



**UNISUL**

**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA**

**ROBSON CRISTIANO CIVA**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR PRISÃO ILEGAL**

Palhoça

2009

**ROBSON CRISTIANO CIVA**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR PRISÃO ILEGAL**

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Luiz Gustavo Lovato

Palhoça

2009

**ROBSON CRISTIANO CIVA**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR PRISÃO ILEGAL**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 08 de junho de 2009.

---

Prof. e Orientador Luiz Gustavo Lovato  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof. Examinadora Cristina Mendes Bertoncini  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof. Examinadora Jordane Marques de Oliveira  
Universidade do Sul de Santa Catarina

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

### **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR PRISÃO ILEGAL**

Declaro, para todos os fins de direitos e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 08 de junho de 2009.

---

**ROBSON CRISTIANO CIVA**

Dedico este trabalho aos meus pais, pelo amor, carinho, compreensão e pelas diversas vezes que se privaram de desejos pessoais para, com muita luta e fé possibilitar este momento.

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus pela vida e pela possibilidade de estudar o Direito. Considerando esta monografia como resultado de uma caminhada que não começou na Unisul, agradecer pode não ser tarefa fácil, nem justa. Para não correr o risco da injustiça, agradeço de antemão a todos que de alguma forma passaram pela minha vida e contribuíram para a construção de quem sou hoje.

Sou grato também a toda minha família pela confiança depositada e pelo auxílio nos momentos difíceis. Com certeza vocês contribuíram e fazem parte da minha história. Obrigado por existirem.

A minha namorada, Eduarda, por todo amor, compreensão e carinho depositado durante toda a minha vida acadêmica. Bem mais.

Aos amigos de faculdade, especialmente ao parceiro Leandro, que durante os cinco anos e meio de curso mostrou-se mais que um amigo, um irmão. Obrigado pela confiança e pelos conselhos jurídicos.

Aos parceiros do Grupo Legião Campeira. Charles, Altair, Adriano, Rafael, Magno e Guto. Por todas as noites de alegria, assim como pela compreensão as ausências motivadas pelo meu estudo.

Ao gaiteiro Márcio, por ter sido um irmão nos últimos oito anos.

Aos amigos que não participaram minha vida acadêmica, mas pelos quais possuo enorme carinho. Adriano, Fernando, Júnior, Marcos, Alex. Parceiros de longa data que saberei agradecer eternamente o estender de mão quando precisei.

A todos os funcionários da Vara Criminal de São José, em especial Dra. Marise, por acolher um inexperiente estagiário e auxiliar em minha formação.

Ao amigo, advogado Dr. Carlos Renato Borba, obrigado pela oportunidade, confiança e por todos os ensinamentos.

Agradeço ao meu Orientador, Professor Luiz Gustavo Lovato, pelas lições valiosas e precisas críticas que contribuíram não somente para a realização deste trabalho, mas também para minha formação acadêmica.

Também agradeço a Giglione, por toda sua atenção, dedicação e apoio na correção deste trabalho.

A todos os professores que contribuíram para a minha formação acadêmica.

"A liberdade é defendida com discursos e atacada com metralhadoras".  
(Carlos Drummond de Andrade).

## RESUMO

O estudo apresentado faz uma abordagem sobre a responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal (art. 5º, inciso LXXV da Constituição Federal de 1988) sob a luz dos princípios da fundamentação legal das decisões que decretam as prisões, da duração razoável ao processo, da dignidade da pessoa humana, bem como dos tratados e pactos internacionais. Para tanto, é analisado no decorrer do trabalho as modalidades de prisões existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, é apresentado o conceito de liberdade e sua importância como Direito fundamental, assim como a vinculação do Poder Público aos Direitos fundamentais. Ao final, é abordada a responsabilidade civil e seu conceito histórico, em seguida trata-se da responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal, verificando suas teorias, doutrinas e jurisprudências, bem como a aplicação aos princípios, mormente especificados. Este trabalho foi desenvolvido pela utilização de pesquisa exploratória, por meio da técnica bibliográfica, a partir de livros e periódicos jurídicos que já abordaram o tema para, ao final, chegar aos resultados que respondem os principais questionamentos acerca do aludido dispositivo, qual seja, se o Estado possui responsabilidade civil por prisão ilegal.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Prisão ilegal. Princípios Fundamentais.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>09</b>
<b>2 PRISÃO</b> .....	<b>11</b>
2.1 CONCEITO DE PRISÃO .....	11
2.2 PRISÃO PENAL .....	12
2.3 PRISÃO PROCESSUAL .....	13
<b>2.3.1 Prisão temporária</b> .....	<b>16</b>
<b>2.3.2 Prisão em flagrante</b> .....	<b>18</b>
<b>2.3.3 Prisão preventiva</b> .....	<b>21</b>
<b>2.3.4 Prisão por pronúncia e por sentença condenatória recorrível</b> .....	<b>23</b>
2.4 PRISÃO EXTRAPENAL .....	25
<b>3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>28</b>
3.1 DA LIBERDADE PESSOAL .....	31
3.2 DA RESTRIÇÃO DA LIBERDADE PESSOAL PELO ESTADO .....	34
3.3 A PRISÃO COMO INSTRUMENTO DE RESTRIÇÃO DA LIBERDADE PESSOAL .....	36
3.4 DA VINCULAÇÃO DO PODER PÚBLICO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS...38	
<b>4 A RESPONSABILIDADE CIVIL E SEU CONCEITO</b> .....	<b>40</b>
4.1 DA RESPONSABILIDADE POR ATOS DO PODER PÚBLICO .....	41
<b>4.1.1 Teoria da irresponsabilidade do Estado</b> .....	<b>43</b>
<b>4.1.2 Teoria da culpa anônima</b> .....	<b>46</b>
<b>4.1.3 Da responsabilidade objetiva do Estado</b> .....	<b>47</b>
<b>4.1.4 Teoria do risco</b> .....	<b>49</b>
<b>4.1.4.1 Teoria do risco integral</b> .....	<b>49</b>
<b>4.1.4.2 Teoria do risco administrativo</b> .....	<b>51</b>
<b>4.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR PRISÃO ILEGAL</b> .....	<b>53</b>
<b>4.2.1 Da responsabilidade dos atos do juiz como agente público, da necessidade de fundamentação da decisão que decretar prisão e da razoável duração do processo criminal</b> .....	<b>60</b>
<b>4.2.2 Da garantia constitucional dos tratados e pactos internacionais</b> .....	<b>66</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>69</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>71</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal, instituída no ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988.

Assim, o estudo busca comprovar se o Estado é responsável pela indevida restrição à liberdade de locomoção de terceiros ou se mantém imune a tal responsabilização pelas correntes da irresponsabilidade do Estado.

Ressalta-se que a abordagem desse tema, a partir das relações entre o Poder Público e os administrados, sempre gerou valorosas fontes de indagações jurídicas.

Críticas são tecidas com relação à responsabilidade que o Estado possui por danos causados ao particular quando no exercício de suas funções, sendo o presente estudo referente aos atos jurisdicionais que decretam ou mantêm a prisão ilegal.

Igualmente, é necessário observar que o legislador constitucional, no inciso LXXV do art. 5º, garantiu indenização à vítima do erro judiciário e àquele que permanecer preso além do tempo fixado na sentença, aplicando, desta maneira, à responsabilidade ao Estado.

Neste sentido, salienta-se a influência do princípio da razoável duração do processo, o qual é fruto de grande discussão quanto à aplicação ou não da responsabilidade do Estado pela excessiva demora dos processos onde o réu se encontra preso.

Todavia, também se discute a responsabilização dos juízes pelos atos praticados no exercício de suas funções.

Outro forte questionamento existente é a necessidade de fundamentação legal das decisões que decretarem as prisões, sendo esta uma das matérias de maior incidência nos instrumentos de impugnação a prisão ilegal.

Também é interessante abordar a grande relevância dos tratados e pactos internacionais ratificados pelo Brasil, em especial o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Políticos e Cívicos, pela sua importância no cenário mundial, garantindo os direitos mais básicos e fundamentais do ser humano e pelo seu valor na aplicação à preservação dos direitos do homem, em especial a liberdade.

Neste sentido, o presente trabalho buscou como objetivo estabelecer uma pesquisa para promover um esclarecimento mais profundo do tema, utilizando-se de um levantamento bibliográfico, constituído de livros, artigos e periódicos jurídicos que já abordaram a matéria anteriormente, situação que levou ao método de pesquisa exploratória.

Ao iniciar o estudo pela análise das espécies de prisões existentes no ordenamento jurídico atual, progredindo para uma análise aos direitos fundamentais do ser humano, sendo a liberdade de locomoção do cidadão ponto fulcral para esclarecimento da matéria, após o instituto da responsabilidade civil para, somente ao final abordar especificamente o tema, resta clara a aplicação do método de abordagem dedutivo.

Diante da relevância que o tema apresenta no cenário jurídico brasileiro, bem como na observação das freqüentes ilegalidades cometidas pelo Estado no dia-a-dia, sendo matéria que requer análise crítica, se utiliza neste trabalho o método de procedimento monográfico.

Acerca da estrutura, sublinha-se que, inicialmente, o presente trabalho trata das prisões no ordenamento jurídico brasileiro, abordando, para tanto, o conceito, as espécies de prisões, bem como os pressupostos e características gerais.

Em seguida, passa-se a análise dos direitos fundamentais do ser humano, sendo o foco de estudo o direito à liberdade de locomoção. Nesse mesmo tópico, ainda, são apresentados as possibilidades de restrição da liberdade pessoal pelo Estado e a vinculação do Poder Público aos direitos fundamentais.

No derradeiro capítulo do desenvolvimento, por configurar tema indispensável para o real entendimento do problema proposto para esta monografia, realiza-se um estudo acerca do instituto da responsabilidade civil, analisando-se o conceito, a responsabilidade dos atos do Poder Público, bem como suas teorias e evoluções.

Ainda no mesmo capítulo, apresenta-se o tema principal do trabalho: a responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal. Nesse passo, analisam-se os princípios e os assuntos diretamente relacionados com o tema específico.

Por fim, tem-se a conclusão que, por sua vez, remete a análise de todos os conceitos apresentados no desenvolvimento do trabalho com o fito de responder os conflitos levantados no problema proposto para a esta monografia.

## 2 PRISÃO

### 2.1 CONCEITO DE PRISÃO

O termo prisão deriva do latim *prehensio*, de *prehendere*, que significa "o ato de prender ou o ato de agarrar uma coisa". Indica "o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de locomoção, isto é, da liberdade de ir e vir, recolhendo-a a um lugar seguro e fechado, de onde não poderá sair" (SILVA, 1967, p. 1221).

Segundo Arnaldo Quirino (1999), a prisão é a restrição da liberdade individual como forma de punição estatal por consequência da prática de um delito. Sendo a prisão medida extrema contra o estado de liberdade do indivíduo, somente se admite quando determinada por ordem legal e emanada de autoridade competente e respeitado o devido processo legal.

Para Guilherme de Souza Nucci (2007a, p. 548) prisão "é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere." Já nas palavras de Fernando Capez (2003, p. 224) trata-se da "privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito".

Neste sentido, a prisão também é objeto de regulamentação bastante pormenorizada na Constituição Federal, que estabelece em seu art. 5º, inciso LXI, que: "Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei" (BRASIL, 1988). A regra continua sendo a liberdade, permitindo a Constituição o encarceramento somente diante de flagrância na prática de crime, ou mediante expedição da competente ordem de prisão devidamente fundamentada e nos demais casos previstos em lei.

Cumprido ressaltar, segundo Guilherme de Souza Nucci (2007b), que toda prisão efetuada deverá ser fielmente fiscalizada por juiz de direito, sendo estipulado pelo art. 5º, LXV, da Constituição Federal, que "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária". Da mesma forma deve ser observada a prisão decretada por magistrado, pois a fiscalização pertencerá ao crivo da autoridade judiciária superior.

Guilherme de Souza Nucci (2007a, p. 548) também argumenta a respeito:

A regra, pois, é que a prisão, no Brasil, deve basear-se em decisão de magistrado competente, devidamente motivada e reduzida a escrito, ou necessita decorrer de flagrante delito, neste caso cabendo a qualquer do povo a sua concretização.

Ademais, de acordo com a respectiva legislação, “enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, [...] o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, [...], quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória” (NUCCI, 2007a, p. 548), assim tem-se diversas espécies de prisão, conforme a autoridade de que emane, e conforme o fim que a lei vise alcançar. Dessa forma, consoante o direito pátrio podemos enumerar, além da prisão penal, as prisões processuais e administrativas.

## 2.2 PRISÃO PENAL

A prisão pena ou penal é a que se apresenta como conseqüência de uma condenação transitada em julgado, de acordo com previsão estabelecida no Código Penal. Nesse contexto, Fernando da Costa Tourinho Filho (2006, p. 392) leciona:

A prisão-pena (prisão *ad poenam*) é o sofrimento imposto pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado de uma infração penal. [...] É imposta àquele que for reconhecidamente culpado de haver cometido uma infração penal, como retribuição do mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada.

Como registra Willian Silva (1998, p. 156), essa espécie de prisão consiste:

[...] na privação da liberdade imposta pelo Estado em seu poder de império, após caracterizado e efetivado o *jus puniendi* com a sentença condenatória transitado em julgado. Só se a impõe a prisão-pena, é intuitivo, após a emissão do juízo de procedência da pretensão punitiva e só se a executa quando esgotados todos os meios recursais. A pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, por intermédio do devido processo legal, com as características retributiva e preventiva.

Pelas palavras de Fernando Capez (2003, p. 224), pode-se cumular o entendimento de que a prisão-pena é:

[...] aquela imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, trata-se da privação da liberdade determinada com a finalidade de executar decisão judicial, após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade.

Segundo Luiz Flávio Gomes (1996), atualmente, predomina na doutrina a tese de que a prisão como pena tem uma finalidade retributiva e utilitária, já que, ao mesmo tempo, a aplicação da reprimenda castiga quem praticou o delito e serve também para preveni-lo, assim, como forma de prevenção geral, a pena tem por finalidade intimidar e promover a integração do ordenamento jurídico e como forma de prevenção especial, promover a ressocialização do indivíduo.

