

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

WILLIAN YAGYU MORIBAYASHI

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DAS PRISÕES
CAUTELARES**

CURITIBA

2015

WILLIAN YAGYU MORIBAYASHI

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DAS PRISÕES CAUTELARES

Monografia de conclusão de curso apresentada como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Professor Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Luís Kanayama

CURITIBA

2015

RESUMO

A decretação de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é medida que se reveste de qualidade instrumental, vez que visa à tutela do processo, e que apenas se justifica em caráter excepcional. Todavia, observa-se um progressivo crescimento da população carcerária brasileira, em boa parte composta por indivíduos privados de sua liberdade de locomoção sem que tenha havido prévia condenação. Outrossim, não se pode olvidar que o art. 37, § 6º da Constituição Federal é claro ao consagrar a responsabilidade civil objetiva do Estado, quando os agentes públicos causarem, nessa qualidade, prejuízos a terceiros. Contudo, há grande divergência quanto à possibilidade de se enquadrar, no referido dispositivo, atos danosos decorrentes do Poder Judiciário. À luz dessas considerações, o presente trabalho acadêmico tem por escopo a análise da responsabilidade civil do Estado em face das prisões cautelares, especialmente quando seguidas de decisão absolutória.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	4
2	DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	5
2.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA	6
2.1.1	Fase da irresponsabilidade	7
2.1.2	Teorias civilistas	8
2.1.3	Teorias publicistas	9
2.2	FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO	13
2.3	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	14
2.4	ELEMENTOS CONFIGURADORES	16
2.4.1	Evento danoso	16
2.4.2	Ação ou omissão imputável ao Estado	17
2.4.3	Relação de causalidade	19
2.5	EXCLUDENTES E ATENUANTES	20
2.6	DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO JURISDICIONAL	22
2.6.1	Soberania do Poder Judiciário	23
2.6.2	Incontrastabilidade da coisa julgada	24
2.6.3	Falibilidade contingencial dos juízes	25
2.6.4	Risco do serviço assumido pelo jurisdicionado	26
2.6.5	Independência do magistrado	27
2.6.6	O magistrado como funcionário público	28
2.6.7	Ausência de texto expresso de lei	28
3	DAS PRISÕES CAUTELARES	29
3.1	PRESSUPOSTOS	31
3.2	PRISÕES CAUTELARES EM ESPÉCIE	32
3.2.1	Prisão em flagrante	33
3.2.2	Prisão temporária	35
3.2.3	Prisão preventiva <i>stricto sensu</i>	37
4	DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PRISÃO CAUTELAR	40
4.1	DO ERRO JUDICIÁRIO	40
4.2	DA TRATATIVA PELA DOUTRINA	41
4.3	DA TRATATIVA PELA JURISPRUDÊNCIA	47
5	CONCLUSÃO	50
	REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico tem por escopo a análise da responsabilidade imputável ao Estado em face das prisões cautelares, especialmente quando seguidas de decisão absolutória.

Conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN, de junho de 2014, do Ministério da Justiça, a população prisional brasileira compreende 607.731 pessoas, das quais 41,00% encontram-se privadas de sua liberdade de locomoção sem prévia condenação, ou seja, cautelarmente¹.

Para além das discussões acerca da efetiva necessidade das prisões cautelares e da possibilidade de virem a constituir efetiva pena antecipada, trazendo grande estigma àqueles a elas submetidos, não se pode olvidar a situação de descalabro do “medieval sistema carcerário brasileiro”².

Nesse passo, o presente trabalho buscará traçar um sucinto panorama a respeito da responsabilidade civil do Estado, dando-se especial ênfase às hipóteses em que o potencial dano derive de ato jurisdicional, em vista dos limites propostos pela monografia em tela, eis que as prisões cautelares decorrem de atos desta espécie.

A seguir serão traçados breves comentários acerca das diversas hipóteses de restrição cautelar à liberdade de locomoção e, após, será analisada a divergência doutrinária em torno da possibilidade de se impor dever de ressarcimento ao Estado em relação às prisões cautelares.

Finalmente, sem o intuito de esgotar a discussão a respeito de qualquer dos tópicos a seguir abordados, observar-se-á o entendimento hoje predominante em nossas cortes superiores.

¹ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN - Junho de 2014. Divulgação: Jun/2015. 148 p. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2015.

² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 777.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil consiste, segundo Maria Helena Diniz na “aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem responda, por algo que a pertença ou de simples imposição legal”³.

A responsabilidade (extracontratual) do Estado, por sua vez, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, significa

a 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 jurídicos⁴.

Conforme alerta di Pietro, faz-se referência à responsabilidade extracontratual para melhor delimitar o tema, restringindo-o a esta modalidade de responsabilidade civil, diversa da responsabilidade contratual, a qual é regida por princípios próprios. Merece destaque também o fato de que a responsabilidade civil estatal pode derivar de atos lícitos, não sendo exigido ato ilícito (contrário à lei) para que haja responsabilização, como ocorre no âmbito do direito privado⁵.

Segundo a mesma autora, a responsabilidade do Estado abrange a função administrativa, jurisdicional e legislativa – as três funções em que se divide o poder estatal. Assim, de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário podem advir danos que gerem responsabilidade do Estado, pessoa jurídica⁶.

³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. Vol. 7. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 40.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1009.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 715.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 715.

É hoje uma concepção básica do Direito Público a ideia de que ao Poder Público, à semelhança do que se dá com qualquer outro sujeito de direitos, é imputável a obrigação de recompor danos que derivem de sua ação ou omissão⁷.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A responsabilidade civil do Estado é assunto sobre o qual foram elaboradas diversas teorias, sendo diverso o tratamento que lhe é dado no espaço e no tempo. Durante longo período de tempo, adotou-se a regra da irresponsabilidade; posteriormente, foi reconhecida a responsabilidade subjetiva, atrelada à culpa; e, por fim, emerge a concepção da responsabilidade objetiva, que tem aplicabilidade sujeita a requisitos distintos nos diversos sistemas positivos⁸.

Para di Pietro, as teorias pertinentes ao tema são: 1) teoria da irresponsabilidade; 2) teorias civilistas (teoria dos atos de império e de gestão; e teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva); 3) teorias publicistas (teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público; e teoria do risco integral ou administrativo ou teoria da responsabilidade objetiva)⁹.

A mesma autora anota não há uniformidade doutrinária na denominação destas teorias, além de existirem orientações diversas em ordenamentos filiados ao sistema anglo-saxão¹⁰. Em suas palavras:

existe muita divergência de terminologia entre os autores, o que torna difícil a colocação da matéria; o que alguns chamam de culpa civil outros chamam de culpa administrativa; alguns consideram como hipóteses diversas a culpa administrativa e o acidente administrativo; alguns subdividem a teoria do risco administrativo em duas modalidades, risco integral e risco administrativo¹¹.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1009.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 716.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 716.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 716.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 716.

Outrossim, vale registrar a observação de Bandeira de Mello de que grande parte dos atuais contornos da responsabilidade do Estado foram delineados pelo Direito francês, por meio de decisões proferidas pelo Conselho de Estado¹².

2.1.1 Fase da irresponsabilidade

A teoria da irresponsabilidade é fundada na concepção da soberania e típica dos Estados absolutistas. Neste momento, o Estado tutela o direito e, desse modo, não pode agir contra ele, que apresenta autoridade incontestável. Lugar-comum, assim, afirmar-se que o rei não pode errar (*the king can do no wrong; ler oi ne peut mal faire*) e que “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei” (*quod principi placuit habet legis vigorem*). Responsabilizar o Estado, num contexto como este, implicaria equipara-lo ao súdito, em ofensa à soberania¹³.

Nesta esteira, anotando que a teoria da irresponsabilidade perdurou por muitos séculos, Medauar elenca os principais fundamentos para esta isenção: “o monarca ou o Estado não erram; o Estado atua para atender ao interesse de todos e não pode ser responsabilizado por isso; a soberania do Estado, poder incontestável, impede seja reconhecida sua responsabilidade perante um indivíduo”¹⁴.

Em vista de sua injustiça, esta teoria acabou por superada no século XIX, eis que, decorrência lógica de seu dever de tutela do direito, não poderia o Estado restar isento de responsabilidade quando, por ação ou omissão, causasse danos a terceiros, especialmente considerada sua posição de pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações¹⁵. Contribuem também para sua superação um maior

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1017.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 717.

¹⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 433-434.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 717.

reconhecimento dos direitos dos indivíduos face ao Estado e a propagação da concepção de que o Estado também se submete ao Direito¹⁶.

Em que pese aquele panorama, é de se observar que o administrado não se encontrava completamente desprotegido perante atos estatais unilaterais, pois se admitia responsabilização em determinadas circunstâncias de acordo com eventual previsão em legislação específica, como no caso de danos provenientes de obras públicas, conforme anota Bandeira de Mello¹⁷.

Por fim, cumpre registrar que a teoria da irresponsabilidade nunca foi adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, tendo sido, ademais, sempre rejeitada pelos tribunais e pela doutrina¹⁸.

2.1.2 Teorias civilistas

Ultrapassada a teoria da irresponsabilidade, e aceita a possibilidade de se imputar responsabilidade ao Estado, esta vem a ser orientada, primeiramente, pelos princípios do Direito Civil, apoiados na ideia de culpa¹⁹.

Num primeiro momento, distinguem-se os chamados atos de império dos atos de gestão. Apenas a estes, praticados pela Administração em igualdade perante os particulares na gestão de seu patrimônio e de seus serviços, aplicar-se-ia o direito comum; enquanto aqueles seriam regulados por um direito especial, já que praticados pela Administração quando investida das prerrogativas de autoridade, podendo ser impostos ao particular sem necessidade de autorização judicial²⁰.

Assim, quando o Estado agisse no desempenho de sua soberania, sob a qualificação de poder supremo e supra-individual, tratar-se-ia de atos *jure imperii*, os

¹⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 434.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1017.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 721.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. cit.*, p. 717

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. cit.*, p. 717-718.

quais seriam imunes a qualquer julgamento e, ainda quando ocasionassem prejuízos para os súditos, não seriam aptos a ensejar o dever de reparar²¹.

