35%), enquanto o menor percentual respalda-se nas decisões com valor acima de R\$ 50.000,00, ocorrendo em apenas 5% dos casos. Conforme bem pontuam Nascimento, Gusso e Gomes (2019, p. 244-246), esses dados permitem concluir que, para o Estado brasileiro, a liberdade do ser humano “vale em torno de dez a trinta mil reais, valor este, muitas vezes, menor do que indenizações concedidas nos casos de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito”.

Por fim, cumpre destacar que, no que toca as espécies de prisões, de todas as demandas – sejam procedentes ou improcedentes - a maior parte dos casos (36%) foi decorrente de prisão provisória ilegal, compreendidas as prisões preventivas e temporárias, seguida da prisão em flagrante ilegal (33%). A terceira modalidade com maior incidência foi a prisão por mandado não recolhido (16%) e, em seguida, com percentuais menos expressivos, encontram-se a prisão por erro de pessoa (5%), prisão por homonímia (4%), prisão por mandado expedido errado (3,5%), e, por fim, a prisão-pena ilegal (3,25%).

Demonstra-se, portanto, estatisticamente, a constatação já abordada neste trabalho no sentido de que a prisão provisória, ante sua natureza processual e decretação sem juízo robusto quanto à culpabilidade do agente, é a fonte mais corriqueira de ilegalidades na privação de liberdade individual, correspondendo a cerca de 69%, se considerada a prisão em flagrante. Curiosamente, o tipo clássico de erro judiciário, consubstanciado na prisão derivada de sentença penal condenatória transitada em julgado, com posterior revisão criminal, é a espécie com menor incidência entre todas, com apenas 3,25%.

3.5.3 Casos célebres

Ainda no que diz respeito à análise jurisprudencial relacionada à responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal, mostra-se de grande valia o estudo, ainda que breve, de julgados que atraíram a atenção pública e comoção midiática diante de suas exorbitâncias, constituindo-se casos célebres de indenização do agente privado da liberdade injustamente.

Primeiramente, merece destaque a história de Heberon Lima de Oliveira, preso preventivamente em 2003 no Estado de Amazonas por supostamente ter cometido o estupro de uma menina de nove anos, após ser reconhecido pela vítima na delegacia. Enquanto preso, Heberon foi violentado sexualmente por mais de 60 detentos durante várias horas e, meses

após o estupro coletivo, um exame de sangue revelou que ele havia contraído o vírus da HIV. Diante de inconsistências nos documentos colacionados aos autos, notadamente os depoimentos de testemunhas e vítimas, atrelado à brilhante atuação da Defensoria Pública do Estado de Amazonas, após praticamente três anos preso cautelarmente e sem qualquer êxito nas medidas jurídicas propostas, como *habeas corpus* e pedidos de revogação da prisão preventiva, em 2006 Heberson foi absolvido por ausência de prova suficiente para levar à certeza da culpa, em consonância com o pedido do Ministério Público. Ressalte-se os danos imensuráveis suportados pelo indivíduo, haja vista os diversos tipos de violência sofridos no presídio, contraiu o vírus da Aids, além de ter sofrido, mesmo após absolvido, a estigmatização social de quem fora preso por três anos acusado de estupro de vulnerável. O abalo moral foi tamanho a ponto de desencadear crises de depressão, dependência química, sofrendo, inclusive, um derrame em 2017 com paralisação total do lado esquerdo do corpo e dificuldade para se locomover até hoje.

Diante disso, os filhos de Heberson ajuizaram ação de indenização por danos morais e materiais fundada na perda de uma chance, em razão de terem sido privados indevidamente da convivência com o pai, bem como pelas sequelas resultantes do encarceramento, com destaque para os abusos sexuais e o vírus HIV contraído, inclusive com apresentação de exame médico que comprovava que, antes da prisão ilegal, Heberson não possuía o vírus da Aids. O Tribunal de Justiça do Estado de Amazonas⁵², após sentença de improcedência em primeiro grau, considerou ter superado o limite do razoável a manutenção do encarceramento preventivo por três anos para depois absolver o réu por falta de provas, tendo por base princípios norteadores da prisão cautelar como a excepcionalidade, provisoriedade e proporcionalidade. Essa situação, atrelada ao indiscutível sofrimento causado tanto aos filhos de Heberson como ao próprio acusado, levou o tribunal a arbitrar indenização moral em R\$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais). O Governo do Estado de Amazonas interpôs recurso especial contra o acórdão, mas a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 26/06/2018, por unanimidade, não conheceu do recurso e manteve a indenização fixada pelo TJAM, revelando-se uma vitória contra as injustiças no âmbito judicial.

Outro caso que se tornou célebre diz respeito a Wagno Silva, um vigia acusado de latrocínio em Congonhas/MG unicamente com base no depoimento de um menor que teria participado do crime e apontado o indivíduo como um dos coautores. Wagno foi condenado a cumprir 23 anos de reclusão, foi preso em flagrante diante do depoimento do menor em

⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Apelação Cível 0624121-04.2013.8.04.0001. Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível. Relator (a): Lafayette Carneiro Vieira Júnior. Data do julgamento: 25/10/2015. Data de Publicação: 29/10/2015.

25/10/1997 e somente foi solto em 14/02/2006, isto é, após oito anos e três meses, quando o indivíduo esclareceu que havia prestado declarações falsas e apontou o verdadeiro coautor do crime. A sentença condenatória, portanto, foi alicerçada em prova falsa e a prisão ilegal se configurou em virtude de condenação baseada em prova que não corresponde à realidade, em hipótese típica de erro judiciário. Enquanto preso, Wagno foi violentado, torturado, perdeu todos os dentes, perdeu contato com sua filha e seu casamento se deteriorou.