Este conceito ressalta aos olhos que a prisão-pena realmente serve para castigar o cidadão por uma infração penal cometida, tendo como objetivo principal impedir que seja cometido qualquer ato ilegal, bem como intimidar outros possíveis infratores da lei (TOURINHO FILHO, 2006).

Finaliza Arnaldo Quirino (1999, p. 22) sobre a idéia de prisão-pena:

A prisão-pena é a restrição da liberdade individual em razão da aplicação de uma pena ou sanção definitiva ao infrator da lei penal, decorrente do legítimo exercício do direito punitivo do Estado e que tem como premissa maior a proteção da sociedade, livrando-a dos maus cidadãos transgressores da norma penal, e num segundo plano, sempre que possível, tentar a reabilitação e a reintegração desses cidadãos à vida social.

Têm-se, nestes apontamentos, evidentes contornos repressivos que surgem como conseqüência natural de condenação transitada em julgado, onde delas cuidam a Lei das Execuções Penais e o Código Penal Brasileiro.

### 2.3 PRISÃO PROCESSUAL

Observa-se a segunda espécie de prisão, cujo seu âmago seja puramente processual, sendo também conhecida como prisão sem pena, não sendo

determinada por sentença condenatória transitada em julgado, sendo amplamente recorrível a sua decretação.

Julio Fabbrini Mirabete (1995, p. 345), sobre a matéria, afirma:

Rigorosamente, no regime de liberdade individuais que preside o nosso Direito, a prisão só deveria ocorrer para o cumprimento de uma sentença penal condenatória. Entretanto, pode ela ocorrer antes do julgamento ou mesmo na ausência do processo por razões de necessidade ou oportunidade.

Neste sentido, Fernando Capez esclarece (2003, p. 225):

Trata-se de prisão de natureza puramente processual, imposta com finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou ainda a impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos.

Ato contínuo, sobre o referido assunto, Fernando da Costa Tourinho Filho (2006) aduz que a prisão sem pena possui o objetivo de servir como uma autodefesa do Estado perante os perigos capazes de prejudicar a instrução criminal.

Neste sentido, Edilson Mougnot Bonfim (2009, p. 398) ressalta:

As prisões cautelares têm por finalidade resguardar a sociedade ou o processo com a segregação do indivíduo. Daí falar em cautelaridade social, cujo escopo é proteger a sociedade de indivíduo perigoso, e cautelaridade processual, que garante o normal *iter* procedimental, fazendo com que o feito transcorra conforme a lei e que eventual sanção penal seja cumprida.

Entretanto, “não pode ser medida de antecipação de eventual e incerta pena futura, também não serve para dar satisfação à sociedade, à opinião pública ou à opinião publicada” (MORAES, 2004, p. 198).

Segundo Arnaldo Quirino (1999), esta espécie de prisão não possui conotação de sanção penal, sendo sempre provisória e sua natureza é de prisão acautelatória e instrumental. Esta prisão decorre da necessidade de ser preservada a efetividade do processo penal e o fim por este colimado, que é o pleno exercício do direito de punir do Estado, notadamente quando se tratar da prática de infração penal em flagrante delito.

Segundo Maurício Zanoide de Moraes (2004), mesmo a prisão processual apresentando essa natureza instrumental, a prisão cautelar não deixa de ser um

ataque, provisório é bem verdade, mas sempre um ataque concreto, ao *ius libertatis* do cidadão.

Arnaldo Quirino (1999, p. 26) ainda acentua:

[...], o Estado-Juiz ou seus agentes deverão aferir a real necessidade de qualquer medida cautelar respectiva do direito à liberdade de locomoção (princípio da necessidade da prisão provisória), quando da prática de delito. Se houver outros meios de se alcançar a efetividade do processo penal e for constatado que a liberdade do acusado não causará prejuízo ao *jus puniendi* estatal ou à sociedade, aquele sagrado direito do indivíduo deve ser preservado, independentemente de requerimento seu (ao contrário do que faz supor a legislação processual em vigor). Interpretação em sentido contrário é grave afronta ao texto da Constituição Federal (art. 5º, inciso LXVI) que garante a manutenção do direito à liberdade sempre que a prisão cautelar se mostrar desnecessária, atendidos os demais pressupostos legais (art. 321 e seguintes do CPP).

Sobre essa cautelaridade para a aplicação de uma prisão processual, Maurício Zanoide de Moraes (2004, p. 198) afirma:

[...], por ser um ataque efetivo ao *ius libertatis* de alguém, sem que antes se tenha um juízo definitivo e irrecorrível sobre sua culpa, essa forma cautelar de prisão revestida de vários limites e cuidados constitucionais aos quais o juiz deve estar atento antes de decretá-la ou para mantê-la (sobre os vários dispositivos constitucionais que regem o tratamento do preso provisório, desde o instante flagrancial até a confirmação de sua prisão provisória pelo juiz)

Desta feita, segundo Arnaldo Quirino (1999), considera-se perfeitamente admissível a prisão processual no ordenamento jurídico, desde que em caráter excepcional e motivado, sempre por situações realmente necessárias e oportunas, e desde que decretada pela autoridade judiciária competente em decisão devidamente fundamentada.

Em suma, é o aprisionamento de alguém antes de se poder afirmar ser ele culpado de prática infraconstitucional penal, por ausente decisão a respeito, ou por ainda não se ter tornado definitiva a sentença criminal condenatória contra ele prolatada (MARTINS, 2005, p. 71).

Neste momento cumpre argumentar e dissecar as formas de prisão processuais existentes, que são: prisão temporária, prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão em decorrência de pronúncia e prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.



### 2.3.1 Prisão temporária

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2007a), a prisão temporária tem por finalidade assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave.

Guilherme de Souza Nucci (2007a, p. 586) afirma:

Está prevista na Lei 7.960/89 e foi idealizada para substituir, legalmente, a antiga prisão para averiguação, que a polícia judiciária estava habilitada a realizar, justamente para auxiliar nas suas investigações. A partir da edição da Constituição de 1988, quando se mencionou, expressamente, que somente a autoridade judiciária, por ordem escrita e fundamentada, está autorizada a expedir decreto de prisão contra alguém, não mais se viu livre para fazê-lo a autoridade policial, devendo solicitar a segregação de um suspeito ao juiz.

Arnaldo Quirino (1999, p. 31) assevera:

Somente pode ser decretada pela autoridade judiciária competente em decisão fundamentada e possui prazo limitado, que, uma vez expirado, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, desde que não esteja decretada a sua prisão preventiva.

Neste sentido, Edilson Mougnot Bonfim (2009, p. 423) declara:

A prisão temporária somente será decretada pelo juiz durante o inquérito policial, nunca durante a ação penal. [...] Depende de requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial (art. 2º, *caput*), caso em que deverá ser ouvido o Ministério Público (art. 2º, § 1º).

Diante disto, Fernando Capez (2005, p. 247) ressalta que a prisão “só pode ser decretada pela autoridade judiciária”, ou seja, o policial não possui livre manifestação de vontade para efetuar a prisão temporária, não possuindo poderes para manter segregado o suposto acusado, devendo solicitar ao juízo a ordem de prisão.

Resta analisar os requisitos legais da prisão temporária. Neste ponto, Fernando Capez (2005, p. 247) acentua os requisitos para a legitimação da prisão temporária:

A prisão temporária pode ser decretada nas situações previstas pelo art. 1º da Lei n. 7.960/89: imprescindibilidade da medida para as investigações do inquérito policial; indiciado não tem residência fixa ou não fornece dados necessários ao esclarecimento de sua identidade; fundadas razões de sua autoria ou participação do indiciado [...]

Estes requisitos se fazem presentes pela leitura do artigo 1º da lei 7960/89 (BRASIL, 1989), *in verbis*:

Artigo 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:

[...]

Segundo Arnaldo Quirino (1999), o que se nota é que o legislador, atendendo à gravidade de alguns delitos, criou a possibilidade da custódia provisória daquele que seja considerado meramente suspeito, tão-somente pela existência de qualquer espécie de prova lícita de autoria ou participação no delito, que é menos que fortes indícios (art. 312 CPP), tornando mais elástica a possibilidade da custódia cautelar nos casos previstos pelas Leis n. 7.960/89 e 8.072/90.

Vê-se, pois, que não se trata, como se poderia interpretar equivocadamente, de medida passível de ser adotada de maneira arbitrária, com base em meras suspeitas ou suposições. Para que seja válida, deve encontrar suporte em no mínimo duas das condições impostas no normativo: demonstração da existência de fundadas razões, de acordo com modalidade probatória admissível na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado em um ou mais dos crimes expressamente relacionados (obrigatória) e indicação da imprescindibilidade para as investigações policiais ou em se tratando de hipótese em que não possua o indiciado residência fixa ou deixar de fornecer elementos que permitam identificá-lo (bastando uma ou outra) (MARTINS, 2005, p. 85).

Guilherme de Souza Nucci (2007a, p. 587) assevera sobre a utilização da Lei e o preenchimento dos respectivos requisitos para a prisão temporária, veja-se:

[...] não se pode decretar a temporária somente porque o inciso I foi preenchido, pois isso implicaria viabilizar a prisão para qualquer delito, inclusive os de menor potencial ofensivo, desde que fosse imprescindível para a investigação policial, o que soa despropositado. Não parece lógico, ainda, decretar a temporária unicamente porque o agente não tem residência fixa ou não é corretamente identificado, em qualquer delito. Logo, o mais acertado é combinar essas duas situações com os crimes

enumerados no inciso III, e outras especiais, de natureza grave, o que justifica a segregação cautelar do indiciado.

Em mesmo sentido, segundo Jorge Henrique Schaefer Martins (2005), impõe-se que exista a perspectiva de reconhecimento da participação em algum dos crimes arrolados expressamente no texto legal, juntamente com a imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial ou a possibilidade de decretação por não ter o indiciado residência fixa ou não fornecer elementos que permitam esclarecer a sua identidade. Se presente for somente uma das especificações legais, não há que se falar em prisão temporária.

Ressalta-se ainda, segundo os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci (2007a), que a prisão temporária será decretada pelo juiz, após representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, com prazo de 05 (cinco) dias, prorrogáveis por outros 05 (cinco), em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2º, caput, da Lei 7.960/89). No entanto, quando se tratar de crimes hediondos e equiparados, o prazo sobe para 30 (trinta) dias, também prorrogáveis por mais 30 (trinta) (art. 2º, § 3º, da Lei 8.072/90).

“A prorrogação da medida, sempre em caso de extrema e comprovada necessidade, deve ser fundamentada, sob pena de dar ensejo a constrangimento ilegal”. (BONFIM, 2009, p. 424)

Enfim, cumpre salientar, segundo Arnaldo Quirino (1999), que a doutrina, questiona a constitucionalidade e a legalidade da prisão temporária quando ausentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, por afronta aos princípios constitucionais. Além disso, verifica-se que os julgados que admitem essa espécie de prisão não apresentam uma fundamentação sólida.

### **2.3.2 Prisão em flagrante**

Segundo Fernando Capez (2005), a prisão em flagrante possui natureza cautelar e processual, consiste na medida restritiva de liberdade, independente de ordem escrita de juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção penal.

Para Júlio Fabbrini Mirabete (1997, p. 383), “flagrante é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a certeza visual do crime”.

Neste sentido, apregoa Fernando de Almeida Pedroso (2001, p. 93) que “a prisão em flagrante ocorre quando é o sujeito ativo surpreendido no seu envolvimento com o fato penal”, dizendo ainda estar de “cunho eminente instrutório, eis que transluz, unicamente, a decantada certeza visual do crime, o seu crepitar, flagrância ou ardência.”

De mesmo entendimento, Jorge Henrique Schaefer Martins (2005, p. 75) pondera afirmando que “o aprisionamento em flagrante pela autoridade policial é ato instantâneo, que gera efeito imediato. Todavia, somente estará completo após a apreciação judicial, que poderá convalidá-la ou invalidá-la.”

Consoante narrado alhures, “a prisão em flagrante é, pois, híbrida, ou melhor, complexa, visto que a autoridade policial faz um juízo instantâneo, mas depois competirá ao Juiz verificar a presença de seus requisitos, que são de ordem constitucional e processual” (MARTINS, 2005, p. 75).

Cumpra observar o artigo 302 do Código de Processo Penal brasileiro (BRASIL, 1941), onde estão expostos os requisitos necessários para a caracterização do estado de flagrância, os quais devem ser preenchidos:

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.

Arnaldo Quirino (1999, p. 26), em estudo, expõe a fundamentação legal, bem como as espécies que a lei monta em seus dizeres, veja-se:

A prisão em flagrante é a efetuada quando a infração penal está sendo perpetrada pelo agente. O “estado de flagrância” (momento da prática do ilícito) é determinado pelo art. 302 do CPP, e são de três tipos segundo a doutrina: flagrante próprio (art. 302, inciso I e II, do CPP); flagrante impróprio ou quase-flagrante (art. 302, inciso III, do CPP); flagrante presumido ou ficto (art. 302, inciso IV, do CPP).

Com relação ao flagrante próprio, também chamado de flagrante real, “são eles de mais fácil percepção, bastando verificar se o pretense crime estava sendo cometido, ou acabara de sê-lo, sendo declarada a condição.” (MARTINS, 2005, p. 76)

[...] é aquele em que o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou quando acaba de cometê-la (CPP, art. 302, I e II). Nesta última hipótese, devemos interpretar a expressão “acaba de cometê-la” de forma restritiva, no sentido de uma absoluta imediatidade, ou seja, o agente deve ser encontrado imediatamente após o cometimento da infração penal (sem qualquer intervalo de tempo) (CAPEZ, 2005, p. 234).

Já com relação ao quase-flagrante, Antonio Scarance Fernandes (1999, p. 285) afirma que esta matéria se refere “à situação em que o agente é perseguido logo após a prática do crime, havendo alguma situação que faça presumir ser ele o autor da infração”, enquanto o flagrante presumido refere-se quando “o autor da infração é encontrado logo depois com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele quem cometeu a infração penal”.