Apenas se admitiria responsabilidade civil do Estado quando os prejuízos causados a terceiros decorressem dos atos de gestão, praticados por seus prepostos, mas não quando derivados de atos de império, praticados pelo Rei, pessoa distinta da pessoa do Estado²². Somente surgiria o dever estatal de indenizar quando praticados atos *jure gestionis*, caso em que, o Estado se igualaria ao particular e poderia ser obrigado a reparar danos nas mesmas condições de uma empresa privada, pelos atos de seus representantes violadores de direitos de terceiros. Discernia-se, desse modo, as hipóteses em que tivesse havido ou não culpa do preposto – se houvesse culpa, seria devida a reparação; do contrário, não haveria ressarcimento do dano²³.

Contudo, conforme alerta di Pietro, acaba por surgir ampla oposição a esta teoria por dois motivos: a impossibilidade de se dividir a personalidade do Estado e a própria dificuldade de “enquadrar-se como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços”²⁴.

Em que pese apenas admitir responsabilização em algumas limitadas situações, cumpre registrar que essa teoria, inspirada no direito civil, significou importante avanço no processo evolutivo ao admitir que se responsabilizasse o Estado, impulsionando posterior avanço²⁵.

2.1.3 Teorias publicistas

²¹ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 22-23.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 717-718.

²³ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 22-23.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 718.

²⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 434.

É a partir do caso Blanco, em 1873, que se desenvolvem, na jurisprudência francesa, as teorias de reponsabilidade do Estado orientadas por princípios do direito público. Surgem, então, a teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa (também denominada de teoria do acidente administrativo) e a teoria do risco, subdividida, por parte da doutrina, em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral²⁶.

A teoria da culpa do serviço distingue a culpa individual do funcionário da culpa anônima do serviço público. Esta última estaria presente quando, em relação ao serviço público houvesse omissão, atraso ou mau funcionamento; havendo possibilidade de responsabilização do Estado em qualquer destas situações, a despeito da culpa do funcionário²⁷.

Leciona Hely Lopes Meirelles:

A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de culpa administrativa²⁸.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, adverte que a responsabilidade por falta de serviço, falha de serviço ou culpa de serviço não constitui espécie de responsabilidade objetiva, pois requer a constatação de culpa ou dolo, sendo insuficiente o mero nexos de causalidade entre o dano e o serviço estatal. O que há, nestas circunstâncias, é uma “presunção de culpa”, desobrigando-se o lesado de demonstrá-la. Isso ocorre em vista da dificuldade haveria para que se demonstrasse que o serviço funcionou com negligência, imperícia ou imprudência, ou seja, aquém do padrão devido. Essa presunção, todavia, não retira o caráter subjetivo desta modalidade de responsabilidade, já que é possível que Poder Público reste isento da

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 718-719.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 719.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 626.

obrigação de indenizar, caso comprove ter agido com diligência, prudência e perícia, o que não seria possível caso a responsabilidade fosse objetiva²⁹.

Paralelamente, sem abrir mão da teoria da culpa do serviço, o Conselho de Estado francês passou a aplicar, em determinadas situações, a teoria do risco integral, base para a responsabilidade objetiva do Estado³⁰.

Assevera Celso Antônio Bandeira de Mello:

Responsabilidade objetiva é 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. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano. Ampliando a proteção do administrado, a jurisprudência administrativa da França veio a admitir também hipóteses de responsabilidade estritamente *objetiva*, isto é, independentemente de qualquer falta ou culpa do serviço, a dizer, *responsabilidade pelo risco* administrativo ou, de todo modo, independente de comportamento censurável juridicamente³¹.

A teoria do risco teria fundamento no fato de que as diversas atividades desenvolvidas pela Administração, com vistas ao atendimento do interesse de toda a população, inexoravelmente, implicam em grande probabilidade de causar danos a alguns particulares. Assim, considerando que, em princípio, todos são favorecidos, todos devem partilhar na reparação destes danos. Por isso, imputa-se ao Estado a obrigação de reparar os danos causados a terceiros por seus agentes³².

Para a teoria do risco (também denominada teoria da responsabilidade objetiva), é irrelevante o fato de o serviço público funcionar adequada ou inadequadamente, bastando que haja nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo imposto ao administrado. Os pressupostos para a responsabilidade objetiva do Estado seriam: a) prática de ato lícito ou ilícito por agente público; b) que este ato ocasione dano específico e anormal (aquele que

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1020.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 719.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1022.

³² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 34-435.

extrapola os inconvenientes do cotidiano em sociedade, decorrentes do agir estatal);
c) existência de nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano³³.

Hely Lopes Meirelles, de outro lado, subdivide a teoria do risco em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral, afirmando que apenas aquela admitiria as causas excludentes da responsabilidade do Estado (culpa da vítima, culpa de terceiros e força maior)³⁴.

Não é outro o magistério de Sergio Cavalieri Filho, para quem a teoria do risco administrativo é distinta da teoria do risco integral, apesar de parte da doutrina rejeitar essa distinção, chegando, inclusive, a afirmar que se trata de mera questão semântica, de modo que o “risco administrativo, o risco integral e o acidente administrativo seriam rótulos diferentes para designar coisas iguais”³⁵.

Assim, em relação à teoria do risco administrativo, leciona o referido autor que implica na atribuição de responsabilidade ao Estado pelo risco decorrente de sua atividade administrativa. Esta teoria aparece como expressão do princípio da igualdade dos indivíduos frente aos encargos públicos. Trata-se da forma democrática de dividir os ônus e encargos sociais entre todos os beneficiários da atuação da Administração Pública. Desse modo, qualquer dano causado ao particular deverá ser ressarcido, independentemente de culpa do agente público que o ocasionou. Dever-se-á averiguar, tão somente, a relação de causalidade entre o dano sofrido pelo administrado e a ação administrativa. Muito embora prescindida da demonstração de culpa da Administração, o dever estatal de indenizar poderá ser afastado nas hipóteses de exclusão do nexo causal: fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro³⁶.

Já em relação à teoria do risco integral assevera que se trata de modelo extremado da doutrina do risco e que impõe o dever de indenizar inclusive nas hipóteses de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior. Anota, ademais, que a adoção desta teoria imporia ao Estado a obrigação de

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 719-720.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 623.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 257.

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 257.

indenizar sempre, e em qualquer eventualidade, o prejuízo sofrido pelo administrado, mesmo que não derivado de sua atuação, uma vez que não seria possível a Administração valer-se das causas de exclusão do nexo de causalidade, o que levaria ao abuso e à inequidade³⁷.

Anota di Pietro, de seu lado, que as divergências em torno da teoria da responsabilidade objetiva são apenas terminológicas, parecendo haver consenso em torno do fato de que é irrelevante o funcionamento adequado ou não do serviço, além de se reconhecer, em determinadas hipóteses, a possibilidade de se excluir ou atenuar a responsabilidade do Estado³⁸.

2.2 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Os fundamentos da responsabilidade estatal estão relacionados à justificativa para a existência de tal responsabilização³⁹. Segundo Marçal Justen Filho, “a responsabilidade jurídica do Estado traduz uma característica da democracia republicana. A responsabilidade do Estado deriva da supremacia da sociedade e a natureza instrumental do aparato estatal”⁴⁰.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, afirma que:

- a) No caso de comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade.
- b) No caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor da ato danoso –, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 528.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 720.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1023.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1322.

no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito⁴¹.

Nesse diapasão, Augusto do Amaral Dergint assevera: “A ideia de responsabilidade estatal decorre, como consequência lógica e inevitável, da noção de Estado de Direito, em que o Poder Público submete-se ao Direito”⁴².

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Primeiramente, cumpre anotar, conforme Sergio Cavaliere Filho, que: “No Brasil, não passamos pela fase da irresponsabilidade do Estado. Mesmo à falta de disposição legal específica, a tese da responsabilidade do Poder Público sempre foi aceita como princípio geral e fundamental de Direito”⁴³.

As Constituições de 1824 e de 1891 não trouxeram previsão alguma relativa à responsabilidade civil do Estado, embora previssem a responsabilidade do funcionário, no exercício de suas funções, em casos de abuso ou omissão. Existia, entretanto, previsão de responsabilidade estatal em legislação ordinária, acolhida pela jurisprudência da época como solidária – entre Estado e funcionários – nas hipóteses de danos decorrentes de estradas de ferro, instalação de linhas telegráficas e pelos serviços de correio⁴⁴.

A partir do Código Civil de 1916 é possível afirmar a adoção da teoria civilista da responsabilidade subjetiva⁴⁵, conforme previsão trazida em seu artigo 15: “As pessoas jurídicas de direito publico são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1023.

⁴² DERGIN, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 159.

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 258.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 721.

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 259.

modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

A Constituição de 1934 trouxe o princípio da responsabilidade solidária entre Estado e funcionário no artigo 171: “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”. Esta disposição foi trazida novamente pela Constituição de 1937 em seu artigo 158⁴⁶.

É a partir da Constituição de 1946 que se pode afirmar a adoção da teoria da responsabilidade objetiva pelo ordenamento brasileiro⁴⁷, conforme positivado no artigo 194: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. Cumpre anotar que, depois de positivada no texto constitucional, a previsão acerca da responsabilidade objetiva do Estado não foi mais retirada⁴⁸.

A Constituição de 1967, por sua vez, trouxe a mesma previsão no artigo 105, apenas realizando, em seu parágrafo único, pequena alteração: “Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”. Com a Emenda nº 1, de 1969, não houve alteração alguma.

Já a Constituição de 1988 determina no artigo 37, §6º que: “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”.

Por fim, o Código Civil de 2002 traz em seu art. 43 a seguinte previsão: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 721.

⁴⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 436.

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 260.

Pode-se afirmar que, embora cronologicamente mais recente, esta última previsão se encontra atrasada quando comparada à norma constitucional, já que não trata das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público⁴⁹.