Após ser reconhecido inocente, ajuizou ação de indenização pelos danos materiais e morais sofridos em face do Estado de Minas Gerais e, em acórdão prolatado pelo TJMG em 09/03/2010⁵³, a 6ª Câmara arbitrou montante de quase R\$ 1 milhão de reais, considerando indenização moral de R\$ 300.000,00 e danos materiais na modalidade de pensão mensal de 2 salários mínimos retroativos, haja vista a função de pedreiro e vigia que o réu desempenhava, durante todo o tempo em que permaneceu preso. Ambos valores foram corrigidos desde a data da prisão (outubro de 2017), conforme Súmula 54 do STJ, alcançando a quantia aproximada de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) danos materiais e R\$ 780.000,00 (setecentos e oitenta mil reais) por danos morais. O acórdão se fundamentou no art. 37, §6º, da Carta Magna, na responsabilidade objetiva do Estado e na previsão de indenização do erro judiciário (art. 5º, LXXV), considerando a violação de princípios basilares de direitos humanos e, também, a previsão no Código Civil quanto à reparação das perdas e danos e dano imaterial, quando se tratar de prisão ilegal. O arbitramento dos danos morais levou em consideração a inequívoca gravidade da situação e a dupla finalidade de punir o causador do dano e compensação diante da dor causada pelo distanciamento da esposa, da filha, segregação social, estigmatização, entre outros. Contudo, o Estado de Minas Gerais recorreu e o processo encontra-se atualmente no STJ, certo que após o recurso especial interposto ter sido desprovido, o agravo interno movido foi conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial, determinando-se o retorno ao Tribunal de origem para que se analise as alegações do Estado quanto ao termo inicial e percentual de juros de mora e índice de correção monetária. Não há previsão, portanto, para que Wagno Silva receba finalmente a quantia devida em razão daquele que se tornou conhecido como um dos piores casos de erro judiciário no Brasil.

⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0180.06.033625-2/005. Sexta Câmara Cível. Relator(a): Des.(a) Antônio Sérvulo. Data de Julgamento: 09/03/2010. Data de Publicação: 10/09/2010.

De forma muito semelhante foi proferida a fundamentação em acórdão recente do TJSP⁵⁴, no caso de George Wellington de Oliveira, preso em flagrante por suposto cometimento do delito de tráfico de drogas (art. 33, Lei nº 11.343/2006), durante seis meses, e posteriormente absolvido com fundamento no art. 386, IV, do CPP, por estar provado que o réu não concorreu para a infração penal. George foi preso unicamente com base em precária informação de outro indivíduo, encontrado em posse de entorpecentes, que na ocasião alegou que havia adquirido a substância de George, certo que ele não estava com nenhuma droga e não se presenciou entrega da substância ou quantia em dinheiro para ele. A manutenção ilegal da prisão de George se deu, portanto, em virtude de erro cometido pela Administração Pública concernente à falta de averiguação correta dos dados envolvendo a prisão em flagrante das duas pessoas, sendo reconhecida pelo acórdão do TJSP a responsabilidade objetiva do Estado nos termos do art. 37, §6º, da CRFB/88. No que tange ao arbitramento da indenização moral, levou-se em conta a manutenção do preso ilegalmente durante seis meses, notadamente considerando as péssimas condições das prisões brasileiros, tratando-se de um “absurdo, despautério, um terror psicológico que só quem viveu pode avaliar”, de modo a se mostrar razoável a quantia de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) para tentar recompor o dano sofrido e desestimular erros como esse.

Por fim, merece destaque o caso que ganhou notoriedade e promoveu grande comoção social no ano de 2021 envolvendo o artista Eugênio Fiuza Queiroz. Preso em 1995 por ser confundido com o “Maníaco do Anchieta”, autor de crimes de estupro em Belo Horizonte na década de 1990, Eugênio foi reconhecido por oito vítimas e condenado em cinco sentenças penais, somando a pena de 37 anos de reclusão. Em 2012, foi fartamente difundido pela imprensa a prisão de Pedro Meyer Ferreira Guimarães, o verdadeiro autor dos crimes pelos quais Eugênio havia sido acusado, sendo reconhecido por diversas vítimas. A confusão se deu, em boa parte, pela semelhança física entre os dois. Em acórdão proferido pela 7ª Câmara Cível do TJMG⁵⁵, em 27/04/2021, verificou-se a presença dos requisitos da responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do art. 37, §6º, da CRFB/88, notadamente a conduta ilícita, reconhecida nas revisões criminais que absolveram o autor dos crimes, haja vista a condenação prematura

⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 1044596-45.2016.8.26.0114. Órgão Julgador: Décima Segunda Câmara de Direito Público. Relator (a): J. M. Ribeiro de Paula. Data de Julgamento: 06/12/2018. Data de Publicação: 06/12/2018.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ap Cível/Rem Necessária 1.0000.16.061366-7/008. Sétima Câmara Cível. Relator(a): Des.(a) Wilson Benevides. Data de Julgamento: 27/04/2021. Data de Publicação: 01/05/2021.

fundada em provas extremamente frágeis, com prisão ilegal por mais de 18 anos, o dano e o nexo de causalidade. Evidenciou-se, então, a excepcional hipótese de erro judiciário.

Reconheceu-se que o dano moral na hipótese é presumido, tendo em vista que a privação de liberdade retira o cidadão da sociedade, mantém o indivíduo em situação degradante, atenta contra a dignidade da pessoa humana e atinge sua honra, não podendo se olvidar as condições insalubres e a violência acentuada dentro dos presídios sobretudo contra detentos condenados por crimes sexuais. No que tange ao *quantum* indenizatório, diante da inexistência de critério objetivo, o TJMG buscou a compensação pela dor sofrida e uma punição ao Estado que servisse de desestímulo à prática de atos da mesma natureza, e, diante das lesões de ordem moral e física durante mais de 18 anos, considerou razoável e proporcional o montante de R\$ 2.000.000,00 (duzentos mil reais), fixado em primeira instância. Contudo, reformou a sentença de 1º grau para afastar os danos existenciais arbitrados em um milhão de reais, por considerar que não configuram espécie autônoma e já estão inseridos nos danos morais, sob pena de *bis in idem*. Os danos materiais, por sua vez, foram mantidos na forma de pensão vitalícia, levando-se em conta que Eugênio conta com mais de 70 anos atualmente, sendo dever do Estado arcar com a quantia de 05 salários mínimos mensais, exigíveis após a fixação pelo juízo *a quo*. Saliente-se que houve, inclusive, pedido de desculpas formal pelo Governador de Minas Gerais, Romeu Zema (NOVO), que garantiu que o Estado não iria recorrer do acórdão prolatado.