Indispensável, por conseguinte, manifestação do Juiz, reconhecendo ou não a perseguição imediata (logo após), ou o fato de haver sido o agente encontrado logo depois, estabelecendo, no caso concreto, como se dá a compreensão de cada uma das expressões. (MARTINS, 2005, p. 77)

Complementa Guilherme de Souza Nucci (2007a, p. 567), sobre a importância na execução dos requisitos processuais, sendo um deles o auto de prisão em flagrante, veja-se:

[...], o auto de prisão em flagrante, formalizador da detenção, é realizado pela Polícia Judiciária, mas torna-se jurisdicional, quando o juiz, tomando conhecimento dela, ao invés de relaxá-la, prefere mantê-la, pois considerada legal. [...], havendo a prisão em flagrante, sem a formalização do auto pela polícia, que recebe o preso em suas dependências, cabe a impetração de habeas corpus contra a autoridade policial, perante o juiz de direito. Se o magistrado a confirmar, no entanto, sendo ela ilegal, torna-se a autoridade coatora e o habeas corpus deve ser impetrado no Tribunal.

Ressalta-se, que os pressupostos constitucionais estão diretamente encadeados à observância pela autoridade a quem incumbiu a prisão, sendo analisados os direitos do preso estabelecidos na Constituição Federal, no tocante ao direito da comunicação imediata à autoridade judiciária e a quem for por ele

indiciado (art. 5º, LXII, CF/88), os direitos ao silêncio e a assistência familiar e de advogado (art. 5º, LXIII, CF/88), como da formação a respeito da identificação dos responsáveis por sua prisão (art. 5º, LXIV, CF/88).

Existe a obrigatoriedade de análise pelo Juiz de tais aspectos, uma vez que estabelecidos como requisitos de validade pela Constituição. E sendo assim, viável a compreensão de que a omissão da autoridade responsável pela lavratura do auto em atender a todos esses direitos gera a obrigatoriedade de sua anulação, tornando a prisão ilegal por desrespeito às normas legais a que está vinculada (MARTINS, 2005, p. 76).

Nessa conformidade, nas idéias de Jorge Henrique Schaefer Martins (2005), em se tendo afirmado que a prisão em flagrante é complexa, importante verificar também que a mesma é caracterizada por condições, onde há a apreciação dos aspectos formais, constitucionais e processuais, mas deve existir a manifestação sobre a soltura ou permanência do indiciado recolhido, justamente pela efetiva necessidade de fundamentação da decisão, uma vez que não se trata de despacho de mera condução do processado, por conter caráter eminentemente decisório e, o que é mais respeitável, por importar na privação da liberdade.

### **2.3.3 Prisão preventiva**

Seu conceito é observado como “prisão cautelar de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores” (CAPEZ, 2005, p. 241).

Pelas palavras de Jorge Henrique Schaefer Martins (2005, p. 86) veja-se:

A prisão preventiva destaca-se das demais formas de aprisionamento provisório por não exigir a condição de flagrância, não estar restringida a um universo mínimo de crimes, como não estar dependente da existência de uma decisão de admissibilidade da acusação de crimes dolosos contra a vida ou de sentença criminal condenatória.

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci (2007a, p. 586) afirma ser “uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei.”

Arnaldo Quirino (1999, p. 29) complementa sobre a matéria:

[...] é decretada pela autoridade judicial competente em decisão plenamente fundamentada. [...] Tem por finalidade garantir a ordem pública, a ordem econômica, a preservação da instrução criminal e consequente efetividade do processo penal (art. 312 do Código de Processo Penal).

Segundo Luiz Antônio Câmara (1997), os pressupostos indissociáveis para a decretação da prisão preventiva são a existência de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*. “Tratando-se de prisão cautelar, reveste-se do caráter de excepcionalidade, na medida em que somente poderá ser decretada quando necessária, isto é, se ficar demonstrado o *periculum in mora*” (CAPEZ, 2005, p. 242).

A previsão legal é mantida pelo artigo 312 do Código de Processo Penal, onde estabelece que “poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (BRASIL, 1941).

Desta forma, cabe ressaltar a eficácia da aplicação da norma ao caso concreto, na forma como aponta Arnaldo Quirino (1999, p. 30):

O *fumus boni iuris* decorre da constatação da presença de prova da existência do crime (materialidade) e indícios suficientes de autoria do fato ilícito. Quanto à autoria, não basta qualquer prova para demonstrá-la; o magistrado deverá aferir objetivamente cada caso, para saber se os elementos a sua disposição e o conjunto probatório no momento da decisão são o bastante para formar-lhe convicção segura. O *periculum in mora* é a constatação da necessidade da custódia cautelar como garantia de ordem pública, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, [...].

Nessa esteira, Jorge Henrique Schaefer Martins (2005, p. 86) argumenta:

Deve ser, então, precedida da verificação de elementos que indiquem a ocorrência de fato que, em tese, se adapta a tipo penal, como a presença de indícios suficientes de autoria, fatores que atendem ao *fumus boni iuris*, como, também, à caracterização do motivo da garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e/ou salvaguarda da aplicação da lei penal, concernente ao *periculum in mora*.

Cumpra ressaltar, segundo Vicente Greco Filho (1995, p. 244), que é conveniente que o magistrado decida com certa cautela, a respeito da decretação da prisão preventiva, “pois a custódia que num primeiro momento lhe pareça adequada pode posteriormente revelar-se injusta e até mesmo ilegal”, caso haja perspectivas objetivas de que o indiciado ou acusado, ao final sendo condenado, não irá efetivamente cumprir pena privativa de liberdade, pois eventualmente, por exemplo, poderá “vir a ser beneficiário de *sursis* ou outro benefício qualquer que não enseje o efetivo cumprimento da pena em cárcere.” (QUIRINO, 1999, p. 31)

#### **2.3.4 Prisão por pronúncia e por sentença condenatória recorrível**

A respeito da prisão decorrente de sentença de pronúncia até o ano de 2008, tal prisão era regida pelo artigo 408, § 2º, do Código de Processo Penal, que preceituava que se o réu fosse primário e de bons antecedentes, o juiz poderia deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontrasse preso quando da pronúncia.

Ocorre que, com a atualização do referido diploma legal pela Lei n.º 11.719 de 20 de junho de 2008, a prisão por pronúncia ficou disposta no art. 413, § 3º, do Código de Processo Penal, tendo em sua redação o seguinte entendimento:

Art. 413 - O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação;

[...].

§ 3º - O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código (BRASIL, 1941).

Neste mesmo sentido, cumpre frisar que o art. 387 do CPP, em seu parágrafo único, expôs que o magistrado decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.

Além disso, segundo Fernando Capez (2009), observa-se a revogação do art. 594 do CPP, também alterado pela Lei n.º 11.719/08, onde o antigo dispositivo



limitava a liberdade do réu, devendo preencher os requisitos de ser este primário e de possuir bons antecedentes para ser merecedor do benefício da liberdade.

Observa-se que caso o réu fosse recolhido à prisão, deveria este entrar com apelação para reaver a sua liberdade, com exceção quando fosse condenado por infração da qual se livrasse solto, prestasse fiança ou fosse primário e portador de bons antecedentes.

Parte da doutrina, contudo, considerava que, com a nova ordem constitucional, o art. 594 deveria ser reinterpretado, não se admitindo mais a prisão processual antes do trânsito em julgado da condenação sem que estivessem presentes os requisitos da prisão cautelar (art. 312 do CPP), o que foi seguido pela jurisprudência. Assim, sem a demonstração do *periculum in mora*, a prisão provisória, decretada apenas porque o agente é reincidente ou portador de maus antecedentes, consistiria em mera antecipação da execução da pena e, por conseguinte, violaria o princípio constitucional do estado de inocência (art. 5.º, LVII, da CF) (CAPEZ, 2009).

Neste sentido, “qualquer prisão provisória só tem cabimento quando apresente natureza cautelar e se revele necessária, devendo o juiz sempre e de maneira fundamentada apontar as razões que justifiquem a medida constritiva” (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARANCE, 1997, p. 184).

*Ex positis*, de acordo com a alteração do Código de Processo Penal, o réu somente será preso se constatados os pressupostos da prisão preventiva, devendo ser respeitados todos os requisitos bem como devidamente fundamentada a ordem prisional, sendo previstos nos artigos 312 e 387, parágrafo único, do CPP.

A respeito da sentença condenatória recorrível, deverá seguir os mesmos preceitos da prisão por pronúncia, que segundo os dizeres de Arnaldo Quirino (1999), “a sentença condenatória recorrível tem como um de seus efeitos a determinação de que seja o réu preso, ou a manutenção da prisão já existente, quando o ilícito penal for inafiançável”.

Atualmente, tanto a doutrina como a jurisprudência reconhecem que esta prisão é provisória e de natureza acautelatória; portanto, para ser decretada devem estar presentes os mesmos pressupostos exigidos para as prisões cautelares [...] (QUIRINO, 1999, p. 35).

Diante disso, deverá somente ser recolhido o réu ao encarceramento quando forem preenchidos os requisitos da prisão preventiva, da mesma forma entendeu a redação do artigo 492, inciso I, “e”, do Código de Processo Penal.

[...] o teor do art. 492, I, "e", do CPP, o qual trata da sentença condenatória no procedimento do júri e dispõe que o Juiz Presidente, no caso de condenação, "mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva" (CAPEZ, 2009).

Portanto, resta por evidente a necessidade de uma maior observância com relação aos princípios constitucionais, neste sentido Mariana Pretel e Pretel (2008) argumenta com muita propriedade, veja-se:

A prisão cautelar ou processual, em especial quando decorrente de sentença condenatória recorrível ou decisão de pronúncia, não pode se caracterizar como antecipação de pena, sob pena do ferimento dos princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção da inocência, da razoabilidade e da proporcionalidade. Sempre será necessária uma minuciosa análise do caso concreto, além de uma motivação esclarecedora e detalhada, por força do binômio necessidade-fundamentação.

Conforme alhures, "admite-se a existência de tais prisões, desde que estejam presentes motivos ensejadores para tanto, de acordo com artigo 312 do Código de Processo Penal, de acordo com a prudente análise do caso concreto" (PRETEL, 2008).

Diante disso, havendo necessidade de prisão cautelar, esta somente será imposta se verificados os requisitos da prisão preventiva, não se cogitando a obrigatoriedade do recolhimento à prisão para apelar.

## 2.4 PRISÃO EXTRAPENAL

Segundo Arnaldo Quirino (1999), a prisão extrapenal é assim denominada por não possuir natureza de pena imposta em consequência de prática de ilícito penal, sendo subdividida em: prisão administrativa, prisão civil e prisão disciplinar.

A prisão administrativa está prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que estabelece:

Art. 319. A prisão administrativa terá cabimento:  
I - contra remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo, a fim de compeli-los a que o façam;  
II - contra estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional;

III - nos demais casos previstos em lei.

§ 1º - A prisão administrativa será requisitada à autoridade policial nos casos dos ns. I e III, pela autoridade que a tiver decretado e, no caso do no II, pelo cônsul do país a que pertença o navio.

§ 2º - A prisão dos desertores não poderá durar mais de três meses e será comunicada aos cônsules.

§ 3º - Os que forem presos à requisição de autoridade administrativa ficarão à sua disposição.

Edgar de Magalhães Noronha (1989, p. 177), a respeito do tema, faz questão de fundamentar e exemplificar para melhor entendimento:

Prisão ou custódia administrativa é, em regra, um meio coativo para compelir alguém ao cumprimento de certa obrigação. De acordo com o Código, podemos dizer que é meio coercitivo de fazer voltar o estrangeiro a serviços a que se obrigou, de compelir o remisso ou omissor a entregar aos cofres públicos o que deles se apropriou, e de impor à pessoa o cumprimento de determinadas obrigações.

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci (2007b, p. 572) afirma que a prisão administrativa conceitua-se como sendo “medida restritiva de liberdade, com a finalidade de compelir alguém a fazer alguma coisa ou para acautelar um interesse administrativo qualquer.”

Nesta linha de entendimento, observa-se que a Constituição Federal parece não ter recepcionado a prisão administrativa. Observa-se que esta modalidade de prisão seria um “meio coativo para compelir alguém ao cumprimento de certa obrigação” (NORONHA, 1989, p. 177), verificando-se até uma semelhança com a prisão cautelar.

Segundo Arnaldo Quirino (1999), atualmente, a prisão administrativa, prevista nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal e leis especiais, como a Lei nº 6.815/80 (arts. 61, 69 e 81), que, com o advento da Constituição Federal de 1988, somente é permitida quando determinada por autoridade judiciária competente.

Importante salientar que, após ser devidamente cumprido o mandado de prisão (a cargo da autoridade policial designada), o preso deverá permanecer à disposição da autoridade administrativa que solicitou ou requisitou a custódia, e deve ser mantido separado dos demais presos e condenados comuns, [...] (QUIRINO, 1999, p. 39).

A respeito da prisão civil, é de se observar a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXVII, onde afirma que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do

responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (BRASIL, 1988).

Recente decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal deixou assente que, desde a ratificação, pelo Brasil, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 27, de 25-9-1992, e promulgada pelo Decreto n. 678, de 6-11-1992), não haveria mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, prevista no art. 5º, LXVII, mas apenas para a prisão civil decorrente de dívida de alimentos (CAPEZ, 2009).

Neste sentido, segue o Supremo Tribunal Federal com o entendimento de que não são mais reconhecidas legalmente a prisão civil, sobre a matéria observa-se o informativo n.º 450 do STF:

[...] O Min. Cezar Peluso, relator, negou provimento ao recurso, por entender que o art. 4º do DL 911/69 não pode ser aplicado em todo o seu alcance, por inconstitucionalidade manifesta. Afirmou, inicialmente, que entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade, conexão teórica entre dois modelos jurídicos, que permita sua equiparação. Asseverou, também, não ser cabível interpretação extensiva à norma do art. 153, § 17, da EC 1/69 — que exclui da vedação da prisão civil por dívida os casos de depositário infiel e do responsável por inadimplemento de obrigação alimentar — nem analogia, sob pena de se aniquilar o direito de liberdade que se ordena proteger sob o comando excepcional. [...] (BRASIL, 2006).