Assim, conclui Sergio Cavalieri Filho que a redação do art. 37, §6º da Constituição Federal denota o acolhimento da teoria do risco administrativo pelo ordenamento jurídico pátrio. É seu magistério:

O exame desse dispositivo revela, em primeiro lugar, que o Estado só responde objetivamente pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. A expressão seus agentes, nessa qualidade, está a evidenciar que a Constituição adotou expressamente a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a teoria do risco integral, porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano. Sem essa relação de causalidade, como já ficou assentado, não há como e nem por que responsabilizá-lo objetivamente⁵⁰.

2.4 ELEMENTOS CONFIGURADORES

De acordo com Marçal Justen Filho, os elementos configuradores da responsabilidade civil do Estado são: a) dano material ou moral sofrido por alguém; b) uma ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado; c) um nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão estatal⁵¹.

2.4.1 Evento danoso

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 722.

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 260-261.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1330.

Conforme explica Yussef Said Cahali, no contexto da responsabilidade objetiva do direito pátrio, o dano indenizável pode decorrer de ato doloso ou culposo do agente público e, também, daquele ato que, conquanto não culposo, evidencie falha da máquina administrativa ou do serviço, sujeitando o administrado a injusta lesão de seu direito subjetivo⁵².

Em relação ao vocábulo “terceiros” trazido pelo art. 37, §6º, da Constituição Federal, conforme di Pietro, merece crítica o entendimento já não mais adotado pelo Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro Carlo Velloso, para quem apenas se poderia falar em reponsabilidade objetiva quando a vítima do dano fosse usuária do serviço público; sendo subjetiva a reponsabilidade quando a lesão fosse causada a terceiro não usuário. Retomando entendimento anterior, é hoje assente no Supremo Tribunal Federal que há reponsabilidade objetiva quando for causado dano a terceiro, restando irrelevante sua qualidade de usuário do serviço público⁵³.

2.4.2 Ação ou omissão imputável ao Estado

Leciona Marçal Justen Filho que o dano, apesar de condição necessária, não é suficiente para fazer surgir pretensão ressarcitória. O dever estatal de indenizar estará sujeito à existência de uma conduta estatal comissiva o ou omissiva que cause dano a terceiro. Assim, a simples configuração de dano à esfera jurídica de um terceiro não será suficiente para que surja a responsabilidade civil do Estado⁵⁴.

Para di Pietro, a regra da responsabilidade objetiva trazida pelo art. 37, 6º, da Constituição exige:

que o ato lesivo seja praticado por agente de pessoa jurídica de direito público (que são as mencionadas no art. 41 do Código Civil) ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público (o que inclui empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações

⁵² CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 68.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 723.

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1330-1331.

governamentais de direito privado, cartórios extrajudiciais, bem como qualquer entidade com personalidade jurídica de direito privado, inclusive as do terceiro setor, que recebam delegação do Poder Público, a qualquer título, para a prestação do serviço público⁵⁵.

Outrossim, requer-se “que o dano seja causado por agente das aludidas pessoa jurídicas, o que abrange todas as categorias, de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sob o qual prestam o serviço”⁵⁶.

Conforme Medauar, a expressão “agentes” é dotada de imensa amplitude, abrangendo todas as pessoas que desempenhem função pública, mesmo que temporariamente. O referido vocábulo faz referência a “qualquer tipo de vínculo funcional, o exercício de funções de fato, de funções em substituição, o exercício de funções por agente de outra unidade ou órgão, o exercício de funções por delegação, o exercício de atividades por particulares sem vínculo de trabalho” (como é o caso de mesários, por exemplo)⁵⁷.

Finalmente, exige-se “que o agente, ao causar o dano, aja nessa qualidade; não basta ter a qualidade de agente público, pois, ainda que o seja, não acarretará a responsabilidade estatal se, ao causar o dano, não estiver agindo no exercício de suas funções”⁵⁸.

A expressão “nessa qualidade”, de acordo com Medauar, significa dizer que deve haver um vínculo entre o evento danoso e o efetivo desempenho de atividades ligadas ao poder público. Desse modo, caso um agente da Administração que exerce função de motorista provoque um acidente durante seu período de férias, sem utilizar veículo oficial, não haverá que se falar de responsabilidade da Administração. Situação diversa, em que se haveria responsabilização do Estado, é a do policial militar que, mesmo conduzindo veículo particular, mas no exercício das atividades de sua função, atropela terceiro⁵⁹.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 722.

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 723.

⁵⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 438-439.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 723.

⁵⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 439.

Cumprе salientar, ainda, que o Estado não é responsabilizado apenas por ações ou omissões de agentes identificados, mas também naquelas situações em que os prejuízos decorrem de agentes não identificados ou de fato das coisas (falhas em aparelhos, equipamentos e máquinas), quando não se pode atribuir reponsabilidade específica a qualquer agente. É o caso, por exemplo, de uma granada que, esquecida em campo de manobra, explode e causa danos a terceiros⁶⁰.

2.4.3 Relação de causalidade

Conforme ressalta Yussef Said Cahali, independentemente da concepção adotada (teoria do risco, teoria do risco integral, teoria do risco administrativo, teoria do risco social), persiste a existência de causa do prejuízo como condição necessária do dever estatal de indenizar⁶¹.

Assim, a pretensão ressarcitória reclama a existência de liame causal, ou seja, o dano deve ser consequência de atividade ou omissão da Administração Pública, ou de seus agentes.

Nesse diapasão, assevera Marçal Justen Filho que “deve existir uma relação de causalidade necessária e suficiente entre a ação ou omissão estatal e o resultado danoso”. Ressalta, ademais, que na hipótese de o prejuízo ser resultado de evento imputável exclusivamente ao próprio ofendido, de fato de terceiro ou próprio do mundo natural, não haverá que se falar de responsabilidade estatal⁶².

Ademais, cumpre registrar que, nos casos em que o evento danoso decorre de atuação defeituosa do serviço público ou de órgãos estatais, haverá responsabilidade estatal. Cite-se, como exemplo, o acidente de trânsito provocado pela inexistência de sinalização adequada ou a falha técnica na construção de uma

⁶⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 439.

⁶¹ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 74.

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1331.

rodovia, que acarrete acidentes decorrentes da má concepção ou má implantação da obra pública⁶³.

2.5 EXCLUDENTES E ATENUANTES

Di Pietro indica, como causa atenuante, a culpa concorrente da vítima. Por outro lado, elenca como causas excludentes a força maior, a culpa da vítima e a culpa de terceiros. Além destas, Marçal Justen Filho aponta o exercício regular de direito.

Sem distinguir o caso fortuito da força maior, Marçal Justen Filho assevera que: “o caso fortuito ou força maior afasta, em todos os setores do direito, a responsabilização civil. Envolve hipóteses em que o dano é produzido por causas alheias à vontade ou ao controle de alguém, insuscetíveis de impedimento”. Todavia, ressalta que não é possível a aplicação dessa excludente de responsabilidade quando o dano deriva da inobservância, pelo Estado, de seu dever de diligência⁶⁴.

Di Pietro, por outro lado, faz a referida distinção, indicando que a força maior é aquele “acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio”. Trata-se do evento não imputável à Administração, de modo se poderá falar em reponsabilidade estatal, exatamente por inexistir nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração⁶⁵.

Contudo, a mesma autora alerta que, mesmo havendo motivo de força maior, poderá haver imputação de responsabilidade ao Estado, caso, além da força maior, haja omissão do Poder Público na prestação de um serviço, quando, por exemplo: “as chuvas provocam enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços

⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1331.

⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 1349.

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 725.

de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente”⁶⁶.

O caso fortuito, de outro lado, não seria causa excludente de responsabilidade do Estado e estaria presente naquelas hipóteses em que o prejuízo resulta de ato humano ou falha da Administração. Se a situação, por exemplo, do rompimento de uma adutora ou de um cabo elétrico que causasse danos a terceiros, quando não caberia falar em força maior apta a afastar o dever ressarcitório estatal⁶⁷.

Na hipótese de culpa da vítima, deve-se distinguir a situação em que há sua culpa exclusiva da situação em que há culpa concorrente. Explica Marçal Justen Filho que não haverá imputação de dever indenizatório ao Estado na hipótese em que o prejuízo é ocasionado pela atuação culposa da vítima. Caso a culpa tenha sido exclusiva, não haverá qualquer responsabilização. Mas, caso haja concorrência de culpa entre Estado e vítima, dar-se-á compartilhamento da responsabilidade civil – cumprindo registrar que a reparação devida não necessariamente corresponderá exatamente a 50% do valor estimado do dano⁶⁸.

Em relação à hipótese de culpa de terceiro, leciona o mesmo autor que, caso o dano decorra de conduta antijurídica alheia, não poderá ser imposto ao Estado o dever de indenizar, por não haver descumprimento de seu dever de diligência – salvo as hipóteses em que haja um dever de diligência especial – isto é, caberá considerar a responsabilidade civil do Estado por omissão, conforme as circunstâncias concretas⁶⁹.

Finalmente, no que tange ao exercício regular de direito pelo agente estatal, o mesmo autor leciona que implica na inexistência de dever estatal de indenizar caso tenham sido respeitados os limites e deveres relativos ao dever de diligência. Caso o agente estatal desempenhe seus deveres funcionais com observância de todas as precauções atinentes, não haverá que se falar em responsabilidade civil do Estado

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 725.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 725.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1346.

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 1349.

pelo prejuízo ocasionado a terceiro. Nesta hipótese, “presume-se que o dano derivou ou de culpa exclusiva de terceiro ou de caso fortuito ou de força maior”⁷⁰.

2.6 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO JURISDICIONAL

Em vista dos limites propostos pelo presente trabalho – as prisões cautelares decorrem de ato jurisdicional – serão traçadas breves considerações acerca das discussões em torno da possibilidade de se responsabilizar o Estado por atos jurisdicionais.

De acordo com Odete Medauar, em nosso ordenamento jurídico a responsabilidade do Estado por danos derivados atos jurisdicionais ainda não encontrou guarida, em que pese a profícua produção doutrinária em sentido favorável. Nesse passo, ressalta que a tese da irresponsabilidade é justificada, especialmente, com base “na necessidade de preservar a independência do Judiciário, na autoridade da coisa julgada, na condição dos juízes como órgãos da soberania nacional”⁷¹.