A partir da análise de alguns casos que se tornaram notórios – seja pela evidente injustiça perpetrada contra o indivíduo mantido ilegalmente preso ou seja pelos valores vultuosos deferidos a título de indenização -, verifica-se que, de fato, a discrepância dos valores concedidos se justifica pela ausência de critério objetivo apto a mensurar o sofrimento físico, moral e psíquico suportado por aquele que é privado de sua liberdade e mantido em condições sabidamente degradantes do sistema carcerário brasileiro de forma ilegal. Nesses casos, a melhor solução passa pelo prudente arbítrio do julgador que, na análise das especificidades do caso concreto, deve fixar montante que, de certo modo, compense o indivíduo pelo intenso dano causado e sirva de desestímulo a futuros erros estatais dessa espécie.

3.5.4 Do direito de regresso

A sistemática da responsabilidade civil do Estado, insculpida no art. 37, §6º, da Constituição Federal, prevê dupla responsabilidade: a do Estado em face do particular, certo que o Poder Público indenizará o indivíduo desde que configurado o nexo de causalidade entre o prejuízo suportado e o serviço público; e a do agente causador do dano em face do Estado,

caso tenha agido com dolo ou culpa, constituindo poder-dever irrenunciável e indisponível do Estado promover o ressarcimento ao erário mediante ação regressiva contra o servidor responsável (ARAÚJO, 2010, p. 746). A ação de regresso consiste, portanto, no poder-dever que o Estado possui de agir contra seu agente quando, na ação ou omissão, tiver atuado com dolo ou culpa, em nítida responsabilidade subjetiva (LIMA, 2016, p. 199). Não será admitida a ação de regresso, nesses termos, quando o agente causador ou concorrente para o dano não tiver agido com dolo ou culpa ou quando não for possível sua identificação, constituindo ônus exclusivo da Administração, nos termos do art. 373, I, do CPC (FRANCO, 2012, p. 250-251).

O direito de regresso surge a partir da necessidade de o agente público responsável ressarcir o dano gerado ao erário, isto é, presume-se que o Estado já tenha pagado um devido montante em função do ato prejudicial do agente contra o particular, com a prestação de indenização à vítima (LIMA, 2016, p. 202). Os requisitos para essa ação, destarte, envolvem a condenação da Administração a indenizar a vítima e que se comprove a culpa ou dolo do funcionário no evento danoso, de modo que o Estado indeniza a vítima e o agente indeniza o Estado, regressivamente⁵⁶. Assim, prevê-se, desde a Constituição de 1946, a sistemática regressiva em substituição ao regime solidário, pelo qual a ação podia ser movida pelo lesado em face tanto do causador do dano como do Estado, indistintamente, ao passo que na atual dinâmica regressiva há necessidade de que o Estado tenha satisfeito o lesado, precedentemente, para se voltar contra o causador (HENTZ, 1996, p. 173-174).

Merece destaque, neste passo, a discussão há muito debatida na doutrina no que tange à aplicação do instituto da denunciação da lide frente à ação regressiva. Trata-se de modalidade de intervenção de terceiro cabível, entre outros, para trazer ao processo aquele que estiver obrigado, por lei ou contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido na demanda, nos termos do art.125, II, do CPC, de modo que o denunciante, prevenindo-se contra a possível sucumbência na ação principal, chama aquele que irá indenizá-lo. Tem-se, portanto, duas situações distintas numa única lide: a principal, entre autor e réu, e a acessória, entre denunciante e denunciado. Contudo, tem prevalecido o entendimento de que não se deve aplicar a denunciação da lide em face do agente público responsável pelo dano causado ao particular, nos termos do art. 37, §6º, da CRFB/88, sob pena de mesclar a responsabilidade

⁵⁶ Entende o Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, que o art. 37, §6º, da CRFB, consagra dupla garantia: uma em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória objetiva que somente será movida contra a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que preste serviço público; e outra em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica em caso de dolo ou culpa. Nesses termos o Recurso Extraordinário nº 327.904-1/SP (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 327.904-1/SP. Primeira Turma. Relator: Ministro Carlos Britto, Data de Julgamento: 15/08/2006. Data de Publicação: DJ 08/09/2006).

objetiva – a do Estado – com elementos peculiares à responsabilidade subjetiva – a do agente. Haveria, ademais, prejuízo ao autor ao procrastinar o reconhecimento de um direito legítimo, fazendo com que este dependa da solução de outro conflito subjetivo de interesses, entre o Estado e o funcionário, constituindo retardamento injustificado do direito do lesado, tendo em vista que este conflito é estranho e desnecessário à efetivação do ressarcimento a quem tem direito (MELLO, 2015, p. 1070). Afinal, o objetivo da disposição constitucional foi justamente a adoção da teoria objetiva do risco, visando a mais pronta e completa reparação patrimonial da vítima, a quem incumbe, apenas, demonstrar o nexo causal entre o dano suportado e o comportamento do agente, e não o dolo ou culpa deste.

Conforme bem sintetizado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 1524), a denúncia não seria cabível, pois:

(a) são diversos os fundamentos da responsabilidade do Estado e do servidor; (b) essa diversidade de fundamento retardaria injustificadamente a solução do conflito, pois se estaria, com a denúncia à lide, introduzindo outra lide no bojo da lide entre vítima e Estado; (c) o inciso III do artigo 70 do CPC⁵⁷ refere-se ao garante, o que não inclui o servidor, no caso da ação regressiva prevista no dispositivo constitucional.