Desta feita, segundo Fernando Capez (2009), a decisão exarada está revestida pelo manto do Pacto de São José da Costa Rica, subscrito pelo Brasil, o que torna inaplicável a legislação, não havendo mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, sendo admitido apenas na hipótese de dívida alimentar.

A respeito da prisão disciplinar, Arnaldo Quirino (1999, p. 42) afirma:

Essa modalidade de prisão restringe-se aos casos de transgressões militares e sua utilização não pode ser ampliada sob pena de configurar-se constrangimento ilegal, em razão dos princípios constitucionais já amplamente referidos, que protegem a liberdade individual, notadamente pelo que dispõe o art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal.

Logo, esta modalidade é aplicável excepcionalmente as transgressões militares, devidamente previstas nos arts. 5º, inciso LXI, e 142, § 2º, ambos da Constituição Federal, assim como o art. 18 da Lei nº 1.002/69.

### 3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Declaração universal dos direitos do homem, em seu art. 1º, proclama que “todos os homens nascem livres”. Esse enunciado também estava no art. 1º da Declaração dos direitos do homem e do cidadão, que os representantes do povo francês difundiram em 26 de agosto de 1789: “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”. (CUNHA, 2004, p. 28)

A Constituição Federal de 1988, em seu Título II, tratou dos Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão em solo brasileiro. Dentre todos os que a Lei maior prevê, este estudo será focado nos direitos individuais e coletivos do ser humano.

Ingo Sarlet (2001, p. 10) diz que:

[...] os direitos humanos e os direitos fundamentais compartilham de uma fundamentalidade pelo menos no aspecto material, pois ambos dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores, bens jurídicos e reivindicações essenciais aos seres humanos em geral ou aos cidadãos de determinado Estado, razão pela qual se poderá levar em conta tendência relativamente recente na doutrina, no sentido de utilizar a expressão “Direitos Humanos Fundamentais”.

Assim também elucidada o mesmo autor (2001, p. 11):

[...] os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância [...], integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos [...], bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais).

Alexandre de Moraes (2002, p. 162), relata que os direitos fundamentais envolvem:

[...] o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de

condições mínimas de vida e de desenvolvimento da personalidade humana.

Observa-se neste ponto o enquadramento dos princípios jurídicos aplicáveis às normas constitucionais, que, em sentido amplo e geral, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (1994, p. 450):

[...] é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Assim sendo, segundo Jorge Henrique Schaefer Martins (2005), a Constituição, como palco de positivação dos valores jurídicos básicos de um Estado, é a norma a partir da qual se torna possível a construção da idéia de um sistema jurídico hierarquizado normativo, e os princípios nela inseridos, em especial os direitos fundamentais, constituem o cume mais alto dessa hierarquia.

Segundo o estudo de Carlos Roberto Siqueira Castro (2006), no que toca aos direitos fundamentais do homem, impede reconhecer que o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, sociais e culturais, que as Constituições e os instrumentos internacionais em vigor em pleno terceiro milênio ofertam solenemente aos indivíduos e às coletividades.

Cumprido ressaltar, segundo Rizzatto Nunes (2002), que no atual Diploma Constitucional, o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, podem-se observar as razões de Kildare Gonçalves Carvalho (2005, p. 384), que explica:

A dignidade da pessoa humana, que a Constituição de 1988 inscreve como fundamento do Estado, significa não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio. O termo dignidade designa o respeito que merece qualquer pessoa.

Na mesma frequência, conceitua Francis Delpérée (1999, p. 160) o princípio da dignidade da pessoa humana, veja-se:

O conceito de dignidade da pessoa humana repousa na base de todos os direitos fundamentais (civis, políticos ou sociais). Consagra assim a Constituição em favor do homem, um direito de resistência. Cada indivíduo possui uma capacidade de liberdade. Ele está em condições de orientar a sua própria vida. Ele é por si só depositário e responsável do sentido de sua existência. Certamente, na prática, ele suporta, como qualquer um, pressões e influências. No entanto, nenhuma autoridade tem o direito de lhe impor, por meio de constrangimento, o sentido que ele espera da sua existência. O respeito a si mesmo, ao qual tem direito todo homem, implica que a vida que ele leva dependa de uma decisão de sua consciência e não de uma autoridade exterior, seja ela benevolente e paternalista.

“Vê-se, assim, que a dignidade é, [...], um predicado inerente à condição do homem, uma condição essencial à sua auto-estima, ao respeito por parte de outrem, uma qualidade que é absolutamente fundamental ao gozo pleno da vida” (MARTINS, 2005, p. 38).

Ainda assevera Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 59):

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Sendo assim, segundo Ingo Sarlet (2004), a dignidade da pessoa humana somente terá lugar se houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, em que condições mínimas para uma existência digna sejam garantidas, onde haja limitação do poder e onde a ordem constitucional reconheça e assegure a liberdade, a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais.

Inquestionável, assim, segundo Jorge Henrique Schaefer Martins (2005), haver o texto constitucional brasileiro estabelecido expressamente o Direito de toda pessoa humana à preservação de sua dignidade, e, no intuito de resguardá-lo, “estabelece o primado dos direitos fundamentais, ao consagrar, em seus primeiros capítulos, um avançado elenco de direitos e garantias individuais, alçando-lhes ao patamar de cláusula pétrea”, o que vem a deixar clara “a vontade constituinte de priorizar os direitos humanos como traço peculiar da Lei Suprema em vigor” (ROCHA, 1999).

Assim, são os direitos ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à

liberdade e à propriedade, todos estes princípios previstos na Constituição Federal, no artigo 5º e seus respectivos incisos.

No âmbito da Constituição brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da pessoa e que com base nesta é que devem aqueles ser interpretados. [...] Desse modo, a dignidade é um valor que informa toda a ordem jurídica, se assegurados os direitos inerentes à pessoa humana. Os direitos fundamentais constituem, por isso mesmo, explicitações da dignidade da pessoa, já que em cada direito fundamental há conteúdo e uma projeção da dignidade da pessoa (CARVALHO, 2005, p. 386).

“É por isso que se torna necessário identificar a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana” (NUNES, 2002).

“Assim, para definir dignidade é preciso levar em conta todas as violações que foram praticadas, para, contra elas, lutar” (NUNES, 2002).

[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mesta. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda estrutura nelas esforçadas (MELLO, 2008, p. 943).

Qualquer violação aos preceitos constitucionais gera lesão grave aos princípios fundamentais do ser humano. A transgressão de um princípio jurídico pode ser considerada mais grave que a ofensa a uma norma.

### 3.1 DA LIBERDADE PESSOAL

Uma das maiores virtudes do ser humano é sua liberdade, sobre ela cumpre fazer uma análise.



“A liberdade do indivíduo está, sem qualquer dúvida, em patamar superior no que tange aos direitos do ser humano, somente se podendo considerá-lo em condição inferior ao direito à vida” (MARTINS, 2005, p. 42).

A liberdade individual “[...] sempre foi um dos atributos mais importantes do Homem. Toda formação da Ciência do Direito sempre teve como uma de suas bases a proteção da liberdade pessoal. É da natureza do homem nascer livre” (QUIRINO, 1999, p. 13).

Segundo a manifestação de Jorge de Figueiredo Dias (1995), a liberdade do homem, assim considerada, é aquela própria do existir humano (sua liberdade natural), a essência contida no ser homem, possuidor de vontades e aspirações que lhe permitem agir e exteriorizar seus sentimentos na busca de suas realizações. Este é, no dizer do autor, o conteúdo da liberdade concreta, existencial ou pessoal.

Contudo, o enfoque objetivo deste trabalho é a liberdade física, a liberdade de movimentação, pois o termo liberdade é de amplitude considerável, compreendendo o direito à escolha da crença, da atividade profissional, da liberdade política, da liberdade do pensamento, etc.

“A regra constitucionalmente prevista, portanto, é a liberdade, com inúmeros direitos e garantias tuteladores da manutenção desse preceito básico em um Estado de Direito” (MORAES, 2002, p. 393).

Segundo Sérgio Sérulo da Cunha (2004, p. 28):

A liberdade em suas várias manifestações, o poder de ser e de agir como ser humano – aquilo a que podemos designar como liberdades fundamentais – está à base da organização política. Porque a partir delas, sobre elas, e no interesse delas se edificam instituições, governo e Estado, as liberdades fundamentais – poderes sem cuja existência é inconcebível ordem jurídica humana – mais do que pré-positivas, são condições da positividade. São, igualmente, seu norte: o primeiro objetivo da instituição jurídica é a instauração de uma ordem que permita a preservação e expansão das liberdades.

Seguindo este entendimento Carlos Alberto Bittar (1995 apud QUIRINO, 1999, p. 13), afirma que essa liberdade parece não ser absoluta. Ainda, segundo Jean-Jacques Rousseau (1991), como membro de uma sociedade civilizada é natural que a liberdade seja restringida em determinadas situações, previamente firmadas pelo corpo social. De acordo com autor, essa restrição à liberdade pessoal é um mal necessário para que haja equilíbrio e respeito aos direitos de cada

componente da sociedade considerada e, assim, seja impossibilitado que permaneça à mercê de arbitrariedades do mais forte.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso II, proclama o direito à liberdade, assim como segue:

O art. 5º, II, da CF preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas, conforme as regras de processo legislativo constitucional, podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral (MORAES, 2002, p. 197).

Adverte Arnaldo Quirino (1999, p. 14) que, no tocante ao *quantum*, poderá agir o poder do Estado:

As restrições impostas à liberdade pessoal devem ser somente as necessárias à manutenção do convívio pacífico e harmonioso dos indivíduos, preservando-a sempre que possível, mas não apenas a ela como também e sobretudo todos os direitos inerentes à personalidade, pois o homem tem que ter preservada sua vocação natural para decidir sobre seus rumos e sobre si mesmo, afirmando-se na sociedade em que vive.

Ressalta-se, também, conforme leciona Carlos Alberto Bittar (1995), que, respeitando a tradição do Direito moderno, a Constituição Federal brasileira de 1988 (e outras anteriores) proclama o direito à liberdade, como já descrito em seu artigo 5º, inciso II, bem como protege a liberdade pessoal, assegurando a livre locomoção do indivíduo, visualizado em seu artigo 5º, inciso XV, protegendo-o de prisões ilegais e arbitrárias, estabelecidas em seus incisos LXI - LXVIII, do mesmo artigo constitucional.

Nos dizeres de Luiz Antonio Soares Hentz (1996, p. 37) “a proteção à liberdade pessoal se justifica ante os abusos cometidos contra os direitos do homem, por razões que vão desde o desconhecimento dos limites em que se inserem ao flagrante desrespeito aos limites conhecidos.”

Yussef Said Cahali (1998) ainda argumenta sobre as garantias e poderes mantidos pelo Estado e que, na verdade, impõe-se ao Estado de Direito o reforço da garantia dos direitos individuais do cidadão, devendo ser coibido a prática de qualquer restrição injusta à liberdade individual, decorrente de ato abusivo da autoridade judiciária, e fazendo resultar dela a responsabilidade do Estado pelos danos causados.

### 3.2 DA RESTRIÇÃO DA LIBERDADE PESSOAL PELO ESTADO

Assim como o homem, a própria Ciência do Direito evoluiu: reconheceu o direito à liberdade pessoal como um bem inalienável, tão importante como o direito à vida, gozando, portanto, da proteção do Estado. Só que essa liberdade não pode ser irrestrita, havendo limites para seu exercício, como é normal numa sociedade que preza pelos valores da justiça e igualdade de seus cidadãos (QUIRINO, 1999, 17).

Naturalmente, porém, que esta liberdade positiva não pode ser, no homem, uma liberdade absoluta na medida em que o homem vive no mundo, confronta-se com outros entes, limita-se por eles, rege-se por leis do mundo e depende delas. E todavia ele tem que existir no mundo, apesar de todas as limitações e condicionamentos, apesar da posse incompleta de si próprio. Por isso a concreta liberdade humana implica sempre condicionamento, obstáculo, resistência e é sempre oposição, processo, luta [...] (DIAS, 1995, p. 145).

Importante destacar que o Estado possui força para aplicação da Lei, pois é com esta força que ele age protegendo os direitos dos cidadãos, assim como ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 100):

[...] os princípios que estão na base de toda função administrativa do Estado, é necessário examinar alguns dos poderes que deles decorrem para as autoridades administrativas; tais poderes são inerentes à Administração Pública pois, sem eles, ela não conseguiria fazer sobrepor-se a vontade da lei à vontade individual, o interesse público ao interesse privado.

Por tal razão, possível a assertiva de que:

A pretensão punitiva decorre do direito concreto de punir que surge para o Estado após a prática do delito. Ela é a exigência de que o jus puniendi do Estado prevaleça sobre o direito de liberdade do autor da infração penal, com a sujeição deste à pena cabível na espécie (Marques, José Frederico, [s/d] apud MARTINS, 2005, p. 45).

Na mesma esteira, segundo Arnaldo Quirino (1999, p. 17):

O limite ao exercício da liberdade é demarcado pelas leis do Estado, que visam à proteção dessa mesma liberdade conferida aos outros membros do corpo social, justificando-se devido ao fato da existência de constantes abusos e arbitrariedades praticadas por maus cidadãos, que não observam

ou que se dedicam ao descumprimento das regras de conduta impostas pelo Estado.

Como já mencionado anteriormente, a restrição imposta à liberdade pessoal deve ser somente o necessário e suficiente para que seja atingido o equilíbrio entre os indivíduos no convívio social. Todavia, destaca-se, neste ponto, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Brasil pelo Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992, que prevê em seu art. 32 os deveres e os direitos a serem respeitados por todos:

Artigo 32 - Correlação entre deveres e direitos

§1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.

§2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática (BRASIL, 1992a).