Nesse diapasão, Maria Sylvia Zanella di Pietro alerta para a existência de divergência doutrinária no que tange à possibilidade de responsabilização do Estado por atos praticados pelo Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional. Os principais argumentos contrários a esta possibilidade seriam:

1. o Poder Judiciário é soberano;
2. os juízes têm que agir com independência no exercício das funções, sem o temor de que suas decisões possam ensejar a responsabilidade do Estado;
3. o magistrado não é funcionário público
4. a indenização por dano decorrente de decisão judicial infringiria a regra da imutabilidade da coisa julgada, porque implicaria o reconhecimento de que a decisão foi proferida com violação da lei⁷².

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1349.

⁷¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 442.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 735.

Zulmar Fachin, por sua vez, acrescentando, elenca os seguintes argumentos utilizados para se advogar a irresponsabilidade estatal por atos jurisdicionais: “a) soberania do Poder Judiciário; b) incontrastabilidade da coisa julgada; c) falibilidade contingencial dos juízes; d) risco do serviço assumido pelo jurisdicionado; e) independência do magistrado; f) ausência de texto expresso de lei”⁷³.

Como se verá mais adiante, vários desses argumentos serão apresentados para se justificar a possibilidade ou não de se imputar dever de indenizar ao Estado pelas prisões cautelares. Dessa forma, passar-se-á, em seguida, à análise de cada um deles.

2.6.1 Soberania do Poder Judiciário

Durante largo período de tempo a irresponsabilidade do Estado no exercício de sua função jurisdicional fundamentou-se no argumento de que esta seria manifestação da soberania estatal. Desse modo, o Poder Judiciário se colocaria numa posição *supra legem* no desempenho de suas atribuições, sendo inadmissível a responsabilidade estatal e a responsabilidade pessoal do juiz⁷⁴.

Contrário a essa tese, Augusto do Amaral Dergint afirma que

A soberania é um atributo da pessoa jurídica Estado, de forma una, indivisível e inalienável. Soberano é o Estado como um todo, e não o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário (independente ou conjuntamente). Estes, aliás, são mais propriamente “funções” e não “poderes” do Estado. A cada qual compete unicamente o exercício da soberania estatal, dentro dos limites constitucionalmente traçados⁷⁵.

Nesse passo é o posicionamento de di Pietro, para quem a soberania é atributo do Estado, significando a inexistência de poder que lhe seja superior. Os três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) não são soberanos, eis que se

⁷³ FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 166.

⁷⁴ DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 130.

⁷⁵ DERGINT, Augusto do . *Op. cit.*, p. 131.

encontram adstritos à lei e à Constituição. Ademais, acaso aceito este argumento em relação ao Poder Judiciário, não se poderia falar igualmente de responsabilização do Estado pelos atos praticados pelo Poder Executivo⁷⁶.

Em sentido semelhante, assegura Léon Duguit, referido por Augusto do Amaral Dergint:

Se a soberania é uma realidade, ela não se manifesta de modo mais intenso no ato jurisdicional do que no ato administrativo, e se ela não se opõe à responsabilidade do Estado-administrador, não há razão para que se oponha à responsabilidade do Estado-Juiz⁷⁷.

Nesse diapasão, defende Zulmar Fachin que não merece guarida a tese da soberania do Poder Judiciário para afastar o dever estatal de reparar danos causados, uma vez que órgão estatal algum, por si só, é soberano. Outrossim, ressalta o autor que, aceitar essa tese implicaria concluir que o Poder Judiciário é hierarquicamente superior ao Poder Executivo, o que seria outra impropriedade⁷⁸.

2.6.2 Incontrastabilidade da coisa julgada

O principal argumento é aquele que identifica ofensa à coisa julgada ao se reconhecer responsabilidade do Estado por ato jurisdicional. O direito pátrio aceita a relativização da força da coisa julgada em duas situações – na ação rescisória e na revisão criminal. Nesta última hipótese – a revisão criminal provida – é inequívoca a possibilidade de responsabilização do Estado, tendo em vista o artigo 630 do Código de Processo Penal e o artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal. É em torno das outras hipóteses que giram as divergências⁷⁹.

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 735.

⁷⁷ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed., Paris, Boccard, 1930, v.3, p. 537 *apud* DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 131-132.

⁷⁸ FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 170.

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 736.

Naquelas situações em que a ação rescisória não se mostra capaz de solucionar a lide – seja porque houve prescrição, seja porque houve decisão de improcedência – a decisão resta imutável. Admitir reparação por danos decorrentes desta sentença implicaria, consoante aqueles que advogam a irresponsabilidade, atentar contra a imutabilidade da coisa julgada e a presunção de veracidade que traz em seu bojo⁸⁰.

Conforme di Pietro, todavia, a mera condenação do Estado ao pagamento de indenização por dano derivado de ato judicial não significaria mudança na decisão judicial, que se manteria intangível, isto é, permaneceriam as partes adstritas aos efeitos da coisa julgada. Apenas seria o Estado condenado a reparar os prejuízos causados por erro judiciário a uma das partes⁸¹.

Neste sentido, afirma Edmir Netto de Araujo que “uma coisa é admitir a inconstabilidade da coisa julgada, e outra é erigir essa qualidade como fundamento para eximir o Estado do dever de reparar o dano”, além de asseverar que “o que se pretende é possibilitar a indenização ao prejudicado, no caso de erro judiciário, mesmo que essa coisa julgada não possa, dado o lapso prescricional, ser mais modificada”⁸².

2.6.3 Falibilidade contingencial dos juízes

Para os que sustentam a tese da falibilidade contingencial dos juízes, não seria possível a responsabilização do Estado por atos lesivos aos jurisdicionados em vista das características de falível e humano do juiz⁸³.

Contrário a este argumento, Zulmar Fachin assevera que a falibilidade é intrínseca à condição humana, de modo que o ocupante de qualquer cargo, inclusive

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 736.

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 736.

⁸² ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 139.

⁸³ FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 173-174.

o juiz, está sujeito a equívocos. Assim, ao contrário, exatamente porque razoável que incorra em erro, o argumento justificaria a possibilidade de se imputar responsabilidade ao Estado⁸⁴.

No mesmo sentido, sustenta di Pietro: “o fato de o juiz ser falível, como todos os seres humanos, não pode servir de escusa para o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, pelas mesmas razões que não serve de escudo a qualquer pessoa, na vida pública ou privada”⁸⁵.

Com efeito, leciona Augusto do Amaral Dergint no mesmo sentido dos autores supracitados. Para o autor, o reconhecimento da falibilidade do magistrado justifica – e não afasta – o dever do Estado de indenizar danos decorrentes de atos judiciais. Ademais, lembra que há vedação à justiça de mão própria. Assim, o serviço judiciário é imposto às pessoas e prestado em prol da coletividade, de modo que caberia ao Estado-juiz assumir o risco de um eventual erro judiciário, risco este que não poderia ser imputado aos indivíduos. Ademais, não se pode olvidar que é admissível a responsabilização do Estado por atos praticados por seus agentes administrativos, os quais são tão falíveis quanto os juízes, de forma que não haveria razão para se afastar o dever de indenizar quando os danos decorressem de atos de agentes togados⁸⁶.

2.6.4 Risco do serviço assumido pelo jurisdicionado

Para os que sustentam o argumento do risco do serviço assumido pelo jurisdicionado, a Jurisdição seria um serviço utilizado somente por alguns, enquanto a Administração seria um serviço utilizado por todos, o que justificaria a responsabilidade do Estado apenas por atos desta, mas não por atos exarados

⁸⁴ FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 175.

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Responsabilidade do estado por atos jurisdicionais, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 198, p. 89, 1994 *apud* FACHIN, Zulmar. *Op. cit.*, p. 170.

⁸⁶ DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 148.

daquela. Sustentam alguns a injustiça de que todos os contribuintes (através do Estado) tivessem de arcar com os resultados defeituosos de um serviço de uso tão individualizado⁸⁷.

Augusto do Amaral Dergint, em sentido diverso, defende que a atuação jurisdicional atende ao interesse da sociedade, especialmente em deferência aos princípios da segurança jurídica e ordem pública. Ademais, lembra que, ao tomar para si a prestação do serviço judiciário, impondo-o aos indivíduos, o Estado também assume o dever de velar pelo seu funcionamento adequado e, igualmente, de responder por eventuais consequências danosas⁸⁸.

Nesse passo é o magistério de Zulmar Fachin, para quem o serviço judiciário consiste em serviço público. Sustenta, desse modo, que os riscos pelos danos decorrentes da prestação defeituosa do serviço público jurisdicional devem ser imputados ao Estado, e não ao jurisdicionado. Ao Estado não seria permitido deslocar para o particular uma responsabilidade que apenas ele poderia assumir⁸⁹.

Assim, também não merece guarida o argumento da irresponsabilidade do Estado por atos decorrentes da atividade jurisdicional com fundamento na assunção do risco assumido pelo jurisdicionado que, ao apresentar sua pretensão em juízo, assume os riscos intrínsecos a este serviço público.

2.6.5 Independência do magistrado

Consoante di Pietro, o argumento da independência do Poder Judiciário, igualmente, não merece guarida. Com efeito, trata-se de qualidade inerente aos três Poderes e o idêntico temor de causar dano seria capaz de influenciar os Poderes Executivo e Legislativo⁹⁰.

⁸⁷ DERGIN, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 149.

⁸⁸ DERGIN, Augusto do Amaral. *Op. cit.*, p. 149.

⁸⁹ FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 177.

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 736.

Com efeito, sustenta Augusto do Amaral Dergint que, muito embora fundamental, o valor da independência do juiz não pode ser tomado por absoluto, nem pode ser considerado sem que se tenha em conta os demais valores e princípios, com os quais deve ser compatibilizar, como o princípio da responsabilidade democrática dos titulares do poder público. Dessa forma, a irresponsabilidade do Estado por atos judiciais não pode ser vista como excludente da independência dos magistrados. O aparente conflito entre diferentes princípios reclamaria uma conciliação, não a imposição de uma escolha entre um ou outro⁹¹.