Pelo que se verifica, afastada a hipótese de denúncia da lide, o direito de regresso na responsabilidade estatal objetiva, que deriva do risco assumido de indenizar quem ilegalmente for privado de sua liberdade, é um dever do Estado que somente se autoriza quando o agente público – categoria em que se inclui o magistrado, inclusive – der causa à prisão ilegal por ação ou omissão capaz de gerar a sua própria responsabilidade, imputável à sua intenção consciente de ferir o direito do cidadão, ou na sua imprudência, negligência ou imperícia, suficientes para determinar o resultado danoso que se verificar (HENTZ, 1996, p. 183).

⁵⁷ Trata-se, no atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), do art. 125, II.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, evidencia-se a proteção do direito fundamental à liberdade pelo ordenamento jurídico, de modo a justificar que a sua privação, enquanto exceção, deva observar estritamente os requisitos legais e a fundamentação exigida pela legislação. A restrição à liberdade, tida como sanção, deve visar o equilíbrio entre os indivíduos no convívio social e ser taxativamente prevista em lei, em obediência aos rigorosos limites impostos pelo Estado Democrático de Direito. A partir disso, verifica-se consistir em prisão ilegal a modalidade de privação de liberdade promovida pelo Estado sem a observância das exigências legais, seja antes ou depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem a devida justificativa e em desobediência à realidade fática e aos requerimentos formais.

Nesse contexto, impõe-se ao Estado de Direito o reforço da garantia dos direitos individuais do cidadão, de modo a coibir a prática de qualquer restrição ilegal à liberdade individual, fazendo resultar dela a responsabilidade do Estado pelos danos causados. É nesse diapasão que se insere a temática desenvolvida no presente trabalho, fazendo-se necessário o estudo da evolução histórica do instituto da responsabilidade civil do Estado, marcada pela busca crescente da proteção do indivíduo e da limitação da atuação estatal. Partiu-se da irresponsabilidade pela noção de soberania, passando pelo tratamento da questão no plano civilístico, até seu desenvolvimento no âmbito do direito público, lastreado na teoria do risco administrativo. Nos termos expostos nesta monografia, observa-se a consagração da responsabilidade objetiva do Estado, normatizada pelo art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, adotando a teoria do risco administrativo e assumindo que o Estado, detentor de personalidade jurídica, deve ser responsabilizado pelos danos causados aos particulares pelas pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público.

O foco do presente trabalho, contudo, foi direcionado à responsabilização estatal por atos jurisdicionais, especificamente no que toca à prisão considerada ilegal. Trata-se de temática que enseja debate e controvérsia tanto no âmbito doutrinário como jurisprudencial, notadamente em razão da estrutura do próprio Estado, em que o Judiciário surge como controlador definitivo de conflitos sociais, inclusive de seus próprios problemas e falhas. Tem-se observado, porém, expressiva manifestação doutrinária, com reflexos na jurisprudência, no sentido do reconhecimento da responsabilização do Estado pelos danos oriundos de suas falhas e omissões na prestação jurisdicional, afastando-se os argumentos que por muito tempo sustentaram a irresponsabilidade civil do Estado-juiz, quais sejam: a soberania do Poder Judiciário, a independência da magistratura, a falibilidade dos juízes, risco assumido pelo

jurisdicionado, imutabilidade da coisa julgada e ausência de texto expresso em lei. Nesses termos, o art. 37, §6º, da Carta Magna não faz distinção quanto ao tipo de serviço, sem qualquer dispositivo que excetue a responsabilidade decorrente da atuação judicial.

Ademais, em que pese ser tema controvertido, a Constituição consagra, através do art. 5º, LXXV, o dever estatal de reparar danos causados pelo chamado “erro judiciário”, que pode ser conceituado como a má aplicação do direito ou deficiente apreciação dos fatos por parte do órgão jurisdicional, culminando em decisão contrária à lei ou à verdade material, atos típicos de mau funcionamento do serviço público jurisdicional. Ainda que haja, também, previsão no Código de Processo Penal acerca da revisão criminal do erro judiciário, podendo ser reconhecido o direito a uma justa indenização à parte interessada pelos prejuízos sofridos, surge a discussão atinente ao alcance atingido pela expressão erro judiciário, tendo em vista a impressão transmitida pelo ordenamento no sentido de que se restringiria à sentença condenatória desconstituída em sede de revisão criminal e à hipótese de manutenção do condenado preso além do tempo fixado na sentença. Ocorre que os tribunais superiores, com destaque para o STJ e STF, ainda não realizaram enfrentamento suficiente profundo e preciso da temática do erro judiciário, não havendo total consenso acerca do seu alcance, da adoção da teoria objetiva ou subjetiva e assumindo posições destoantes. De qualquer modo, não se olvida que a garantia do cidadão e o dever do Estado andam de mãos dadas na Constituição de 1988, com a garantia do art. 5º, LXXV sendo complementada pelo encargo cominado à Administração Pública com fulcro no art. 37, §6º, o que torna salutar que o Estado deve indenizar a vítima do erro judiciário, entendido como todo erro que importe coação carcerária juridicamente errônea ao indivíduo.

Partindo-se dessa premissa, o presente estudo reconheceu que o fundamento da responsabilidade estatal em caso de prisão ilegal tem natureza jurídica diversa de todas as demais, sobretudo pelo fato de que a prisão que origina o direito à indenização, seja decorrente de sentença transitada em julgado ou de natureza cautelar, é legítima e encontra guarida no ordenamento jurídico. A proteção da coletividade, então, justifica o risco da prisão ilegal sob o prisma do Estado, motivo pelo qual o fundamento da indenização por prisão ilegal é a assunção de responsabilidade, frente ao risco assumido, a que o Estado adere por força da legislação que impõe o dever de indenizar. Ainda que legítima a atuação estatal, será fonte de indenização quando o benefício coletivo for obtido à custa do sacrifício da liberdade individual, haja vista o dever inarredável do Estado de proteção da liberdade pessoal.