Frisa-se, ainda, nos dizeres de Arnaldo Quirino (1999, p. 17), que:

Ao legislador é delegada a tarefa de criar as normas que visam limitar o direito à liberdade pessoal ou de locomoção, legitimando e possibilitando a ação do Estado nesse campo, já que o referido direito tem seu exercício condicionado às exigências da sociedade e aos interesses do bem comum.

Neste sentido, bem coloca Luiz Antonio Soares Hentz (1996, p. 52) que “[...] embora a privação da liberdade, como ato praticado *ex vi legis* pelo Estado, se revista de um poder, o exercício, como em qualquer poder estatal, deve obedecer a princípios gerais e se sujeita a limites traçados previamente pelo legislador [...]”

Assim, ao Estado cumpre garantir e respeitar o direito à liberdade, reconhecido constitucionalmente. Pois, enquanto a proteção ao *status libertatis* é o objeto do direito à liberdade pessoal, a sua garantia é o objeto do Estado, ao qual compete, por intermédio das leis, fornecer instrumentos que assegurem a regalia e a projetam contra os abusos de toda ordem (HENTZ, 1996).

### 3.3 A PRISÃO COMO INSTRUMENTO DE RESTRIÇÃO DA LIBERDADE PESSOAL

Fernando da Costa Tourinho Filho (2006, p. 403) conclui, “que o Poder Público existe, precipuamente, para manter a ordem e assegurar os direitos de todos.”

Como já afirmado por Arnaldo Quirino, para assegurar o equilíbrio do convívio social, ao Estado é dado o direito de restringir a liberdade do indivíduo. O mesmo autor, ainda, pondera o seguinte:

São várias as razões que determinam a necessidade dessa restrição, como, por exemplo, assegurar a continuidade da ordem e da paz social, ao mesmo que se retira do meio social aqueles maus cidadãos que transgrediram as normas de conduta preexistentes. Tal restrição à liberdade física surge como forma de sanção jurídica, podendo-se falar mesmo em punição no sentido de “retribuição, reprovação e castigo”, como definido pela doutrina (QUIRINO, 1999, p. 19).

Esta liberdade, porém, não pode ser irrestrita, havendo limites naturais para o seu exercício, sendo amplamente normal numa sociedade que preza pelos valores da justiça e igualdades de seus cidadãos. “Assim, na defesa da ordem, que o Estado deve preservar, natural tenha o Poder Público o dever de impor limitações mais ou menos intensas à liberdade individual, conquanto o faça dentro nos limites do tolerável” (Tourinho Filho, 2006, p. 403).

Guilherme de Souza Nucci (2007a, p. 549) argumenta sobre o poder de privar a liberdade de alguém que o Estado possui em suas mãos, veja-se:

O Estado tem na pena de prisão, o seu instrumento maior de restrição da liberdade individual, impondo ao mau cidadão a perda do seu “status libertatis”. [...] À luz da atual Constituição Federal, a única autoridade competente para a decretação da prisão, Brasil, é a judiciária, conforme previsão feita nas regras de organização judiciária.

Acentua Jorge Henrique Schaefer Martins (2005, p. 44) que “pode, no entanto, vir a ser cerceada em condições especialíssimas, desde que se faça presente o conjunto de razões legais, previamente definidas, que justifique a restrição.”

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho (2006), sendo a liberdade um dos direitos fundamentais do homem, natural deva a Constituição preservá-la, e

lembrando que a liberdade não é o direito de alguém fazer o que bem entender mais sim o de fazer o que a lei não proíbe.

Nesta esteira, ressaltando os direitos fundamentais do cidadão, Fernando da Costa Tourinho Filho (2006, p. 404) coloca que a Constituição Federal tem por objetivo *maxime* resguardar a liberdade do cidadão, bem como as garantias que este possui em qualquer espécie de prisão, *verbis*:

Mesmo admitindo a privação da liberdade individual, a Carta Magna, por outro lado, procurou resguardar o cidadão de toda e qualquer extra-limitação do Poder Público. Daí os direitos consagrados no art. 5.º, III, XLIX, LIV, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI e LXXVIII. *Verbis*:

“Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”

“É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.”

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

“A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.”

“O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”

“O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.”

“A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.”

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

“A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

A Constituição Federal de 1988 trouxe diversas disposições sobre o processo penal e sobre a prisão, de modo conseqüente que o Código de Processo Penal deva sofrer uma releitura, adaptando-se aos princípios constitucionais.

Portanto, têm-se como limite aplicado aos exercícios da liberdade as demarcações dadas pelas leis do Estado em seus dispositivos legais, que visam à proteção dessa mesma liberdade conferida a todos os membros do corpo social.

A restrição imposta à liberdade pessoal deve ser somente o necessário e suficiente para que seja atingido o equilíbrio entre os indivíduos no convívio social. Esse limite, [...], imposto pela lei, somente será legítimo quando concebido pelos autênticos representantes da sociedade (QUIRINO, 1999, p. 17).

Arnaldo Quirino (1999) corrobora e acentua alegando que o Estado tem na pena de prisão (ou pena privativa de liberdade) seu instrumento maior de

restrição da liberdade individual, impondo ao mau cidadão a perda de seu *status libertatis*. Todavia, além de prevenção geral a bens e interesses da sociedade, a doutrina moderna tem considerado que a prisão deve ter por finalidade maior a ressocialização do indivíduo, tornando-o novamente um bom cidadão cumpridor das regras sociais.

Luiz Flávio Gomes (1995, p. 120) comenta a respeito:

Atualmente, tendo em vista a preocupação com a ressocialização do indivíduo, buscam-se formas alternativas à pena de prisão, evitando-se sempre que possível a “carcerização” do indivíduo, sendo essa a tendência do direito penal moderno, conforme nos indica a doutrina recente que trata do tema; a ressocialização está baseada principalmente na idéia de se oferecer auxílio terapêutico ao indivíduo, procurando-se com isso sua reintegração e readaptação ao convívio social, pois a prisão não pode ser um fim em si mesma, um castigo somente; o cumprimento da pena de prisão deve também ter um caráter utilitário-social.

Segundo Arnaldo Quirino (1999), o direito penal buscou evitar, sempre que possível, o encarceramento daquele que foi condenado à pena corporal de curto período, de forma que a ressocialização do indivíduo seja alcançada pela aplicação de penas alternativas, finalidade que pode não ser atingida caso esse mesmo condenado seja submetido às influências nefastas do sistema carcerário brasileiro.

Lembra-se que deverão ser respeitadas todas estas garantias previstas pela Constituição Federal para salvaguardar a liberdade de qualquer cidadão, bem como para prevenir qualquer abuso cometido pelo Estado, que conseqüentemente realize uma prisão ilegal.

### 3.4 DA VINCULAÇÃO DO PODER PÚBLICO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo José Carlos Vieira de Andrade (1987), o art. 18/1 da Constituição da República Portuguesa assume a função de reforçar o caráter vinculante das normas de direitos fundamentais, que ressalta o dever específico dos poderes públicos de respeitar e promover os direitos fundamentais.

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas (PORTUGUAL, 2009).

Em comparação com a Constituição Federal de 1988, segundo Ingo Sarlet (2001), diversamente do que enuncia o art. 18/1 da Constituição da República Portuguesa, que expressamente prevê a vinculação a vinculação das entidades Públicas e privadas aos direitos fundamentais, a lei constitucional brasileira, neste particular, ficou silente na formação do seu art. 5º, § 1º, limitando-se a proclamar a imediata aplicabilidade das normas de direitos fundamentais.

Ainda, ressalta Ingo Sarlet (2001, p. 326):

A omissão do constituinte não significa, todavia, que os poderes públicos (assim como os particulares) não estejam vinculados pelos direitos fundamentais. Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível. Assim, [...], o legislador, além de obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (e nesta medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental.

Assim, segundo Jorge Miranda (1993), inexistente ato de entidade pública que seja livre dos direitos fundamentais. De acordo com um critério formal e institucional, os detentores do poder estatal se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também em sentido material e funcional, todas as funções exercidas pelos órgãos estatais o são.



#### 4 A RESPONSABILIDADE CIVIL E SEU CONCEITO

Atualmente a tendência de não se deixar irressarcida uma vítima de qualquer ato ilícito ocorrido vem saturando consideravelmente o Poder Judiciário de ações indenizatórias das mais variadas espécies.

“A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos” (STOCO, 2004, p. 118).

Ressalta-se que para a configuração da responsabilidade, deverá existir um dano e, conseqüentemente, existindo um dano, aplica-se uma penalidade ao seu causador, como forma de correção para que este não venha cometer mais o ato ilícito praticado.

Nesta esteira, segundo Rui Stoco (2004), a culpa como fundamento e ponto fulcral da responsabilidade perderá em importância, posto que a imposição da obrigação de reparar independentemente da verificação de culpa é, sem dúvida, uma tendência do Direito moderno, atos estes que já se aplicam pelos artigos 186, 187 e 927 todos do Código Civil brasileiro.

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 23).

Seguindo o entendimento de Sérgio Cavalieri Filho (2005, p. 23), a noção de responsabilidade, em sentido etimológico, exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido amplo, designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico.

O artigo 186 do Código Civil consagra uma regra universalmente aceita: a de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo (GONÇALVES, 2006, p. 32). Sendo assim, corrobora Sérgio Cavalieri Filho (2005, p. 24) afirmando que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

Seguindo este entendimento, a título de esclarecimento, cumpre ressaltar a distinção entre obrigação e responsabilidade, que nos dizeres de Sérgio Cavaliere Filho a “obrigação é sempre um dever jurídico originário; Responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro” (2005, p. 24).

“O que interessa, quando se fala de responsabilidade, é aprofundar o problema na face assinalada, de violação da norma ou obrigação diante da qual se encontrava o agente” (STOCO, 2004, p. 119).

Segundo Rui Stoco (2004, p. 120), se resumir for possível, pode-se dizer que a responsabilidade civil traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem laedere*) implícito ou expresso na lei.

#### 4.1 DA RESPONSABILIDADE POR ATOS DO PODER PÚBLICO

A responsabilidade do Estado somente apresentou suas características indenizatórias no contexto atual do Direito, sendo que “poucos vestígios revelam-nos a história do Direito romano, de responsabilidade do Estado por danos que fossem causados aos particulares; o máximo é referir-se às indenizações que eram pagas com desapropriações, e ainda assim restritamente” (BUHRING, 2004, p. 76).

“O tema da responsabilidade civil do Estado tem inspirado vasta literatura, na justa medida das incertezas e variações que suscita” (DIAS, 2006, p. 771). “A responsabilidade civil se assenta, segundo a teoria clássica, em três pressupostos: um dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano” (GONÇALVES, 2006, p. 04).

Segundo Alexandre de Moraes (2006), a Constituição Federal prevê 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, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988:  
As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa

qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

Também neste sentido, Alexandre de Moraes (2002, p. 896) trata sobre a responsabilidade, onde lembra que:

A responsabilidade patrimonial e extracontratual do Estado, por comportamentos administrativos, origina-se da teoria da responsabilidade pública, com destaque para a conduta ensejadora da obrigação de reparabilidade, por danos causados por ação do Estado, por via de ação ou omissão. O dever público de indenizar depende de certas condições: a correspondência da lesão a um direito da vítima, devendo o evento implicar prejuízo econômico e jurídico, material ou moral.

Nesta senda, pode-se observar que somente será responsável o Estado se forem preenchidos todos os requisitos para a sua responsabilização, qual sejam, o efetivo ato ilícito (ação ou omissão) e que realmente cause um prejuízo para a outra parte.

Desta feita, salienta-se que a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica, sendo responsabilidade civil, por ser de ordem pecuniária, não recaindo para a Administração Pública tal responsabilidade, a respeito Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1998, p. 408) adverte:

Fala-se, no entanto, com mais freqüência, de responsabilidade resultante de comportamentos da Administração Pública, já que, com relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, essa responsabilidade incide em casos excepcionais. Trata-se de dano resultante de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. E a responsabilidade é sempre civil, ou seja, de ordem pecuniária.

Atualmente a legislação, a doutrina e a jurisprudência reconhecem que as pessoas jurídicas, seja de Direito público, seja de Direito privado, prestadoras de serviços públicos, têm o dever, a obrigação, de ressarcir os danos causados (BUHRING, 2004).

Pode-se, portanto, dizer que a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos (DI PIETRO, 2006, p. 618).

Nesta senda, segundo Alexandre de Moraes (2002), cumpre ressaltar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, os quais norteiam a responsabilidade civil do Estado, consagrando as normas regentes da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, devendo todos respeitar os princípios, sob pena de arcar com o prejuízo causado a qualquer cidadão.

#### 4.1.1 Teoria da irresponsabilidade do Estado

Nesse passo, cumpre estudar a época em que não existia responsabilidade do Estado, conhecido como período da irresponsabilidade.

A idéia de uma responsabilidade pecuniária da Administração era considerada como um entrave perigoso à execução de seus serviços. Retratam muito bem essa época as tão conhecidas expressões: “O rei não erra” (*the king can do no wrong*), “O estado sou eu” (*L’État c’est moi*), “O que agrada ao príncipe tem força de lei” etc (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 248).

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1997), a teoria da irresponsabilidade vem desde a época dos Estados Absolutos, fundados na idéia de soberania, cujo poder absoluto do monarca se fundava, de acordo com sua convicção, na teoria divina dos reis, que eram os representantes de Deus e em seu nome agiam. Essa teoria predominou nos primórdios do Estado despótico e absolutista, que colocava os soberanos acima das leis, no qual monarcas e agentes não respondiam, em qualquer que fosse o caso, pelos danos causados aos súditos.

Os Administrados tinham apenas ação contra o próprio funcionário causador do dano, jamais contra o Estado, que se mantinha distante do problema. Ante a insolvência do funcionário, a ação de indenização quase sempre resultava frustrada (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 249).

Neste sentido, José Cretella Junior (1995, p. 85) elucida que também foi chamada esta teoria de teoria *regalista*, *regaliana* ou *feudal*, pois consagrava o

princípio de que o Estado desconheceria toda forma de prejuízos que seus funcionários, por ação ou omissão, causassem a terceiros.

Sustentava-se que o Estado e o funcionário são sujeitos diferentes, pelo quê este último, mesmo agindo fora dos limites de seus poderes, ou abusando deles, não obrigava, com seu fato, a Administração (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 249).