Nesse diapasão, defende Zulmar Fachin a tese da irresponsabilidade estatal fundada no argumento da independência do juiz não tem base científica, merecendo repúdio. Afirma, ademais, que o magistrado permanecerá independente no desempenho de sua atividade, sendo inegável que o Estado deverá ser responsável pelos danos que daí decorram⁹².

2.6.6 O magistrado como funcionário público

A afirmação de que o juiz não é funcionário público, conforme di Pietro, também não configura argumento aceitável, já que ele é ocupante de cargo público criado por lei e se subsume ao conceito legal desta categoria funcional. Mesmo que se aceitasse que o juiz é agente político, ainda assim, seria alcançado pelo artigo 37, §6º da Constituição Federal, eis que o dispositivo faz uso da expressão “agente”, de modo a compreender todas as categorias de pessoas que prestam serviços à Administração⁹³.

2.6.7 Ausência de texto expresso de lei

⁹¹ DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pág. 152.

⁹² FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 182.

⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 736.

Parte da doutrina e da jurisprudência pátria sustentam que apenas se poderá responsabilizar o Estado por atos judiciais quando houver texto expresso de lei que autorize e, assim, restringem o dever estatal de indenizar à hipótese de erro judiciário penal. Desse modo, a irresponsabilidade seria a regra e apenas através da necessária intervenção do legislador poderia ser o Estado responsabilizado⁹⁴.

Em sentido diverso daqueles que pensam desta forma, aduz Augusto do Amaral Dergint que a disposição trazida pelo art. 37, §6º, da Constituição Federal, consagra o princípio da responsabilidade estatal. Deste modo, a regra é a responsabilidade do Estado e, assim, as hipóteses em que não cabe sua responsabilização é que devem estar declaradas em lei, e não o contrário⁹⁵.

Neste mesmo sentido, assevera Zulmar Fachin que a inexistência de texto legal não pode servir de justificativa para afastar a obrigação estatal de reparar danos causados pela atuação dos magistrados, afirmando que a boa hermenêutica levaria à conclusão de a norma do art. 37, §6º da Constituição Federal abarca também a atuação do juiz, o qual é também agente do Estado. Ademais, afirma que tanto o CPC quanto a LINDB já viabilizam o preenchimento de lacunas da lei⁹⁶.

3 DAS PRISÕES CAUTELARES

Traçado o panorama da responsabilidade civil do Estado e explanados os principais argumentos contrários à imputação do dever estatal de indenizar por danos decorrentes de atos jurisdicionais, passamos, em seguida a traçar breves comentários acerca das prisões cautelares.

Para melhor delimitação do tema, cumpre anotar que as medidas cautelares podem ser divididas em pessoais (incidem sobre o suspeito, acusado ou indiciado),

⁹⁴ DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 154.

⁹⁵ DERGINT, Augusto do Amaral. *Op. cit.*, p. 155.

⁹⁶ FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 187.

reais (visam à garantia da reparação do dano ou perda do produto do crime) e probatórias (são destinadas a assegurar a instrução do processo). O presente trabalho abordará as medidas cautelares de natureza pessoal⁹⁷.

Nesse passo, observa-se que o Código de Processo Penal brasileiro não traz um tratamento sistemático das medidas cautelares de natureza pessoal. Estas, quando introduzidas no direito pátrio, giravam em torno da prisão processual e da fiança. Neste primeiro momento, aquele que fosse preso em flagrante, seria solto se pagasse fiança; assim como o acusado pronunciado e o condenado, que, via de regra, aguardavam presos o julgamento pelo júri e o julgamento da apelação, respectivamente. Este excessivo rigor acabou sendo paulatinamente abrandado, em face dos reclamos da doutrina e dos postulados garantistas constitucionais. Tais mudanças, muito embora necessárias, acabaram por dar à matéria um tratamento confuso e assistemático⁹⁸.

De outro lado, as medidas cautelares pessoais persistem resumidas duas: a prisão cautelar e a liberdade provisória – ambas medidas extremadas – o cárcere preventivo ou a liberdade adstrita a uma série de restrições ao acusado, tais quais o pagamento de fiança e a obrigação de comparecer aos atos do processo⁹⁹.

Até pouco tempo, as prisões processuais existentes resumiam-se a: prisão temporária, prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão decorrente de pronúncia e prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. Todavia, em 2008, deixaram de existir essas duas últimas – a prisão decorrente pronúncia e prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.

Conforme Paulo Rangel:

A prisão cautelar é uma espécie de medida cautelar, ou seja, é aquela que recai sobre o indivíduo, privando-o de sua liberdade de locomoção, mesmo sem sentença definitiva.

(...) A prisão cautelar tem como escopo resguardar o processo de conhecimento, pois, se não for adotada, privando o indivíduo de sua liberdade, mesmo sem sentença definitiva, quando esta for dada, já não

⁹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, volume 3*. 34 ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 541-542.

⁹⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal. *Revista de informação legislativa*. Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 11-14, jul./set. 2009, p. 12.

⁹⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Op. cit.*, p. 13.

será possível a aplicação da lei penal. Assim, o caráter da urgência e necessidade informa a prisão cautelar de natureza processual¹⁰⁰.

Desse modo, consoante o entendimento exposto, consiste a prisão cautelar em restrição à liberdade de locomoção do indivíduo sem que haja decisão definitiva, dotada de caráter instrumental e que objetiva a efetividade da prestação jurisdicional. Acrescenta o mesmo autor que a prisão cautelar, instrumental que é, busca não apenas garantir a solução do caso penal (fim colimado pelo processo de conhecimento), mas, também, o processo de execução.

Indo adiante, explica:

O Estado, para que possa atingir o fim precípua de sua atuação, ou seja, o bem comum, exige do indivíduo determinados sacrifícios para sua consecução, e um deles é a privação de sua liberdade antes da sentença definitiva, desde que haja extrema e comprovada necessidade¹⁰¹.

3.1 PRESSUPOSTOS

Conforme Paulo Rangel, ensina a doutrina tradicional que os dois pressupostos para que seja imposta a medida cautelar são: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Em suas palavras:

Periculum in mora traduz-se no fato de que a demora no curso do processo principal pode fazer com que a tutela jurídica que se pleiteia, ao ser dada, não tenha mais eficácia, pois o tempo fez com que a prestação jurisdicional se tornasse inócua. Assim, o perigo de que a prestação jurisdicional futura demore faz com que se autorize a decretação da medida cautelar. Trata-se da probabilidade de uma lesão ou de um dano, a prestação jurisdicional que deve ser tutelada pela medida cautelar. O *periculum* traduz-se pelo binômio *urgência e necessidade*.

O *fumus boni iuris* é a fumaça do bom direito. A probabilidade de uma sentença favorável, no processo principal, ao requerente da medida. É a luz no fim do túnel, demonstrando uma possível saída. O *fumus* traduz-se no binômio *prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria*¹⁰².

¹⁰⁰ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 738.

¹⁰¹ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. *Op. cit.*, p. 738.

¹⁰² RANGEL, Paulo. *Direito processual*. *Op. cit.*, p. 741-742.

Cumpra anotar a crítica feita por Aury Lopes Jr. à transposição automática de categorias e definições do processo civil para o processo penal. É seu magistério: “O equívoco consiste em buscar a aplicação literal da doutrina processual civil ao processo penal, exatamente em um ponto em que devemos respeitar as categorias jurídicas próprias do processo penal, pois não é possível tal analogia”¹⁰³.

Com relação ao *fumus boni iuris*, em verdade, dever-se-ia falar em *fumus comissi delicti*:

Constitui uma impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris*.

(...) No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus comissi delicti*, enquanto a probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

O *periculum in mora*, por sua vez, consistira, em verdade, em *periculum libertatis*. Desse modo, explica que, quando se trata de medidas coercitivas pessoais:

Aqui o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta da prova).

O perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto.

O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo¹⁰⁴.

3.2 PRISÕES CAUTELARES EM ESPÉCIE

¹⁰³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 779.

¹⁰⁴ LOPES JR., Aury. *Op. cit.*, p. 780.

3.2.1 Prisão em flagrante

É o magistério de Paulo Rangel:

Flagrante vem do latim *flagrans, flagrantes*, do verbo *flagrare*, que significa queimar, ardente, que está em chamas, brilhando, incandescente. No sentido jurídico, é o delito no momento de seu cometimento, no instante em que o sujeito percorre os elementos objetivos (descritivos e normativos) e subjetivos do tipo penal. É o delito patente, visível, irrecusável do ponto de vista de sua ocorrência. A prisão em flagrante delito dá-se no momento em que o indivíduo é surpreendido no cometimento da infração penal, sendo ela tentada ou consumada¹⁰⁵.

Indo, adiante, explica Vicente Greco Filho que:

O flagrante é a situação, prevista na lei, de imediatidade em relação à prática da infração penal que autoriza a prisão, independentemente de determinação judicial. Duas são as justificativas para a existência da prisão em flagrante: a reação social imediata à prática da infração e a captação, também imediata, da prova¹⁰⁶.

As situações de flagrância encontram previsão no artigo 302 do Código de Processo Penal:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
 I - está cometendo a infração penal;
 II - acaba de cometê-la;
 III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
 IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Trata-se, assim, de modalidade de prisão autorizada Constituição Federal (art. 5º, LXI), que pode realizar-se independentemente da expedição de mandado de prisão pela autoridade judiciária. É possível, desse modo, que qualquer pessoa, autoridade policial ou não, ao presenciar o desenvolver de um delito, detenha, de imediato, o autor. Eis o seu fundamento – a ocorrência do delito de modo manifesto

¹⁰⁵ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 742.

¹⁰⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 278.

e evidente – restando desnecessária, neste momento, a apreciação pelo órgão jurisdicional¹⁰⁷.