Nesse sentido, foi possível concluir que algumas situações ensejam a reparação estatal por prisão ilegal sem grandes dificuldades, a exemplo da tradicional sentença penal

condenatória transitada em julgada e desconstituída em sede de revisão criminal, prisão além do tempo fixado em sentença, recolhimento ou manutenção em regime prisional desconforme, cumprimento em regime fechado pelo condenado a regime aberto por falta de Casa de Albergado ou estabelecimento congênere, não observância dos requisitos para progressão de regime, adolescente recolhido em estabelecimento prisional comum, prisão por erro de pessoa, prisão de homônimo, mandado de prisão expedido erroneamente, ausência de recolhimento de mandado de prisão, flagrante forjado, abuso de autoridade. Nesses casos, tem-se reconhecido que a indenização por prisão ilegal está associada às garantias constitucionalmente previstas, notadamente a dignidade da pessoa humana, insculpida no art. 1º, III, da Constituição da República, o direito à reparação dos danos ao condenado por erro judiciário, conforme art. 5º, LXXV, atrelado à responsabilidade civil objetiva do Estado consagrada no art. 37, §6º. Vislumbrou-se, então, que sob o primado da liberdade pessoal, da responsabilidade civil objetiva pela teoria do risco administrativo e pela garantia do inciso LXXV do art. 5º, a reparação dos danos não está restrita taxativamente às hipóteses de erro judiciário com sentença penal reformada e à permanência na prisão por mais tempo que o fixado em sentença.

Contudo, a real problemática e objeto de grande discussão neste trabalho residiu na prisão provisória, ou cautelar, tendo em vista sua complexidade e utilização desenfreada na realidade brasileira, revelando-se fonte de inúmeras injustiças. Observou-se que parcela significativa da doutrina brasileira defende, sobretudo com suporte nas disposições constitucionais atinentes à presunção de inocência (art. 5º, LVII), que o Estado deve responder pelos danos decorrentes de prisão provisória, seja em flagrante, preventiva ou temporária, de um acusado que, ao final, é reconhecido inocente ou não tem provada sua culpabilidade, em sentença absolutória. A indenização, então, surgiria automaticamente da restrição da liberdade com posterior reconhecimento da não-culpabilidade do agente, sob a justificativa de que sendo injusta a prisão que exceder o prazo fixado na sentença condenatória, não poderia ser tida como menos injusta a prisão do réu no curso do processo ao final do qual vem a ser absolvido.

Todavia, mostra-se salutar reconhecer que a corrente pela irrestrita responsabilidade não tem sido acatada, sobretudo no âmbito jurisprudencial, observando-se tendência mais restritiva ao reconhecimento da responsabilidade civil do Estado por prisão cautelar com posterior absolvição. Estar-se-ia diante da completa fragilização e descrédito da prisão cautelar enquanto medida legalmente prevista, de modo a ignorar o caráter processual e a natureza jurídica desse instituto. Faz-se mister, em verdade, considerar a legalidade ou regularidade da prisão, e não necessariamente a sentença absolutória, devendo o juízo da ação indenizatória se atentar para as condições e circunstâncias da decretação da medida. Com base nisso, STF e STJ tem

entendido que a prisão cautelar devidamente motivada, fundamentada e nos limites legais, com estrita observância de seus requisitos autorizadores, sem abuso ou excesso de poder, não gera o direito à indenização do agente em face de posterior absolvição. O parâmetro para aferir a ilegalidade da prisão, portanto, não reside na sentença absolutória, mas nas circunstâncias em que foi decretada a prisão, devendo ser analisada a profundidade da decisão judicial que, com base nas circunstâncias fáticas do caso concreto, determinou o recolhimento do indivíduo antes ou durante a fase processual. Afinal, seja qual for a modalidade da prisão cautelar, a excepcionalidade da privação de liberdade, sobretudo quando ainda não se firmou juízo irrecorrível acerca da culpabilidade do acusado, exige rigoroso cumprimento dos requisitos e fundamentação adequada, sob pena de a prisão se revelar ilegal e ensejar a reparação dos danos. Afasta-se, por consequência, a interpretação pela qual a simples absolvição penal fundamentada na categórica negativa da existência do fato ou da autoria (art. 385, I e IV, do CPP) acarretaria a ilegalidade da prisão, fazendo-se necessária a verificação da legalidade do decreto da prisão, sua fundamentação, eventuais abusos e arbitrariedades, eis que o dever estatal de reparar não se atrela ao fundamento da sentença absolutória automaticamente.

Destarte, revela-se inequívoca a possibilidade de responsabilização civil do Estado em caso de prisão provisória ilegal, haja vista que o sofrimento injustamente imposto ao jurisdicionado, ainda que sob a égide da lei e em prol do bem coletivo, deve ser reparado. Porém, observa-se pelos recentes entendimentos doutrinários e maciça jurisprudência que o dever de indenizar não surge como consequência automática da absolvição do acusado em sentença penal, após mantido encarcerado cautelarmente, mas decorre da constatação de ilegalidade, arbitrariedade e abuso de poder estatal no momento da decretação da medida, quando não se atende às hipóteses e requisitos legalmente previstos, sem a devida fundamentação, comprovação de materialidade e indícios de autoria suficientes para que a prisão processual se mostre necessária.

Neste passo, observa-se que o instituto da prisão provisória tem se mostrado fonte fértil de injustiças e ilegalidades na medida em que sua decretação se dá, muitas vezes, de forma automática e sem a devida fundamentação e análise pormenorizada pelo magistrado. Isso pode ser observado a partir da análise estatística, por exemplo, do trabalho realizado por Nascimento, Gusso e Gomes (2019, 227-249), pelo qual se observou que a prisão em flagrante e provisória totaliza cerca de 69% dos casos de prisão ilegal reconhecida pelos tribunais, ao passo que a tradicional hipótese de erro judiciário, consubstanciado na prisão-pena transitada em julgado e revista, corresponde apenas a 3,25% dos casos. De fato, a cultura do superencarceramento demonstra que, se de fato fossem adequadamente observados todos os requisitos intrínsecos à

decretação de cada modalidade de prisão provisória, raros seriam os casos em que se configuraria a indenização estatal na prática.