Nesta esteira, tem-se, com a evolução do Estado e sua sociedade, a inteira rejeição da teoria da irresponsabilidade, perante o modelo brasileiro. Desta feita, denota-se que este entendimento encontra-se inteiramente superado pela legislação pátria que buscou igualar os poderes e garantir a segurança dos cidadãos.

Para conforto, porém, dos que enfrentam a questão, velha controvérsia já se pode dar por finda. Nenhuma dúvida mais subsiste no tocante à rejeição da irresponsabilidade absoluta do Estado. Isso é particularmente válido no direito brasileiro, em que pese a certas bem-intencionadas, mas mal informadas autoridades, pelo erro de visão de considerar que toda ação contra o Estado é um assalto aos cofres públicos, num verdadeiro abuso de generalização (DIAS, 2006, p. 773).

Foi assim que se passou, numa segunda fase, para uma concepção civilista da responsabilidade estatal, fundada na culpa do funcionário e nos princípios da responsabilidade por fato de terceiro (patrão, preponente, mandante, representante) (CAVALIERI FILHO, 2005).

Em mesmo raciocínio, Sérgio Cavalieri Filho (2005, p. 249) adverte:

Cedo constatou-se, todavia, que o Estado não é representado por seus agentes, mas age através deles e dos órgãos em que atuam. Como pessoa jurídica que é, o Estado não tem vontade nem ação, no sentido de manifestação psicológica e vida anímica própria. [...] Pela teoria do órgão ou (organicista) o Estado é concebido como um organismo vivo, integrado por um conjunto de órgãos que realizam as suas funções.

Percebe-se por este fundamento, em raciocínio lógico, que o princípio da irresponsabilidade do Estado não poderia subsistir por mais tempo.

O foco problema desviou-se para a culpa que o agente teria pelo ato cometido, sendo este ato causador de danos a terceiros e devidamente comprovado para o seu ressarcimento.

O fulcro, então, da obrigação de indenizar era a culpa do agente. É a teoria da culpa civil. Essa culpa ou dolo do agente público era a condicionante da responsabilidade patrimonial do Estado. Sem ela incoorria a obrigação de indenizar. O Estado e o indivíduo eram, assim, tratados de forma igual. Ambos, em termos de responsabilidade, respondiam conforme o Direito Privado, isto é, se houvessem se comportado com culpa ou dolo. Caso contrário, não respondiam (GASPARINI, 1995, p. 589).

Neste histórico relatado, observa-se como fato importante que serviu de marco para o Direito, o conhecido caso da menina Agnès Blanco, sendo este o surgimento da responsabilidade do Estado, que se deu inicialmente na França, assim como segue:

A menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo (que transportava matéria-prima. Esta companhia pertencia ao Estado), seu pai promoveu ação civil de indenização, (contra o Prefeito do Departamento da Gironda) com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. (a ordem jurídica declarou-se incompetente para tomar conhecimento do caso. A ordem administrativa também. Ocorreu assim um conflito de atribuição). Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode se reger pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que viriam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados (DI PIETRO, 1998, p. 410).

Nota-se que um tribunal administrativo, embora sem uma lei expressa, baseado em regras, e não em princípios civis, aplicou a responsabilidade do Estado pelo funcionamento de serviço público.<sup>1</sup>

“O grande mérito dessa teoria da culpa foi justamente o rompimento com os argumentos usados, até então, para justificar a irresponsabilidade do Estado, contrapondo sua essência, conteúdo e aplicabilidade” (BUHRING, 2004, p. 96).

---

<sup>1</sup> Texto original: “Em 1873 el Tribunal de Conflictos de Francia resolvió em caso “Blanco”, donde se establece que La responsabilidad del Estado no surge del texto positivo de La legislación civil, sino de un principio superior de justicia” (PALAZZO, 1995, p. 11).

#### 4.1.2 Teoria da culpa anônima

A noção civilista da culpa ficou ultrapassada, passando-se a falar em culpa do serviço ou falta do serviço (*faute Du service*, entre os franceses), que ocorre quando o serviço não funciona, funciona mal ou funciona atrasado (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 250).

No sistema em que a responsabilidade só se configura em face da culpa de determinado agente do poder público, essa distinção é necessária, porque a falta pessoal, ainda quando praticada no exercício do cargo, só empenha a responsabilidade do agente, ao passo que a falta do serviço acarreta a responsabilidade do Estado, como inerente à função (DIAS, 2006, p. 773).

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 180), a possível ausência de um agente público em exercício as suas obrigações estatais gera sim responsabilidade do Estado, pela falta de vigilância que deve ter o Estado para com seus servidores.

Nesta senda, ainda argumenta Sérgio Cavalieri Filho (2005, p. 251) que:

[...] a culpa anônima ou falta do serviço público, geradora de responsabilidade do Estado, não está necessariamente ligada à idéia de falta de algum agente determinado, sendo dispensável a prova de que funcionários nominalmente especificados tenham incorrido em culpa.

Corroborando com o entendimento, Celso Antonio Bandeira de Mello (2001, p. 809-810), assevera:

É mister acentuar que a responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê), não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), [...] é provável que a causa do equívoco de se supor que a responsabilidade pela *faute du service* seja responsabilidade objetiva, pela defeituosa tradução que a mesma recebeu, pois o significado de *faute* em Francês é culpa e não ausência ou falta.

Neste sentido, segundo Sérgio Cavalieri Filho (2005, p. 251):

Convém, ainda, registrar que em inúmeros casos de responsabilidade pela falta do serviço admite-se a presunção de culpa em face da extrema

dificuldade, às vezes intransponível, de se demonstrar que o serviço operou abaixo dos padrões devidos, casos em que se transfere para o Estado o ônus de provar que o serviço funcionou regularmente, de forma normal e correta, sem o quê não conseguirá elidir a presunção e afastar sua responsabilidade.

Afirmada esta tese da responsabilização, e posto o Estado em igualdade de condições em face dos particulares, exigia-se a comprovação da culpa, o que demandava, ao já vitimado por um dano, um acrescido ônus (BUHRING, 2004, p. 97).

#### **4.1.3 Da responsabilidade objetiva do Estado**

O intervencionismo estatal fomentou uma maior objetivação da responsabilidade do próprio Estado, vez que a noção de culpa já não era mais fundamental para a responsabilização, assim, procurou a doutrina novos fundamentos para a teoria objetiva.

Nesta esteira, segundo Oreste Nestor de Souza Laspro (2000), a responsabilidade objetiva do Estado encontra seu fundamento tanto nos princípios da igualdade, por conduzir à responsabilidade de todos frente aos ônus do Estado, como da equidade, de que todo aquele que causa prejuízo deve ressarcir.

Sérgio Cavalieri Filho (2005, p. 161), aponta a forma em que é caracterizada a responsabilidade do Estado:

Na responsabilidade Objetiva, descarta-se qualquer indagação em torno da culpa do funcionário causador do dano sobre a falta do serviço ou culpa anônima da Administração, responde o Estado por que causou dano ao seu administrado, simplesmente porque há relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular.

Para Guilherme Couto e Castro (1997), é objetiva a responsabilidade do Poder Público, em razão de atos de seus agentes, baseada na teoria do risco administrativo, expressamente aludido às pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviço público. Quando a ofensa resultar de conduta administrativa, basta comprovar o nexos de causalidade entre a ação e o resultado, independentemente do elemento subjetivo, havendo responsabilização.



A responsabilidade do Estado, para ser configurada de maneira objetiva, deve preencher, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1998, p. 414), cinco requisitos indispensáveis:

1. Que se trata de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços público [...]; 2. Que essas entidades prestem serviços públicos, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada [...]; 3. Que haja um dano causado a terceiros em decorrência da prestação de serviço público; aqui está o nexos de causa e efeito; 4. Que o dano seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas [...]; 5. Que o agente, ao causar o dano, aja nessa qualidade; no basta ter a qualidade de agente público, pois, ainda que o seja, não acarretará a responsabilidade estatal se, ao causar o dano, no estiver agindo no exercício de suas funções.

Sérgio Cavalieri Filho (2005, p. 252), acentua que “a evolução desta matéria de direito foi proclamada com a responsabilidade objetiva do Estado, isto é, independentemente de qualquer falta ou culpa do serviço, desenvolvida no terreno próprio do Direito Público”.

Em suma, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2005), o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição do ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseqüente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.

Explana Sérgio Sérulo da Cunha (2004), que os governos republicanos respondem civilmente pelo ilícito praticado pelos seus agentes, enquanto agentes.

Segue este raciocínio Nelson Nery Costa e Geraldo Magela Alves (2006, p. 138) em colocar que:

A administração, com a teoria do risco, responde por qualquer ato que provocar um dano por agente seu, posição reafirmada com a redação do §6º, do art. 37, da CF, extensiva tanto às pessoas jurídicas de direito público, como às de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Segundo Sérgio Sérulo da Cunha (2004), existe ainda o entendimento da responsabilização constitucional, onde esclarece que esta nada tem haver com o dano, ressarcimento ou indenização, e diz respeito, antes, ao correto funcionamento das agências de governo. A responsabilização constitucional é meio repressivo, em que se nota a função sancionatória a serviço da função de controle. O objetivo do

controle não é a aplicação da sanção, mas o correto funcionamento da Administração Pública. Resumindo: a responsabilidade constitucional diz respeito à efetividade da Constituição.

#### 4.1.4 Teoria do risco

Segundo Rui Stoco (2004), o Código Civil de 2002, embora ainda adote a culpa como pressuposto e fundamento da responsabilidade, admite, por exceção, a responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único), acolhendo a teoria do risco como justificativa para impor obrigações.

Visualizando o aprimoramento e a complexidade das relações existentes, e são muitas e de diversas espécies, o direito brasileiro, demonstra significativos avanços, adaptando conceitos que visam garantir a todos os cidadãos de bem e aos menos favorecidos o mesmo direito exercido pelos mais abastados, mantendo-se assim o equilíbrio harmônico entre as partes.

“As principais teorias do risco, também chamadas de *teorias publicistas, objetivas por natureza*, fundadas na lei, surgidas nessa época, foram a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo” (BUHRING, 2004, p. 109).

##### 4.1.4.1 Teoria do risco integral

Segundo Caio Mário da Silva Pereira (1992) a teoria do risco é fundamentada na noção de que, quem exerce determinada atividade deve suportar os ônus e riscos dessa atividade.

Ainda esclarece o mesmo autor (PEREIRA, 1992, p. 268):

Risco é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma atividade qualquer, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, [...].

Nesta esteira, ainda, segundo Gasparini (1995, p. 591), entende-se por teoria do risco integral a obrigação de o Estado indenizar todo e qualquer dano, desde que esteja envolvido no respectivo evento.

Cretella Júnior (1995, p. 88) complementa afirmando que:

O princípio da igualdade de ônus e encargos, tanto sociais como públicos, é o fundamento dessa teoria, pois é o Estado uma verdadeira empresa em funcionamento, e, ao funcionar, corre riscos, que devem ser suportados pela empresa, ou seja, pelo Estado.

Cumprе ressaltar, pelos pensamentos de Sérgio Cavalieri Filho (2005), que a teoria do risco integral não se confunde com a do risco administrativo, muito embora autores neguem a existência de qualquer distinção entre elas, chegando, mesmo, a sustentar que tudo não passa de uma questão de semântica. O risco integral e o risco administrativo seriam rótulos diferentes para designar coisas iguais. A realidade, entretanto, é que a distinção se faz necessária para que o Estado não venha a ser responsabilizado naqueles casos em que o dano não decorra direta ou indiretamente da atividade administrativa.

Arnaldo Quirino (1999, p. 49) completa:

De fato, a responsabilidade objetiva fundamentada na teoria do risco não depende de culpa e tem como pressuposto o fato de que a pessoa que cria o risco deve indenizar os prejuízos decorrentes de seu empreendimento, ou do risco por ela criado, caso efetivamente produza dano a outrem.

Assim, em raciocínio lógico, pode-se observar que a incidência da teoria do risco integral não admite excludentes de responsabilidade, tais como caso fortuito, força maior, ação de terceiros ou da própria vítima, bastando à relação de causa e efeito entre o ato ilegal e os prejuízos então advindos.

#### 4.1.4.2 Teoria do risco administrativo

Segundo Rui Stoco (2004, p. 971) “o Estado responde pela reparação dos danos causados pelos seus serviços, em virtude de seu mau funcionamento, ainda que não se verifique a culpa de seus encarregados ou prepostos”.

A Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Conseqüentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus de sua atividade, independentemente de culpa dos agentes (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 252).

Ainda, nesse entendimento, Márcia Andrea Buhning (2004, p. 116) coloca:

A obrigação de o Estado indenizar o dano surge do ato lesivo de que foi o causador, não se exigindo nem a culpa do agente público, nem a culpa do serviço, sendo suficiente a prova da lesão, causada por agente da Administração Pública. A culpa é decorrente do risco que a atividade pública gera para os administrados, pois possui a administração inúmeras e variadas atividades, que, ao mesmo tempo em que beneficiam toda coletividade, restringem direitos e garantias individuais e coletivas.

Toshio Mukai (1999, p. 105) ressalta que “a atividade de risco do Estado possui uma maior instabilidade quando da utilização do Poder de Polícia, cuja falta de fiscalização ou mesmo o abuso no seu exercício traz responsabilidade tanto por sua ação ou omissão”.

Segundo Odete Medauar (2000), com a possibilidade de ocorrência de danos, mesmo realizando a Administração suas atividades em prol do interesse geral da população, é possível que alguns membros da comunidade venham a sofrer danos causados por agentes públicos, pois, se recebem os benefícios, devem compartilhar também o ressarcimento dos danos causados a alguns.

Com efeito, a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite ao Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexo causal. [...] O risco administrativo, torna o Estado responsável pelos riscos da sua atividade administrativa, e não pela atividade de terceiros ou da própria vítima, e nem, ainda, por fenômenos da Natureza, estranhos à sua vontade. Não significa, portanto, que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado

pelo particular. Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexistir relação da causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não poderá ser responsabilizado (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 253).