Por outro lado, cumpre observar que a prisão em flagrante sujeita-se a imediata apreciação pela autoridade judiciária, que deverá relaxá-la, caso constate ilegalidade (art. 5º LXV, Constituição Federal). Caso o juiz opte, contudo, pela manutenção de prisão, deverá convertê-la em preventiva – observados seus requisitos. Assim, a prisão passa a ter conteúdo jurisdicional e o responsável passa a ser o magistrado, não mais o delegado, o qual lavra o auto de prisão em flagrante¹⁰⁸.

Com efeito, prescreve o art. 306, §1º, do CPP, que “Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública”.

Dessa forma, ninguém poderá ter sua liberdade restringida por prazo superior a 24 horas sob o simples fundamento de “prisão em flagrante”. Neste diapasão, em vista deste dispositivo trazido por legislação de 2011, “sepultam-se, de vez, as absolutamente ilegais prisões em flagrante que perduravam por vários dias, muitas vezes até a conclusão do inquérito policial (!), sem a necessária decretação e fundamentação da prisão preventiva”¹⁰⁹.

Mais adiante, explica Aury Lopes Jr. que:

o juiz, em até 24h após a efetiva prisão, deverá receber o auto de prisão em flagrante e decidir entre o relaxamento; conversão (fundamentada, é óbvio) em prisão preventiva (enfrentando e motivando o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*); decretação de outra medida cautelar alternativa à prisão preventiva; ou a concessão da liberdade provisória com ou sem fiança¹¹⁰.

Por fim, em relação à natureza jurídica da prisão em flagrante, é de se registrar a lição de Aury Lopes Jr., segundo o qual é equivocada a tradicional

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 631.

¹⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 631.

¹⁰⁹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 796-797.

¹¹⁰ LOPES JR., Aury. *Op. cit.*, p. 799.

classificação desta modalidade de prisão como medida cautelar. Para o referido autor, o flagrante consubstancia “medida precária, mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo” e, exatamente por não ter esta última finalidade, é que pode ser praticada por particular ou pela autoridade policial. Afirma, desse modo, consoante Banacloche Palao, que a prisão em flagrante, em verdade, é medida pré-cautelares, e não medida cautelar pessoal, “no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar”¹¹¹.

3.2.2 Prisão temporária

Conforme Fernando Capez, a prisão temporária é “prisão cautelar de natureza processual destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial”¹¹².

A prisão temporária tem previsão na Lei n. 7.960/89. Trata-se de modalidade de prisão que visa o acautelamento das investigações do inquérito policial, não sendo possível sua aplicação depois de já instaurada a ação penal. E precisamente por se destinar à garantia das investigações policiais, em homenagem ao modelo processual de feições acusatórias proposto pela Constituição de 1988, não previu o legislador a possibilidade de sua decretação *ex officio*, apenas aceitando-a “em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público” (art. 2º)¹¹³.

Seu prazo máximo de duração é de 5 dias, prorrogáveis por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade, salvo no caso de crimes hediondo, de prática de tortura, de terrorismo e de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins,

¹¹¹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 796-797.

¹¹² CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 341.

¹¹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis n. 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 544-545.

hipóteses em que a prazo da prisão temporária passa a ser de 30 dias, igualmente prorrogáveis por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade.

Segundo Aury Lopes Jr., a prisão temporária, embora não tenha sido diretamente alterada pela Lei n. 12.403/2011, deverá observar o art. 282 do CPP, aplicável a toda e qualquer medida cautelar, especialmente no que tange aos seguintes aspectos¹¹⁴:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
 I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
 II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.
 (...).

Trata-se de estabelecer, nesta linha, a necessária observância, pelo juiz, aos critérios de necessidade e adequação ao decretar uma prisão temporária¹¹⁵.

Os requisitos necessários para a decretação de prisão temporária trazidos pela própria Lei n. 7.960/89 são os seguintes:

Art. 1º Caberá prisão temporária:
 I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
 II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
 III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

¹¹⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 876.

¹¹⁵ LOPES JR., Aury. *Op. cit.*, p. 876.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira, aparenta absoluto descompasso com a atual ordem constitucional a interpretação segundo a qual bastaria a presença de apenas um único daqueles incisos para que fosse determinada a prisão temporária. Para este autor, anotando-se que a hipótese do inciso II já estaria inclusa no inciso anterior, apenas será adequada a determinação de prisão temporária quando, além de imprescindível para as investigações policiais, trate-se de algum dos crimes expressamente arrolados no inciso III¹¹⁶.

Outrossim, lembrando que a prisão temporária é voltada para a investigação preliminar, e não para o processo, cumpre anotar que não poderá ser decretada (ou mantida) uma vez que já reste concluído o inquérito policial ou se já tiver sido oferecida a denúncia; podendo, contudo, dar lugar a uma prisão preventiva (que não possui prazo de duração)¹¹⁷.

Finalmente, cumpre registrar posicionamento da doutrina que aponta a inconstitucionalidade da lei que instituiu a prisão temporária, eis que, segundo Aury Lopes Jr.:

a prisão temporária possui um defeito genético: foi criada pela Medida Provisória n. 111, de 24 de novembro de 1989. O Poder Executivo, violando o disposto no art. 22, I, da Constituição, legislou sobre matéria processual penal e penal (pois criou um novo tipo penal na Lei n. 4.898), através de medida provisória, o que é manifestamente inconstitucional. A posterior conversão da medida em lei não sana o vício de origem¹¹⁸.

3.2.3 Prisão preventiva *stricto sensu*

Para Tourinho Filho, qualquer prisão que antecede a uma condenação definitiva é prisão preventiva, o que seria o caso, por exemplo, da prisão em flagrante. Neste sentido, o referido autor afirma que aquela prisão regulamentada no

¹¹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis n. 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 547.

¹¹⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 879-880.

¹¹⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. *Op. cit.*, p. 877.

CPP, nos artigos 311 a 316, com nova redação dada pela Lei n. 12.403/2011, constitui prisão preventiva *stricto sensu*¹¹⁹.

Assim, o doutrinador conceitua a prisão preventiva *stricto sensu* como sendo:

espécie do gênero “prisão cautelar de natureza processual”. É a medida restritiva da liberdade determinada pelo Juiz, nos crimes dolosos, em qualquer fase do inquérito (se houver pedido nesse sentido) ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal¹²⁰.

Cumprido salientar que a prisão preventiva, diversamente da prisão temporária, visa tutelar ambas – a fase de investigação e a fase de processo – de modo que poderá ser decretada a qualquer tempo (art. 311, CPP), desde que haja expressa fundamentação judicial e se mostre inadequada ou insuficiente a imposição de medidas cautelares distintas, previstas no art. 319 do CPP¹²¹.

Outrossim, não se pode olvidar que, como qualquer medida cautelar, a prisão preventiva também se submete à cláusula da imprevisão, de forma que pode ser revogada quando não se mostrem mais presentes as razões que ocasionaram sua imposição ou, ainda, quando puder ser substituída por outra cautelar menos gravosa¹²².

Esclarece Eugênio Pacelli de Oliveira que são três as claras situações em que poderá ser decretada a prisão preventiva:

- a) a qualquer momento da fase de investigação ou do processo, de modo autônomo e independente (arts. 311, 312 e 313, CPP);
- b) como conversão da prisão em flagrante, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CPP);
- c) em substituição à medida cautelar eventualmente descumprida (art. 282, §4º, CPP)¹²³.

¹¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, volume 3*. 34 ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 541-542.

¹²⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*, p. 543.

¹²¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis n. 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 552.

¹²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op. cit.*, p. 552.

¹²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op. cit.*, p. 551.

De outro lado, cumpre salientar que não será cabível: a) para os crimes culposos; e b) quando não for cominada pena privativa de liberdade ao delito.

Com relação aos crimes culposos, tal inviabilidade se justifica em deferência ao princípio da proporcionalidade, no sentido de vedação ao excesso, o que impossibilita a imposição de medida cautelar mais gravosa e onerosa que a decisão final do processo condenatório (art. 33, §2º, *b*, art. 44, I, e art. 77, todos do CP)¹²⁴. Cumpre ressaltar, todavia, que, mesmo se tratando de crimes culposos, há que se admitir imposição da prisão preventiva para os casos de descumprimento de cautelares (art. 282, §4º, CPP). Seria o caso, por exemplo, de “crimes culposos no trânsito em que o autor é mais que reincidente na conduta de direção embriagada, produzindo e reproduzindo danos e mortes de terceiros”, circunstâncias nas quais será possível, ao final do processo, a condenação definitiva a pena privativa de liberdade, de modo que não se mostraria desproporcional a imposição de prisão preventiva, como substitutiva de cautelar descumprida¹²⁵.

Já em relação aos delitos aos quais a lei não prescreve pena privativa de liberdade, a impossibilidade de se decretar a prisão preventiva decorre de expressa determinação legal contida no art. 283, §1º, CPP: “As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade”¹²⁶.

¹²⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis n. 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. p. 551.

¹²⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op. cit.*, p. 520.

¹²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op. cit.*, p. 552.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PRISÃO CAUTELAR

4.1 DO ERRO JUDICIÁRIO

Em vista das comparações que serão feitas por alguns autores a seguir mencionados, cumpre tecer breves comentários em relação ao erro judiciário. Trata-se de responsabilidade do Estado expressamente reconhecida no art. 5º, LXXV, da Constituição Federal, nos seguintes termos: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Primeiramente, cumpre observar que erro judiciário é de difícil conceituação em vista da divergência doutrinária em torno do tema, muito embora esta seja a mais aceita hipótese de cabimento de ressarcimento em razão de atos jurisdicionais¹²⁷.

Esclarece Augusto do Amaral Dergint que “o erro judiciário é o equívoco da sentença judicial, seja no âmbito criminal, seja no âmbito civil”¹²⁸. Mais adiante, assevera: “Das atividades judiciárias danosas, o erro judiciário penal é a mais conhecida, talvez por ser a que mais gravemente lesiona os direitos individuais, podendo atingir a vida, os bens, a honra e a família do lesado”¹²⁹.