No que tange à reparação do dano propriamente dita, revela-se ser a ação judicial cível o principal meio utilizado. A indenização dos danos materiais se evidencia pela diminuição patrimonial do lesado, seja pela perda monetária, com gastos em virtude de eventual investigação e processo criminal, seja pelos reflexos voltados ao futuro, o chamado lucro cessante constantemente atrelado a quantias a que faria jus o acusado caso estivesse em liberdade. A maior dificuldade, porém, reside na quantificação do dano moral, presumido e incontestável, certo que se mostram incalculáveis os prejuízos psíquicos suportados em virtude da permanência ilegal do indivíduo no cárcere, sobretudo pelo constrangimento, submissão a um sistema prisional caótico e superlotado, a estigmatização social, dificuldade de reinserção na sociedade, privação do convívio social e familiar, entre outros. Busca-se, pela indenização, amenizar a lesão ao *satus dignitatis e libertatis* do indivíduo e servir de desincentivo a futuras injustiças, mas a ausência de critério objetivo apto a mensurar o sofrimento físico, moral e psíquico tem acarretado discrepância dos valores concedidos a título de indenização, certo, ainda, que alguns se mostram nitidamente ínfimos ante todo o sofrimento suportado.

Não se olvide, ao mesmo tempo, que alguns entendimentos jurisprudenciais, sobretudo no âmbito do STF e STJ, têm se mostrado demasiadamente restritos à responsabilização do Estado por prisão ilegal, o que se explica, em parte, pela relutância em se afastar por completo das teorias que por muito tempo sustentaram a irresponsabilidade estatal pelos atos jurisdicionais e pelo corporativismo que permeia o Judiciário, com nítida dificuldade de a instituição avaliar suas próprias qualidades e falhas, sob pena de o reconhecimento público de suas deficiências acarretar prejuízo à sua imagem. De qualquer forma, há de se salientar que a consagração do Estado Democrático de Direito impõe o reforço da garantia dos direitos individuais do cidadão, de modo a coibir a prática de qualquer restrição ilegal à liberdade, fazendo resultar dela a responsabilidade do Estado pelos danos causados.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Mestre Jou, 1992.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. 20, n. 59, p. 5-48, 1993.
- ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 23. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ALMEIDA, Vitor Luís de. A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário sob a ótica do sistema lusófono: Análise nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 49, n. 196, p. 259-281, out/dez, 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/4966271>. Acesso em: 04 ago. 2021.
- ALVES, Vilson Rodrigues. **Responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário**. Tomos I e II. Campinas: Bookseller, 2001.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ARON, Raymond. **Pensamento político**. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.
- ASSIS, Dulceia Maria dos Santos. Responsabilidade civil do estado por prisão ilegal. **Revista Brasileira de Direito e Gestão Pública**, Pombal/PB, v. 1, n. 2, 11, p.42-47, mar./jun., 2013. Disponível em: <https://www.gvaa.com.br/revista/index.php/RDGP/article/view/2489?source=/revista/index.php/RDGP/article/view/2489>. Acesso em: 03 ago. 2021.
- BALTAR NETO, Fernando Pereira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito Administrativo**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios Sobre a Liberdade**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1969.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto da Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 1976.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 2. ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1994.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do direito** – filosofia e metodologia jurídicas. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 5 out. de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jun. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.686 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 3 out. de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 7 dez. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 14 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 13 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 13 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.869 de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 5 set. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 21 dez. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm. Acesso em: 14 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 25 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 14 ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen**. Brasília, junho/2019. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados#:~:text=O%20percentual%20de%20presos%20provis%C3%B3rios,se%20est%C3%A1vel%20em%20aproximadamente%2033%25>. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1567818/PB. Primeira Turma. Rel. Ministro Sérgio Kukina. Data de Julgamento: 19/05/2020. Data de Publicação: DJe 04/06/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1723464/DF. Segunda Turma. Rel. Ministro Herman Benjamin. Data de Julgamento: 07/05/2019. Data de publicação: DJe 29/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1808226/MG. Primeira Turma. Rel. Ministra Regina Helena Costa. Data de Julgamento: 14/10/2019. Data de Publicação: DJe 16/10/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no AREsp 1649945/RS. Segunda Turma. Rel. Ministro Herman Benjamin. Data de Julgamento: 30/11/2020, Data de Publicação: DJe 09/12/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgIn 415.834/RJ. Primeira Turma. Rel. Min Garcia Vieira. Data de Julgamento: 06/06/2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 39090 RS 2011/0115763-5. Segunda Turma. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha, Data de Julgamento: 20/03/2012. Data de Publicação: DJe 30/03/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.295.573/RJ. Segunda Turma. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha Data de Julgamento: 27/03/2012. Data de Publicação: DJe 16/04/12.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1361256/SC. Primeira Turma. Rel. Ministra Regina Helena Costa. Data de Julgamento: 17/05/2016. Data de Publicação: DJe 27/05/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 567.289 MC/PI, Quinta Turma. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. Data de Julgamento: 18/03/2020. Data de Publicação: Dje: 13/03/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1089132/SP. Primeira Turma. Rel. Ministro Benedito Gonçalves. Data de Julgamento: 10/11/2009, Data de Publicação: DJe 17/11/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 253.674/SP. Quinta Turma. Rel. Min. Felix Fischer. Data de Julgamento 04/03/2004. Data de Publicação: DJ 14/06/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 337.225/SP. Segunda Turma. Rel. Ministra Eliana Calmon. Data de Julgamento: 25/03/2003. Data de Publicação: DJ 14/04/2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 427.560/TO. Primeira Turma. Rel. Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 05/09/2002. Data de Publicação: DJ 30/09/2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 61.899-1/SP. Sexta Turma. Rel. Min. Vicente Leal. Ementário STJ, 15/220. Data de Julgamento: 26/03/1996, Data de Publicação: DJU 03/06/1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 802435 PE 2005/0202982-0. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 19/10/2006. Data de Publicação: DJ 30/10/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 815.004/RJ. Primeira Turma. Rel. Min. José Delgado. Data de Julgamento: 12/09/2006. Data de Publicação: DJ 16/10/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 872.630/RJ. Primeira Turma. Rel. Min. Francisco Falcão. Data de Julgamento: 13/11/2007. Data de Publicação: DJe 26/03/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 220.982/RS. Primeira Turma. Rel. Min. José Delgado, Data de Julgamento: 22/02/2000. Data de Publicação: DJ 03/04/2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 133.266/MS. Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Data de Julgamento: 08/09/2020. Data de Publicação: 14/09/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 44280/SE. Quinta Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa. Data de Julgamento: 24/04/2014. Data de Publicação: 02/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 78.474/RS, 2016/0300654-4. Sexta Turma. Rel.: Min. Sebastião Reis Júnior. Data de Julgamento: 16/03/2017. Data de Publicação: DJe 23/03/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1069350 AgR. Primeira Turma. Relator(a): Rosa Weber. Data de Julgamento 20/09/2019. Data de Publicação: DJe 01/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 770931 AgR. Primeira Turma. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 19/08/2014. Data de Publicação: DJe-199 13-10-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 939966 AgR. Segunda Turma. Relator(a): Dias Toffoli. Data de Julgamento: 15/03/2016. Data de Publicação: DJe-101 18/05/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 128650. Segunda Turma. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 20/09/2016. Data de Publicação: DJe-212 05/10/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 139978 AgR. Primeira Turma. Relator(a): Min. Luiz Fux. Data de Julgamento: 20/04/2017. Data de Publicação: DJe-098 11/05/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 184.769/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 05/05/2020. Data de Publicação: DJe 08/05/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 185.321/BA. Primeira Turma. Rel.: Min. Marco Aurélio, Red. p./ acórdão Min. Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 05/08/2020. Data de Publicação: DJe 04/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 190.364/CE, Rel. Min. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 22/09/2020, Data de Publicação: 24/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 327.904-1/SP. Primeira Turma. Relator: Ministro Carlos Britto, Data de Julgamento: 15/08/2006. Data de Publicação: DJ 08/09/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 385943 SP. Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 15/12/2009, Data de Publicação: DJe 19/02/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 429518 SC. Relator: Min. Carlos Velloso. Data de Julgamento: 17/08/2004, Data de Publicação: 14/09/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 505393. Primeira Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Data de Julgamento: 26/06/2007. Data de Publicação: DJe 05/10/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 553.637/SP-ED. Segunda Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Data de Publicação: DJ 25/9/09.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 591874/MS. rel. Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 26/08/2009, Publicação: DJe nº 237.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 603395/RO, Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 14/12/2011, Data de Publicação: DJe 03/02/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 641320. Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral – Mérito. Data de Julgamento: 11/05/2016 DJe-159, Data de Publicação: DJe-159 01/08/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 70121-MG. Tribunal Pleno. Relator: Aliomar Baleeiro. Data de Julgamento: 13/10/1971. Data de Publicação: DJ 30/03/1973.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 841.526/RS. Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 30/03/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rec. Ordinário em HC nº 71.354-8. Segunda Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 13/09/1994. Data de Publicação: DJU 27/10/1994.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. AC 10133120006274001 MG. Oitava Câmara Cível. Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Data de Julgamento: 09/10/2014. Data de Publicação: 20/10/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ap Cível/Rem Necessária 1.0000.16.061366-7/008. Sétima Câmara Cível. Relator(a): Des.(a) Wilson Benevides. Data de Julgamento: 27/04/2021. Data de Publicação: 01/05/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0180.06.033625-2/005. Sexta Câmara Cível. Relator(a): Des.(a) Antônio Sérvulo. Data de Julgamento: 09/03/2010. Data de Publicação: 10/09/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2012.086845-4. Segunda Câmara de Direito Público. Rel.: Francisco Oliveira Neto. Data de Julgamento: 15/10/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 1044596-45.2016.8.26.0114. Órgão Julgador: Décima Segunda Câmara de Direito Público. Relator (a): J. M. Ribeiro de Paula. Data de Julgamento: 06/12/2018. Data de Publicação: 06/12/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 0000993-27.2014.8.26.0366. Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público. Relator (a): Maurício Fiorito. Data do Julgamento: 12/04/2016. Data de Publicação: DJe 13/04/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 0004177-21.2010.8.26.0369. Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público. Relator (a): Wanderley José Federighi. Data do Julgamento: 12/12/2012. Data de Publicação: DJe 18/12/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 0012141-38.2013.8.26.0053. Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público Relator (a): José Luiz Germano. Data do Julgamento: 01/09/2015. Data de Publicação: DJe 11/09/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 1000686-54.2018.8.26.0483. Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público. Relator (a): Camargo Pereira. Data do Julgamento: 23/06/2020. Data de Publicação: DJe 23/06/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 1003289-42.2020.8.26.0318. Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público. Relator (a): Flora Maria Nesi Tossi Silva. Data do Julgamento: 23/06/2021. Data de Publicação: DJe 23/06/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 1021460-71.2017.8.26.0053. Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público. Relator (a): Marcelo L Theodósio. Data do Julgamento: 15/04/2021. Data de Publicação: DJe 23/04/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Apelação Cível 0624121-04.2013.8.04.0001. Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível. Relator (a): Lafayette Carneiro Vieira Júnior. Data do julgamento: 25/10/2015. Data de Publicação: 29/10/2015.

BRUGGER, Walter. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1987.