Também o pensamento de Yussef Said Cahali (1996) acolhe que a teoria do risco administrativo decorre da teoria objetiva, e, segundo a mesma, a responsabilidade da Administração Pública independe da prova de culpa de seus agentes, sendo bastante para a responsabilização a demonstração do nexo causal entre o ato ilícito praticado e o dano causado. “No Direito brasileiro, a teoria do risco administrativo foi consagrada expressamente pelo art. 37, § 6º, da Constituição” (QUIRINO, 1999, p. 50).

“Por conseguinte, é a teoria do risco a adotada pelo ordenamento brasileiro no que diz respeito à responsabilidade civil do Estado” (BUHRING, 2004, p. 116).

Comprova-se o argumento de Márcia Andrea Buhring pela análise de decisão do Excelso Pretório brasileiro, veja-se:

A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado a vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público (BRASIL, 1996).

Conforme alhures, segue o mesmo entendimento o Superior Tribunal de Justiça, acentuando a responsabilidade pelo risco administrativo que possui o Estado mesmo em danos ocasionados por seus agentes, *in verbis*:

Se o agente público, no exercício de suas funções, pratica dano a terceiro não provocador do evento, há do Estado ser responsabilizado pelos prejuízos causados, em face dos princípios regedores da teoria objetiva. O art. 107 da CF/69, em vigor na época dos fatos, hoje reproduzido com redação aperfeiçoada pelo art. 37, § 6.º, da CF/88, adotou a teoria objetiva da responsabilidade civil do Estado, sob a modalidade do risco administrativo temperado (BRASIL, 1997).

Observa-se que a teoria do risco administrativo é a teoria enquadrada e aplicada ao sistema brasileiro atual, bem como aplicada a responsabilidade objetiva do Estado como parâmetro embasador.

#### 4.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR PRISÃO ILEGAL

O art. 9º, n. 5, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, estabelece o seguinte posicionamento: "Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à reparação" (BRASIL, 1992b).

A Constituição Federal de 1988 colocou perante o direito positivo uma norma de garantia com caráter de direito fundamental, visando à proteção diante de indevida privação da liberdade pessoal, recaindo ao Estado, nessas situações, a responsabilidade civil pela obrigação de indenizar, assim como dispõe o art. 5º, inciso LXXV, da Carta Magna: "O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença" (BRASIL, 1988).

Trilhando o caminho da evolução da responsabilidade civil do Estado, cumpre ressaltar que as prisões processuais, aplicadas antes de uma sentença condenatória, da mesma forma, devem ser enquadradas no entendimento do art. 5º, inciso LXXV, da CRFB/88, por serem medidas excepcionais adotadas pelo ordenamento brasileiro bem como por seguirem uma linha muito tênue do ponto de violar ou não a liberdade e a dignidade do cidadão.

No âmbito das espécies de prisões mencionadas, o volume de maior incidência de prisão ilegal dá-se nos casos de prisão cautelar, muitas vezes em razão de práticas arbitrárias devido ao mau preparo de alguns agentes públicos ou em razão de uma aferição equivocada dos pressupostos que a fundamentam. Pode ocorrer também, por certo, prisão ilegal em face de sentença definitiva, mas sua ocorrência é proporcionalmente menor, mas não menos grave (QUIRINO, 1999, p. 43).

Além disso, "seria um contra senso admitir que o art. 5º, LXXV, mediante pura interpretação gramatical, teria aplicação tão somente à prisão além do tempo fixado na sentença e a advinda do erro judiciário" (MEIRELLES, 2004).

As medidas cautelares no âmbito do processo penal atingem o patrimônio, as provas e a pessoa do investigado. [...] quanto às medidas cautelares pessoais no processo penal porque está em jogo a liberdade do cidadão, o juiz deve adotar redobrada cautela para o seu deferimento. O seu deferimento sem a real necessidade de prejuízo para a ação penal sem dúvida que será considerado constrangimento ilegal e abuso de autoridade por quem a decretar (MACHADO, 2000, p. 68).

Neste sentido, cabe mencionar uma série de condições a ser observado pelo Estado-Juiz, condições estas que naturalmente formam o princípio da necessidade da prisão cautelar, que conjuntamente com o estado de inocência, devem ser respeitados, veja-se:

[...] somente se aplicando em casos nos quais outras medidas de cautela sejam inadequadas e ineficientes em face da presença de algumas condições, a saber: a gravidade do crime praticado; a pena a este cominada; os obstáculos causados pelo agente do fato delituoso para a efetividade do processo penal; o perigo de grave perturbação da ordem pública ou continuação da atividade criminosa. [...] Em face de prevalecer a presunção de inocência do acusado (e não da culpa), até pelo menos o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o Estado-Juiz ou seus agentes deverão aferir a real necessidade de qualquer medida cautelar restritiva do direito à liberdade de locomoção (princípio da necessidade da prisão provisória), quando da prática de delito. Se houver outros meios de se alcançar a efetividade do processo penal e for constatado que a liberdade do acusado não causará prejuízo ao *jus puniendi* estatal ou à sociedade, aquele sagrado direito do indivíduo dever ser preservado, independentemente de requerimento seu (ao contrário do que faz supor a legislação processual em vigor) (QUIRINO, 1999, p. 25).

Complementando o entendimento, Yussef Said Cahali (1998, p. 685)

afirma:

Em linha de princípio seria de aceitar-se que, impondo-se ao Estado a obrigação de indenizar àquele que "ficar preso além do tempo fixado na sentença", estaria também o constituinte implicitamente assegurando à pessoa o direito de ser indenizada em virtude de ordem de prisão cumprida "sem sentença condenatória": sendo injusta ou ilegal a prisão no que exceder o prazo fixado na sentença de condenação, não se compreende que, "zerada" a condenação, seja menos injusta ou ilegal a prisão do réu que nela é mantido se ao final venha ser julgado improcedente a denúncia pela sentença absolutória.

De outra banda, observa-se a existência daqueles que refutam a responsabilidade do Estado, trazendo os seguintes argumentos:

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 decisão 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 lei (DI PIETRO, 2006, p. 627).

Tais entendimentos, atualmente já superados pela legislação pátria, não buscavam a garantia plena dos princípios fundamentais do cidadão, ferindo princípios constitucionais basilares. Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 628) ainda esclarece:

Se fosse aceitável o argumento da soberania, o Estado também não poderia responder por atos praticados pelo Poder Executivo, em relação aos quais não se contesta a responsabilidade. A idéia de independência do Judiciário também é inaceitável para o fim de excluir a responsabilidade do Estado, porque se trata de atributo inerente a cada um dos Poderes. [...] Quanto a não ser o juiz funcionário público, o argumento [...] seria abrangido pela norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal [...]. O argumento mais forte é o que entende que o reconhecimento da responsabilidade do Estado por ato jurisdicional acarretaria ofensa à coisa julgada. [...] Neste último caso, dúvida inexistente quanto à responsabilidade do Estado, prevista no artigo 630 do CPP e, agora, no artigo 5º, LXXV, da Constituição.

Diante disso, observa-se que o Estado, da mesma forma que o cidadão, em respeitar os preceitos basilares constitucionais, não terá argumentos para se declarar ilegítimo em um ato ilegal. “Não há para o Poder Público privilégios ou prerrogativas que possam eximi-lo do dever, que a todos impõe, de preservação da integridade de bens ou direitos protegidos pela segurança da ordem jurídica” (STOCO, 2004, p. 1159).

Desse modo, observa-se a grande evolução que apresentou o Estado em reconhecer a sua responsabilização em decorrência de seus atos, reconhecimento este que parte do respeito aos princípios constitucionais, onde Arnaldo Quirino (1999, p. 51) afirma:

Graças ao avanço da Ciência do Direito, entre nós já não há mais a existência do Estado absoluto, que tudo podia fazer sem que ao menos houvesse imputação de responsabilidade por atos que causassem prejuízos a seus súditos, e modernamente o Direito admite a responsabilidade do Estado, colocando-o como ente público apto a responder pelos danos causados ao particular. Esse avanço fez surgir entre nós o princípio da repartição dos ônus e dos encargos, distribuindo-se de forma igualitária entre os componentes da sociedade os prejuízos acarretados pela ação danosa do Estado aos interesses do particular, compensando ou recompondo os danos experimentados por este último.



Esta evolução se deu graças ao elementar princípio da dignidade da pessoa humana, sendo “o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais” (NUNES, 2002, p. 45).

Nesta esteira, segundo José Joaquim Gomes Canotilho (2000), a atividade estatal que visa à perseguição criminal deve acontecer de maneira mais criteriosa, observando-se os princípios constitucionalmente assegurados a todos os cidadãos, acima de tudo dever ser observado o respeito ao sagrado direito de liberdade, bem como o da dignidade do cidadão, garantido não apenas pela Constituição, mas direito reconhecido mundialmente por todos os ordenamentos jurídicos dos países civilizados.

Consoante aos apontamentos realizados alhures, tem-se a liberdade e a dignidade da pessoa humana como princípios máximos a serem preservados, “logo, é absoluta, plena, não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo” (NUNES, 2002, p. 46).

Se, por um lado, ao Estado é conferido esse poder de restringir a liberdade pessoal, não é menos verdade que esse poder não é absoluto, ficando adstrito as regras fixadas pelo legislador. Essas regras limitadoras da atuação do Estado, em caso não respeitadas, seja por erro ou omissão, acarretam-lhe a obrigação de indenizar o particular (QUIRINO, 1999, p. 44).

Todavia, um cidadão que for prejudicado por decretação de uma prisão cautelar, sendo esta ilegal, terá este cidadão respaldo jurídico para reclamar uma indenização diante da responsabilidade civil do Estado perante o seu ato arbitrário e ilegal. Neste sentido, Arnaldo Quirino (1999, p. 54) afirma:

O particular que for vítima dessas outras espécies de prisões ilegais, particularmente as prisões cautelares, não está desamparado, pois ainda assim poderá ser responsabilizado o Estado com base na norma genérica que lhe impõe a obrigação de indenizar, conforme previsão do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Essa assertiva decorre da análise de todo o sistema constitucional vigente; primeiro, porque a própria Constituição Federal no art. 5º, em seu § 2º, informa: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”; segundo, se a Constituição Federal permite a indenização ao condenado por erro judiciário ou daquele que ficar preso (justificadamente), mas por tempo superior ao marcado pela sentença, deve também permitir a indenização nos demais casos de prisão ilegal (que são situações igualmente graves)

Discorrendo sobre as prisões cumpridas sem a existência de sentença condenatória, Yussef Said Cahali (1998, p. 683) adverte:

Com efeito, não se compreenderia que, sendo injusta a prisão no que exceder o prazo fixado na sentença condenatória, seja menos injusta a prisão do réu que nela é mantido se ao final vem a ser julgada improcedente a denúncia pela sentença absolutória; aliás, do mesmo modo que alguém é recolhido à prisão, e não liberado de imediato, em razão de equívoco da autoridade por erro de identificação ou homonia, o que já vinha do direito anterior.

Em mesma sintonia, Lenilma Cristina Sena Meirelles (2004) acentua:

Quem é condenado e passa mais tempo na prisão que o devido é acobertado pela norma constitucional, no sentido de receber indenização, nessa mesma linha de raciocínio quem não foi sequer condenado, ou em algumas vezes sequer processado ou indiciado e fica preso ilegalmente, de forma indevida, merece, igualmente proteção do Estado, se responsabilizando este pelos danos causados [...].

Em mesmo raciocínio, segundo os estudos de Yussef Said Cahali (1998, p. 677), observa-se:

[...] ordinariamente, considera-se erro judiciário a sentença criminal de condenação injusta. Em sentido amplo, a definição alcança, também, a prisão preventiva sem fundamentação legal e injustificada. 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.

Com estes apontamentos, ressalta-se, pelas palavras de Rui Stoco (1999, p. 542), que "nada justifica - hoje - excluir da possibilidade do erro, no sentido genérico a que se refere a Carta Magna, qualquer tipo de prisão, seja definitiva, decorrente de sentença; seja ela, ainda, preventiva, cautelar ou provisória".

Logo, considera-se que o art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal de 1988 deve ser aplicado abarcando todas as espécies de prisão, sendo amparado pela responsabilidade objetiva do Estado disposta no art. 37, § 6º, do texto constitucional.

Sobre este prisma, observa-se que a jurisprudência tem se manifestado com o mesmo entendimento:

1. O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo prisão ilegal. 2. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser focado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir. 3. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. 4. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado. 5. A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV, da CF. 6. Recurso especial provido (BRASIL, 2000).

Neste mesmo entendimento também se manifestou o Ministro Luiz Fux, afirmando sobre as prisões provisórias que “a absolvição futura revela da ilegitimidade da prisão pretérita”, veja-se:

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 (BRASIL, 2002).

Corroborando com a matéria as afirmações do Juiz Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, ao asseverar a responsabilidade civil do Estado, bem como dos preceitos legais para a decretação de uma prisão:

O estado de privação de liberdade de locomoção irrompe qual exceção, no sistema jurídico; assim, forçando, sempre, à interpretação restrita dos

preceitos. É preciso não esquecer de que a intangibilidade dos valores da pessoa humana consiste em princípio geral de direito; que se fez, na Lei Maior, princípio fundamental. Trata-se da dignidade do indivíduo (art. 1º, inc. III, da Const. da República). Daí, as hipóteses de prisão necessitam despontar indúvidas. Previstas, assim, de modo ostensivo na legislação ordinária, com apontamento dos pressupostos específicos, evitantes do mero arbítrio. Além disto, elas, para se concretizarem, devem exibir clara indispensabilidade e manifesta proporcionalidade, em face do *jus*, que se tutela. Prisão, é o constrangimento físico, pela força ou pela lei, que priva o indivíduo de sua liberdade de locomoção. Prisão indevida, portanto, significa, antes de tudo, ilegalidade e invasão lesante do *status dignitatis* e *libertatis*. O dano moral, dela decorrente, é *in re ipsa*. Vale assentar: surge inerente à própria prisão. Dano que se mostra intrínseco, pois. A Constituição da República, no título reservado aos direitos e garantias fundamentais, assegura a todos os iguais, perante a lei, direito à liberdade; garantindo a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, "assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (art. 5º, caput, inc.X, da Const. da República). A liberdade, como bem maior, tão só, se pode restringir, mediante o devido processo legal e por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, incs. LIV e LXI, da Const. da República). Várias surgem, no direito, as hipóteses de prisão, mas, todas emergem dependentes do mandamento constitucional mencionado. [...] O ilegal encarceramento impõe ao Poder Público a obrigação de indenizar, em razão do direito de liberdade violado (art. 37, § 6º, da Const. da República) (SÃO PAULO, 1999).