A propósito, é o magistério de Edmir Netto de Araujo:

Em termos práticos, o que mais ocorre em matéria de erro no ato jurisdicional, pode ser assim sintetizado:

- a) dolo do juiz;
- b) culpa do juiz;
- c) decisão contrária à prova dos autos;
- d) indução a erro, através de elementos juntados ou não aos autos;
- e) erro na análise das provas, na aplicação do direito cabível, ou até erro profissional;

¹²⁷ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 214.

¹²⁸ DERGIN, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 164.

¹²⁹ DERGIN, Augusto do Amaral. *Op. cit.*, p. 166.

f) aparecimento de fatos ou elementos que venham contradizer ou anular provas ou elementos relevantes dos autos, e que influíram decisivamente na prolação da sentença¹³⁰.

Em seguida, afirma:

Quando alguém se refere a “erro judiciário”, geralmente está aludindo a alguém que foi condenado, e depois descobriu-se que não era o culpado, ou que o crime não existiu, ou ainda que ocorreram excludentes ou descriminantes. Em suma, sua condenação, da forma como foi decretada, não era correta segundo o fato e o direito¹³¹.

Já em relação à possibilidade de se pleitear reparação de danos quando verificada a ocorrência de erro judiciário na seara penal, leciona José dos Santos Carvalho Filho:

já o Código de Processo Penal previa a responsabilidade civil do Estado. Trata-se da revisão criminal, ação especial que visa à desconstituição de sentença que contenha erro judiciário. Dispõe o art. 639 desse Código que o tribunal, se a parte o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos causados. Essa norma foi abraçada pelo art. 5º, LXXV, da CF, segundo o qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Significa que, se o indivíduo é condenado em virtude de sentença que contenha erro judiciário, inclusive por conduta culposa do juiz, tem ele direito à reparação dos prejuízos a ser postulada em ação ajuizada contra o Estado¹³².

A propósito da necessidade de se ajuizar prévia revisão criminal para se pleitear indenização, Odete Medauar é categórica: “O preceito não vincula o direito à indenização à revisão da sentença”¹³³.

4.2 DA TRATATIVA PELA DOUTRINA

¹³⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 109.

¹³¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Op. cit.*, p. 109-110.

¹³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27 ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 581.

¹³³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 443.

Passamos, agora, à análise da divergência doutrinária no que tange à possibilidade de se condenar o Estado à indenização pelos danos provenientes da imposição de prisões cautelares.

Para alguns autores, a privação da liberdade de locomoção a este título apenas obriga o Estado à reparação quando forem inobservadas as formalidades legais impostas à sua execução e os requisitos para sua imposição em decisão adequadamente fundamentada. Neste sentido, afirma Rogério Marinho Leite Chaves que:

Com relação aos eventuais danos decorrentes de prisão preventiva ou provisória, compartilho o entendimento de que **só se poderá falar em indenização quando dela tiver decorrido dano e, como requisito cumulativo, tenha sido injusta ou ilegal; isto é, quando determinada por perseguição ou por motivos não expressamente consagrados na legislação.**

Não creio que pelo só fato de ter advindo sentença absolutória, a prisão preventiva renda ensejo à indenização. Todos os cidadãos, desde que presentes indícios de materialidade, estão sujeitos à detenção preventiva. Nesses casos, a prisão não passa de exercício regular de direito do Estado, com vistas a assegurar a ordem pública e a paz social, como também garantir a regular instrução processual¹³⁴. (grifou-se).

Posicionamento semelhante é o de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, para quem:

não deve haver responsabilidade do Estado na hipótese de prisão cautelar decretada em conformidade com o ordenamento jurídico, tendo em vista os seguintes argumentos:

- a) inexistência de “erro judiciário” e inaplicabilidade da regra especial da responsabilidade por ato judicial prevista no art. 5º, LXXV, da CRFB;
- b) a decretação da prisão cautelar fundamenta-se na necessidade de garantir a instrução criminal e não por objetivo formular juízo definitivo quanto à culpabilidade do acusado;
- c) caso se admita a responsabilidade na hipótese em comento, seria possível cogitar da responsabilidade estatal em todos os casos em que o indivíduo fosse processado, pois a mera existência do processo acarreta aborrecimento e custos, o que inviabilizaria a independência da atividade jurisdicional¹³⁵.

Neste passo é o magistério de Rui Stoco:

¹³⁴ CHAVES, Rogério Marinho Leite. A responsabilidade do Estado-Juiz. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, DF, n. 127, p. 267-274, jul./set. 1995, p. 273.

¹³⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 720.

(...) a prisão cautelar, pelo só fato da prisão, seja temporária, em flagrante ou preventiva, ou, ainda, qualquer outra medida de caráter provisório, não enseja reparação apenas em razão de o indiciado ou acusado ter sido absolvido. Contudo, havendo excesso ou abuso da autoridade - seja por prepotência, descumprimento da lei ou falta de fundamentação que demonstre a total inadequação da medida - erro inescusável ou vício que contamine o ato da constrição e de restrição da liberdade, este converter-se-á em ilícito e poderá ensejar reparação.

(...) 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.

(...) preenchidas as condições da lei e revestida a prisão de legalidade estrita, não há como vislumbrar direito de reparação pelo só fato da prisão que não se converteu em definitiva pela condenação.

O Direito Positivo, expresso na lei processual penal, perderá efetividade e se instalará o medo e se fomentará e incentivará a criminalidade. Não haverá segurança jurídica para a sociedade, nem mesmo para o aplicador da lei¹³⁶.

Com efeito, para o autor, apenas quando a prisão se transporta para a ilicitude é que poderá justificar reparação, ou seja, apenas quando houver *prisão indevida*, entendendo-se esta como “aquela que ocorreu em de forma ilegítima e abusiva em desobediência à realidade fática e aos requisitos formais”¹³⁷.

Não é diferente o posicionamento de Sergio Cavalieri Filho, para quem, desde que a medida cautelar tenha sido imposta nos termos e nos limites da lei, não haverá que se cogitar responsabilização do Estado, em que pese o ônus imposto ao destinatário. Apenas se poderia afirmar responsabilidade estatal em se tratando se atos ilícitos e, no caso de atos lícitos, nas hipóteses expressamente previstas na lei e na Constituição. É seu ensinamento:

Não vemos, por isso, fundamento para responsabilizar o Estado pela prisão preventiva, regularmente decretada, mormente porque essa prisão tem respaldo na própria Constituição, em seu art. 5º, LXI. E ainda que sobrevenha absolvição do preso por falta de prova, não tem essa decisão, por si só, o condão de transmutá-la em ato ilegal, capaz de respaldar pretensão indenizatória¹³⁸.

Indo adiante, leciona:

¹³⁶ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 1037-1038.

¹³⁷ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 1038.

¹³⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 295.

A doutrina liberal que passou a ver em tudo fundamento para a responsabilização do Estado, além de dar ao art. 37, §6º, da Constituição interpretação ampliativa, sem o indispensável cotejo com outros dispositivos da própria Lei Maior, acabará por inviabilizar a distribuição da justiça. Se cabe indenização por danos morais em razão de prisão preventiva quando o réu vem a ser absolvido por falta de provas, por que não caberia também pelo fato de ter sido processado, ou ainda quando o inquérito criminal vem a ser arquivado? Tal como a prisão o processo ou o inquérito causam aborrecimento, vexame e preocupação¹³⁹.

Todavia, Sergio Cavalieri Filho, sem se aprofundar no assunto, faz ressalva em relação às hipóteses de negligência do juiz no cumprimento de seu dever, como no caso do prolongamento abusivo das prisões preventivas, quando seria possível reconhecer-se a “responsabilidade do Estado amplamente com base no art. 37, §6º da Constituição ou na culpa anônima (falta do serviço), pois trata-se, agora sim, de atividade administrativa realizada pelo Poder Judiciário”¹⁴⁰.

Para outros autores, surgirá pretensão indenizatória em face do Estado não apenas na hipótese de desatendimento dos pressupostos da prisão cautelar, mas, também, quando, posteriormente à decretação da medida, for proferida decisão absolutória fundada na ausência de autoria e materialidade. Defendendo esta posição, Ruy Rosado de Aguiar Júnior assevera que:

devemos incluir no âmbito da reparação civil a prisão preventiva, quando ilegal, e a legal de quem veio a ser finalmente absolvido com fundamento na categórica negativa da existência do fato ou da autoria, ou pelo reconhecimento da licitude do comportamento¹⁴¹.

Anote-se, contudo, que o autor reputa inadmissível o pedido de reparação civil quando se trate de absolvição por falta de provas, eis que não se poderia pleitear indenização com base em direito sobre o qual se tem dúvida¹⁴².

Finalmente, cumpre registrar posicionamento doutrinário segundo o qual a simples imposição de prisão cautelar sem correspondente condenação definitiva

¹³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 295.

¹⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 296.

¹⁴¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Função Jurisdicional no Brasil. *Revista AJURIS*. Porto Alegre, RS, v. 20, n. 59, p. 5-48, nov. 1993, p. 48.

¹⁴² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. cit.*, p. 48.

posterior seria apta a configurar *prisão indevida*, suficiente para que se requeira indenização em face do Estado. Nesse diapasão é o magistério de Luiz Antonio Soares Hentz:

Daí, como categoria autônoma, se estender a disciplina da prisão indevida a todos os casos em que suceder privação de liberdade individual sem o amparo em condenação com definitiva aplicação de pena de prisão, a cujo cumprimento se submete o indivíduo por força do ordenamento jurídico¹⁴³.

E justifica sua posição nos seguintes termos:

Na hipótese de prisão indevida, o fundamento da indenização deve ser focado como um problema de assunção de responsabilidade, a que o Estado adere por da legislação que impõe o dever de indenizar a vítima de prisão indevida. O ato ilícito em que, regularmente, consiste na prisão advém do normal exercício da potestade estatal. O Estado renuncia a sua soberania quando assume o dever de indenizar a quem ficar preso indevidamente. 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, como representante desta nas relações jurídicas – a responder (no dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello) pelos comportamentos violadores do direito alheio em que incorrerem. E isso porque o princípio da igualdade de todos perante a lei, acolhido pelo Estado moderno, leva forçosamente ao reconhecimento da injuridicidade do comportamento estatal que agrava desigualmente a alguém, ao exercer atividades no interesse de todos, sem ressarcir ao lesado¹⁴⁴.