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

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMARGO, Luís Antônio. **A responsabilidade civil do Estado e o erro judiciário**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CAMARGO, Luiz Carlos de Arruda; DE MELO, Jurandir Vieira. **Manual Prático do Habeas Corpus**. São Paulo: EDIPRO, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos**. Coimbra: Almedina, 1974.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CAVALVANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

CICOTE, Luís Eduardo. Responsabilidade civil do Estado perante os condenados beneficiados pelo regime aberto na sentença, mas que cumpriram pena no regime fechado por falta de casa do albergado ou estabelecimento congênere. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.89, n.776, p. 485-490, jun. 2000. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/38641>. Acesso em: 10 ago. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORREA; Sedeur Fernandes. **A Responsabilidade Civil do Estado por Prisão Cautelar Indevida**. 2008. Tese de Pós-Graduação lato sensu em Direito Público – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2008. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/41105701_Responsabilidade_civil_do_Estado_por_prisao_cautelar_indevida. Acesso em: 26 ago. 2021.

CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 99, p. 13-32, jan/mar, 1970.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

DEL POZZO, Carlo Umberto. **La libertà personale nel processo penale intaliano**. Torino: Torinese, 1962.

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

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.198, p.85-96, out./dez. 1994.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil do Estado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DUEZ, Paul. **La responsabilité de la puissance publique**. Paris: Dalloz, 1927.

FALCÃO, Alexandre Targino Gomes. **Responsabilidade civil do juiz por atos jurisdicionais: um olhar sobre o direito brasileiro**. 2015. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, p. 74, 2015.

FERRARI, Paola Nery. **A responsabilidade do Estado decorrente de atos jurisdicionais como mecanismo de efetivação do Estado democrático de Direito**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 159, 2015.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Responsabilidade civil do Estado-Juiz: estado e juízes constitucionalmente responsáveis: doutrina e jurisprudência**. Curitiba: Juruá, 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FRANCO, João Honório de Souza. **Indenização do erro judiciário e prisão indevida**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 307, 2012.

GARCIA, Basileu. **Comentários ao Código de Processo Penal**, v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da faute du service. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). **Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1131-1155. Disponível em: <http://www.danielwunderhachem.com.br/artigos.php?tipo=2>. Acesso em: 15 ago. 2021.

HAYEK, Friedrich August. **Os fundamentos da liberdade**. Trad. Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Brasília: Universidade de Brasília, 1983.

HENTZ, Luiz Antônio Soares, **Indenização do erro judiciário e danos em geral decorrentes do serviço judiciário**. São Paulo: Universitária, 1995.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. **Indenização por prisão indevida**. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1996.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. **Penas perdidas** – o sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. v. 1. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA NETO, Arnor. A responsabilidade civil extracontratual do Estado decorrentes da função judiciária no Brasil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região**, Curitiba, vol. 27. n. 47. p. 37-68, jan./jun., 2002. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2001;20006180> 15. Acesso em: 12 ago. 2021.

LIMA, Ana Júlia Andrade Vaz de. Responsabilidade civil do estado por prisão cautelar ilegal. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, vol. 23. ano 4. p. 175- 217. São Paulo: Ed. RT, mar./abr., 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. A responsabilidade civil em face de danos decorrentes de atos oriundos do Poder Judiciário. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 9. n. 35. p. 229-245, Ed. RT, jul/set, 2008. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2008;20008366> 73. Acesso em: 10 ago. 2021.

MAIA NETO, Cândido Furtado. Erro judiciário, prisão ilegal e direitos humanos: indenização às vítimas de abuso de poder à luz do garantismo jurídico-penal. **Revista Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar**, Umuarama, v. 7, n. 1, p. 05-23, jan./jun., 2004. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/18236/erro-judiciario-prisao-ilegal-e-direitos-humanos-indenizacao-as-vitimas-de-abuso-de-poder-a-luz-do-garantismo-juridico-penal>. Acesso em: 18 ago. 2021.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Millennium, 2000.

MARRARA, Thiago; MACERA, Paulo Henrique. Responsabilidade civil do Estado por erro judiciário: aspectos conceituais, doutrinários e jurisprudenciais. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo - ReDAC**, São Paulo, v. 18, p. 135-155, maio/jun., 2015.

Disponível em: <https://consorciobdjur.stj.jus.br/vufind/Record/oai:bdjur.stj.jus.br.BDJURr1:oai:localhost:2011-92825>. Acesso em: 14 ago. 2021.

MATTOS JÚNIOR, Ruy Ferreira. Direitos fundamentais e direito de liberdade. **Revista Direitos Fundamentais e democracia**. ISSN 1982-0496, vol. 6. Curitiba: Unibrasil, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Revisão criminal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MONTESQUIEU, Charle-Louis. **Do espírito das leis**. 2. ed. Trad. Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NANNI, Giovanni Ettore. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

NASCIMENTO, Louise Ribeiro; GUSSO, Luana de Carvalho Silva; GOMES, Nestor Castilho. O preço da liberdade: análise jurisprudencial do dano moral por prisão ilegal. In: **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 35, Edição especial. Pouso Alegre, 2019, p. 227-249. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/22>. Acesso em: 05 set. 2021.

NOGUEIRA, Ataliba. **Pena sem prisão**. São Paulo: Saraiva, 1956.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade: comentários à Lei 12.403/2011**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Tempo da prisão: breves apontamentos. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. Nº 8, 2002, p. 231-266.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. Liberdade e Direito. In: **Revista Consulex**. n. 203. 30 jun. 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à constituição de 1967**. v. 05. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e Prática do Habeas Corpus**. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955.

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

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 28, n. 111, pp. 79-122, jul./set., 1991.

RUIZ, Thiago. O direito à liberdade: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 1, n. 2, p. 137-150, maio/ago, 2016. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11572>. Acesso em: 14 set. 2021.

SALAZAR, Alcino de Paula. **Responsabilidade do poder público por atos judiciais**. Rio de Janeiro: Canton & Reile, 1941.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 2. ed., v. 3 Rio de Janeiro: Forense, 1967.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Marcelo Lira. Os fundamentos do liberalismo clássico – a relação entre estado, direito e democracia. **Revista Aurora**. Marília/SP. Ano V, número 9, ISSN: 1982-8004, p. 121-147, dez. 2011. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/aurora>. Acesso em: 05 abr. 2021.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

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