Augusto do Amaral Dergint, por sua vez, assevera que não haveria razão para se tratar diversamente o erro judiciário (condenação injusta) – em face do qual é pacífica a possibilidade de se pleitear indenização – e a prisão preventiva. Em suas palavras: “se se indeniza o prejudicado por condenação injusta, precedida de processo penal, em que lhe foi assegurada ampla defesa, seria paradoxal não admitir a responsabilidade por danos advindos da prisão preventiva, em que, por vezes, o réu não tem defesa alguma”¹⁴⁵.

Afirma o mesmo autor que a legislação é

(...) omissa em reconhecer pretensão indenizatória ao réu que, embora absolvido no mérito, sofreu temporariamente injusta privação da liberdade através de coerção pessoal que a lei admite seja decretada no curso do

¹⁴³ HENTZ, Luiz Antonio Soares Hentz. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: LEUD, 1996.

¹⁴⁴ HENTZ, Luiz Antonio Soares Hentz. *Op. cit.*, p. 133-134.

¹⁴⁵ DERGIN, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 179.

processo (prisão preventiva) ou nele subsista (prisão em flagrante). A descoberta do erro judiciário ocorre antes, e não depois, da condenação. O mecanismo persecutório penal erra (funciona mal), mas não a ponto de condenar um réu inocente.

Mas, se se reconhece a responsabilidade do Estado pelo “erro” (ou “injustiça”) da condenação, demonstrado mediante revisão da sentença condenatória, por que não se pode reconhecê-la quando o mesmo erro judiciário for proclamado de primeira mão pela sentença absolutória?¹⁴⁶

Desse modo, finaliza sustentando que:

A prisão preventiva (mesmo quando lícita) torna-se materialmente injusta quando o detido é inocentado, quando é condenado por infração que não comporta pena privativa de liberdade ou quando a pena (privativa de liberdade) cominada é inferior à sofrida.

Através da prisão preventiva o réu inocente sofre uma carga injusta e desigual, devendo, pois, a coletividade responder em atenção ao princípio da igualdade. A privação da liberdade normalmente gera graves transtornos, com consequências de ordem profissional, social e econômica¹⁴⁷.

Outrossim, cumpre observar que, para Dergint, é possível pleitear-se indenização em face do Estado mesmo quando o acusado é absolvido por insuficiência de prova, eis que não se poderia “levar em conta suspeitas que contra ele se acumulem, para recusar-lhe indenização pelos prejuízos lhe causados”¹⁴⁸.

No que toca à comparação entre o erro judiciário e a prisão preventiva indevida, é similar o pensamento perfilhado por José de Aguiar Dias, referido por Yussef Said Cahali:

ordinariamente, considera-se erro judiciário a sentença criminal de condenação injusta. Em sentido mais amplo, a definição alcança, também, a prisão preventiva injustificada. Com efeito, não há base para excluí-la do direito à reparação. Se há erro judiciário em virtude da sentença condenatória, haverá também em consequência da prisão preventiva ou detenção. Danos e tragédias decorrem, por igual, de uma e de outros. Onde existe a mesma razão, dever valer a mesma disposição¹⁴⁹.

¹⁴⁶ DERGIN, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 178.

¹⁴⁷ DERGIN, Augusto do Amaral. *Op. cit.*, p. 178.

¹⁴⁸ DERGIN, Augusto do Amaral. *Op. cit.*, p. 181.

¹⁴⁹ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 475.

Yussef Said Cahali, de seu lado, aparentando esposar posicionamento semelhante à parcela da doutrina supracitada, ao comentar a previsão contida no art. 5º, LXXV, da Constituição Federal, assevera:

Com efeito, não se compreende que, sendo injusta a prisão que exceder o prazo fixado na sentença condenatória, seja, em tese, menos injusta a prisão do réu que nela é mantido se ao final vem a ser eventualmente julgada improcedente a denúncia pela sentença absolutória¹⁵⁰.

Em sentido similar, Diogo de Figueiredo Moreira Neto aduz:

deve-se consignar o entendimento de que o Estado também pode ser levado a responder pelos danos decorrentes da prisão preventiva, se houver posterior absolvição do acusado, consentâneo, portanto, com o princípio da dignidade humana, que estaria vulnerado por uma medida acautelatória penal sem causa (CF, art. 1.º, III)¹⁵¹.

4.3 DA TRATATIVA PELA JURISPRUDÊNCIA

Em relação às prisões cautelares, percebe-se que os julgados, em sua ampla maioria, não reconhecem a procedência da pretensão indenizatória em face da regularidade da decisão que decretou a privação de liberdade, em que pese a posterior absolvição. Nesse sentido é a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA 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.

¹⁵⁰ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 477.

¹⁵¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 730.

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.

(ARE 770931 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 10-10-2014 PUBLIC 13-10-2014). (grifou-se).

Não parece ser diferente o posicionamento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRISÃO CAUTELAR. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS E FATOS. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte entende que a prisão cautelar, devidamente fundamentada e nos limites legais, não gera o direito à indenização em caso de posterior absolvição.

2. A revisão acerca da legalidade da prisão cautelar encontra óbice na Súmula 7/STJ. Precedentes: AgRg no REsp 1266451/MS e AgRg no REsp 945.435/PR.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 504.478/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 17/03/2015). (grifou-se).

Muito embora esta pareça ser a tendência predominante, cumpre registra que, pontualmente, encontram-se decisões diversas. Neste passo, merece transcrição o seguinte julgado, também do Superior Tribunal de Justiça:

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 da 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, duradoura 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.

(REsp 427.560/TO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/09/2002, DJ 30/09/2002, p. 204). (grifou-se).

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho centrou-se na análise da possibilidade de se impor ao Estado a obrigação de reparar danos que decorram de sua atividade jurisdicional, especificamente na hipótese de decretação de prisões cautelares.

Na primeira parte deste trabalho traçou-se um breve panorama da responsabilidade civil do Estado. Nesse passo, foi delineado um breve histórico acerca da evolução desse instituto. Como visto, podem ser agrupadas em três grupos as teorias atinentes: teoria da irresponsabilidade, teorias civilistas e as teorias publicistas (a despeito das diversas divergências doutrinárias em torno da nomenclatura das diferentes teorias).

Em seguida, realizou-se breve referência ao histórico da evolução do instituto no direito pátrio até o presente momento, em que se consagra, em nossa Constituição Federal, a adoção da teoria do risco administrativo, como regra geral, e a teoria do risco integral, em algumas hipóteses, expressamente previstas.

Assim, explicitou-se os elementos reputados necessários para que reste configurada a responsabilidade estatal, quais sejam: o evento danoso; a ação ou omissão imputável ao Estado; e o nexó de causalidade entre o dano a ação ou omissão estatal. Examinou-se, do mesmo modo, ainda que brevemente, as causas excludentes e atenuantes dessa potencial responsabilização.

Após, em vista dos limites propostos pela presente análise, debruçou-se mais detidamente sobre a responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional, especialmente sobre os principais argumentos apresentados contra essa possibilidade, constatando-se ampla produção doutrinária em favor do dever do Estado de aqui também responder por suas ações e omissões.

A seguir, foram redigidos breves comentários a respeito das situações em que o ordenamento admite a imposição de restrição ao direito de liberdade de locomoção sem que haja uma decisão definitiva.

Por fim, adentrou-se o cerne da discussão. Como visto, a respeito do tema, a doutrina diverge. Para parte dos autores, a decretação da prisão cautelar apenas dará ensejo ao pleito ressarcitório quando, além de causar dano, seja ilegal, isto é, quando não tenham sido observadas as formalidades impostas à sua execução ou

os requisitos para sua imposição em decisão adequadamente fundamentada, independentemente de posterior absolvição ou impronúncia.

Por outro lado, há autores que sustentam o cabimento do pleito indenizatório quando houver desatendimento aos pressupostos da prisão cautelar e, também, quando após a imposição da medida, seja proferida decisão absolutória ou de impronúncia. Todavia, uma parte da doutrina defende que o ressarcimento não será devido quando a absolvição se der por falta de provas, apenas quando a decisão absolutória tiver fundamento na ausência de autoria ou de materialidade. Outra parte da doutrina, por sua vez, não faz essa distinção – reconhecendo-se, desse modo, o cabimento do pedido indenizatório sempre que a prisão cautelar seja seguida de absolvição.

Outrossim, cumpre registrar posicionamento de parte da doutrina segundo o qual a hipótese do prolongamento abusivo das prisões preventivas, decorrente de negligência do órgão jurisdicional, será apta a impor ao Estado o dever de indenizar, com fundamento na culpa anônima (falta do serviço), pois tratar-se-ia, aqui, de atividade administrativa levada a cabo pelo Poder Judiciário.

Da análise jurisprudencial, por outro lado, como anteriormente exposto, é possível se verificar, em nossos tribunais superiores, a prevalência do entendimento de que, como regra geral, não será possível o reconhecimento do direito à indenização quando se tratar de decisão que decreta a prisão cautelar adequadamente fundamentada e dentro dos limites legais. Sem embargo, encontram-se decisões pontuais que equiparam a restrição preventiva de liberdade de alguém que vem posteriormente a ser absolvido ao erro judiciário, em face do qual é pacífico o dever de ressarcir que e se impõe ao Estado.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Função Jurisdicional no Brasil. *Revista AJURIS*. Porto Alegre, RS, v. 20, n. 59, p. 5-48, nov. 1993.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN - Junho de 2014. Divulgação: Jun/2015. 148 p. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2015.

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

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHAVES, Rogério Marinho Leite. A responsabilidade do Estado-Juiz. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, DF, n. 127, p. 267-274, jul./set. 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do estado por atos jurisdicionais, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 198,

1994 *apud* FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. Vol. 7. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed., Paris, Boccard, 1930, v.3 *apud* DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994

FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal. *Revista de informação legislativa*. Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 11-14, jul./set. 2009.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

HENTZ, Luiz Antonio Soares Hentz. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: LEUD, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis n. 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, volume 3*. 34 ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.