Consoante a tudo que fora aduzido, Roberto Delmanto Junior (2001, p. 377/386) acentua:

Somente quando respeitados os direitos de cada um dos cidadãos, indenizando-se, em termos individuais, aqueles que tenham sofrido danos materiais e/ou morais em função de prisões decretadas de forma arbitrária, mantidas em desacordo com as nossas leis, ou, ainda, embora formalmente legais, injustas, posto que seguidas de absolvição, é que o Estado acabará efetivamente respeitando os ditames de nossa Constituição da República, reafirmando, portanto, aqueles valores atinentes ao respeito ao cidadão, ínsitos a uma verdadeira democracia. Em outras palavras, o Estado, nesse âmbito, há que dar o exemplo em também reparar o dano causado a alguém, mesmo que por atos do Poder Judiciário. [...] Usamos a expressão 'verdadeira revolução' ao lembrarmos o art. 9º, nº 5º, do Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos de Nova Iorque, porque, em nosso entendimento, a questão indenização por ato jurisdicional passou a abranger, sem dúvida, toda e qualquer prisão configuradora de constrangimento ilegal, e não somente aquela fruto de comprovado erro judiciário, proferida em sede de revisão criminal. [...] Desta feita, se o art. 5º, LXXV, e o art. 37, § 6º, da Constituição da República parecem esquecer os abusos atinentes à prisão provisória, o referido art. 9º, nº 5º, do Pacto de Nova Iorque impõe um ponto final a essa questão. De qualquer forma, uma vez adotada a responsabilidade objetiva do Estado, através da afirmação da teoria do risco administrativo, afastam-se, neste âmbito, ultrapassadas teorias que deixavam o cidadão absolutamente desamparado, como a da irresponsabilidade total, representada pelos aforismos "*Le roi ne peut mal faire*" e "*The King can do no wrong*", bem como da responsabilidade subjetiva (adotando os princípios da culpa ou dolo do direito civil também para os atos do Estado em face de seus cidadãos), muito bem resumidas por David Alves Moreira, e de certa forma reportada, esta última, no art. 133

do Código de Processo Civil, o qual deve reger, tão somente, a relação entre o Estado e o seu funcionário, e não aquela outra, entre o Estado e o cidadão. Destarte, a ampliação da responsabilidade estatal, com vistas a tutelar a dignidade das pessoas, sua liberdade, integridade física, imagem e honra, não só para casos de erro judiciário, mas também de cárcere ilegal e, igualmente, para hipóteses de prisão provisória injusta, embora formalmente legal, é um fenômeno constatável em nações civilizadas, decorrente do efetivo respeito a esses valores.

“O dever do Estado e o direito do cidadão, com efeito, andam de mãos dadas na Constituição Federal, com a garantia do art. 5.º, LXXV, sendo complementada pelo encargo cominado à Administração Pública no art. 37, § 6.º” (HENTZ, 1995, p. 62).

Desta feita, pode-se observar o forte elo entre o Estado e o direito do cidadão, tanto pelos princípios fundamentais garantidos pelo Estado, como pela responsabilidade do Poder Público pelos atos de seus agentes.

#### **4.2.1 Da responsabilidade dos atos do juiz como agente público, da necessidade de fundamentação da decisão que decretar prisão e da razoável duração do processo criminal**

Observa-se que, quando exerce seu poder de restrição da liberdade pessoal, o Estado está atuando em nome da própria sociedade. Por outro lado, para que possa exercer seu poder de forma legítima, o Estado somente poderá privar a liberdade pessoal respeitando uma série de princípios assim como a lei vigente.

“O juiz é a figura central da jurisdição, tendo o Estado depositado sobre seus ombros o encargo de representá-lo na consecução da atividade jurisdicional” (HENTZ, 1995, p. 89).

Luiz Antonio Soares Hentz (1995, p. 94) afirma sobre a matéria:

Age em nome do Estado na distribuição da justiça o juiz, assim chamados os integrantes dos órgãos singulares e colegiados de jurisdição. Por atuar em nome do Estado, o juiz é tido por agente público, categoria que o coloca como passível de responsabilização pelos danos causados aos particulares (art. 37, § 6.º, da Constituição Federal de 1988).

Neste sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello (2001, p. 814) assevera:

Não se biparte Estado e agente (como se fossem representado e representante, mandante e mandatário), mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade [...] as pessoas suscetíveis de serem considerados agentes públicos são todas aquelas que – em qualquer nível de escalão – tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), pertinente ao Estado [...]. Temos por indubitado que haverá engajamento do estado quando o dano produzido pelo sujeito o foi porque seu autor era um agente estatal. Vale dizer: porque a pessoa que o produziu detinha aquele status jurídico [...]. O que importa é saber se a sua qualidade de agente público foi determinante para a conduta lesiva. Se terceiros foram lesados, em razão de o autor ser funcionário, ocorreu o bastante para desenhar-se hipótese de responsabilidade estatal.

“Tratando-se do juiz, considerá-lo agente público é basilar para a responsabilidade regressiva, assim como para que responda a pessoa jurídica de direito público pelos danos que causar a terceiros” (HENTZ, 1995, p. 95).

Sérgio Cavalieri Filho (2005, p. 285) entende que atuando com dolo em suas funções, o juiz deverá também ser responsável por tais atos, veja-se:

Tenho sustentado que a responsabilidade do juiz, em que pese às respeitáveis opiniões em contrário, não exclui a do Estado, por uma razão muito simples. Se o Estado responde, como já sustentado, pela simples negligência ou desídia do juiz, por mais forte razão deve também responder quando ele age dolosamente. Em ambos os casos o juiz atua como órgão estatal, exercendo função pública.

Consoante ao que foi dito, observa-se o artigo 133 do Código de Processo Civil, onde aduz que o juiz será responsável quando no exercício de suas funções, proceder com fraude ou dolo, assim como quando se recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Diante disso, observa-se que a Lei nº 35 de 1979 (BRASIL, 1979), que dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, trata em seu art. 49 sobre a responsabilidade que o magistrado possui pelos seus atos, veja-se:

Art. 49 - Responderá por perdas e danos o magistrado, quando:  
I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;  
II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes.

A respeito da matéria, observar-se:

O acto de decidir num processo judicial é já em si uma assunção pública de responsabilidade, obrigatoriamente fundamentada, registada e posta à disposição de quem a queira apreciar, controlar e impugnar, em condições de transparência e de acessibilidade ímpares em todo o aparelho do Estado. Daí que a responsabilidade esteja sempre presente na actividade do juiz e, como é sabido, só quem decide é que está sujeito a errar, ainda mais quando se é obrigado a estudar e a decidir um número excessivo de processos, sem qualquer apoio ou assessoria (PEREIRA, 2005).

Assim, cumpre observar o que acima se menciona, que o juiz será sim responsável pelos seus atos, desde que seja comprovado o dolo ou fraude executado, podendo assim o Estado propor o direito de regresso.

Nesta esteira, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (1994), a noção de servidor público como foi aplicada na Constituição Federal, foi uma noção alargada de funcionário público, uma vez que abrange, além dos ocupantes de cargos da Administração Direta, também os ocupantes de cargos nas autarquias e fundações de direito público.

[...] é inquestionável que o juiz atua em nome do Estado, pertencendo à categoria dos agentes públicos, cuja noção é perfeitamente adequada à figura a que alude a nova redação que a Constituição Federal de 1988 deu à regra da responsabilidade estatal, no § 6.º do art. 37 (HENTZ, 1995, p. 97).

De outro norte, lembra-se que o juiz é sim um ser falível, podendo equivocar-se bem como errar no decorrer do processo, neste sentido Sérgio Cavalieri Filho (2005, p. 280) lembra:

Ao sentenciar ou decidir, o juiz, por não ter bola de cristal nem o dom da adivinhação, está sujeito aos erros de julgamento e de raciocínio, de fato ou de direito, importa dizer que a possibilidade de erros é normal e até inevitável na atividade jurisdicional.

Nesta alheta, não se despreza a atitude lesiva sofrida pelo cidadão, devendo recair sobre o Estado a responsabilidade em questão, sobre a matéria Marcelo Sampaio Siqueira (2001, p. 158) argumenta:

Essa afirmação é capaz apenas de justificar a irresponsabilidade do magistrado, mas nunca a do Estado, que se encontra fundamentada não só no princípio da responsabilidade objetiva, mas nos princípios da dignidade da pessoa humana, artigo 1º, inciso III da CF, e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, artigo 2º, inciso I da CF.

“Por tudo isso, tem-se que a Carta Magna foi muito clara ao esclarecer que a responsabilidade pelos danos é atribuída aos agentes, somente quando agirem nessa qualidade ou em função dela” (BUHRING, 2004, p. 173).

Consoante com toda argumentação dita, cumpre ressaltar a extrema necessidade da fundamentação das decisões que decretam prisão em desfavor do cidadão, pois o seu não cumprimento acarreta, sobretudo, a violação de um princípio natural do processo.

O art. 5º, inciso LXI da Constituição Federal de 1988 preceitua que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]”, assim como, cumulativamente, com o texto do art. 93, inciso IX, prevê que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]” (BRASIL, 1988).

Qualquer espécie de restrição aplicada pelo Estado sobre o cidadão deverá ser devidamente fundamentado, sendo dever do juiz em demonstrar a necessidade do cárcere. A jurisprudência brasileira já possui entendimento pacífico a respeito, porém ainda é grandioso o número de *habeas corpus* impetrados nos tribunais pela falta de fundamentação das decisões que decretaram as prisões.

A respeito da matéria a jurisprudência traz os seguintes argumentos como cernes centrais:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ARTIGO 180, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INSUFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. I - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, o réu é privado de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constrictiva só pode ser imposta se expressamente for justificada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. II - Em razão disso, deve a decisão que indefere pedido de liberdade provisória ser necessariamente fundamentada de forma efetiva, não bastando meras ilações quanto à gravidade em abstrato do crime e à presunção de que o paciente poderia tentar frustrar a aplicação da lei penal. É dever do magistrado demonstrar, com dados concretos extraídos dos autos, a necessidade da custódia, dada sua natureza cautelar nessa fase do processo. (Precedentes). Ordem concedida (BRASIL, 2007).

Logo, percebe-se a importância que a fundamentação legal da decisão que decretou a prisão possui, não bastando meras suposições para a sua aplicação,



ressaltando-se novamente a verificação dos requisitos processuais bem como do art. 312 do CPP para a devida legitimação.

De outra banda, consoante ao que até então foi dito, verifica-se a necessidade da duração razoável do processo criminal, uma vez que, recai sobre o juiz o dever de observar e garantir a devida aplicação dos princípios constitucionais do cidadão.

Neste ponto, destaca-se o princípio constitucional da razoável duração do processo, previsto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Magna Carta, o qual foi inserido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o qual prevê “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (BRASIL, 1988).”

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2007), este princípio traduz um direito do cidadão contra o próprio Estado, não sendo apenas e somente uma garantia, ambos os entendimentos possuem a mesma dignidade jurídico-constitucional, conseqüentemente, gerando um direito subjetivo público com titulares e obrigados específicos.

O que é importante consignar é que estas garantias fundamentais são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes (SARLET, 2007, p. 211).

Logo, para que não se cometa qualquer agressão ilegal ao cidadão, não há como ser permitido qualquer excesso, sob pena de ofensa irreparável a dignidade do cidadão.

A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a idéia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 497).

Luiz Antônio Rizzato Nunes (2002, p. 50), assevera sobre a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, veja-se:

Está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional. Aliás, é um verdadeiro supraprincípio constitucional que

ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.

Ato contínuo, também deve ser observado à duração razoável do processo não somente aos réus que aguardam sua sentença, como também aqueles que aguardam presos indevidamente a resposta dos respectivos instrumentos de impugnação a prisão, o que acarreta grande ferimento aos réus pela excessiva demora no julgamento destes procedimentos.

A respeito dos instrumentos de impugnação da prisão ilegal, Arnaldo Quirino (1999, p. 66) afirma:

Nossa Lei Maior, ao tratar dos direitos e deveres individuais e coletivos em seu art. 5º, também faz previsão de diversos instrumentos e meios garantidores de seu amplo exercício (dando cumprimento ao princípio da efetividade), de que são exemplos: a garantia do imediato relaxamento da prisão ilegal (inciso LXV); a garantia de concessão de liberdade provisória (inciso LXVI); a garantia de concessão de habeas corpus sempre que alguém sofrer ou for ameaçado de sofrer constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção (inciso LXVIII). Além desses, talvez com efetividade menos intensa quanto ao imediato restabelecimento da liberdade de locomoção, podemos citar também a garantia da revisão criminal (art. 621 do Código de Processo Penal).

Assim sendo, observa-se que para o réu preso indevidamente, o excesso de prazo do ato processual que determina a sua soltura também deverá ser levado em consideração, uma vez que a duração razoável do processo não pressupõe o processo como um todo, mas engloba suas fases e dinâmicas.

De outro lado, cumpre ressaltar a grande dificuldade de se estabelecer o quanto seria razoável e justo na duração do processo, uma vez que não há parâmetros dispostos em lei como base aplicável.

Assim, “se essa confusão fosse aceita, não se trataria de duração razoável, mas de duração legal, ou do simples dever de o juiz respeitar o prazo fixado pelo legislador para a duração do processo” (MARINONI, 2008, p. 223).

Logo, para que não ocorram ilegalidades, não se pode olvidar que o juiz terá grande responsabilidade em respeitar todos os princípios constitucionais bem como os requisitos impostos na aplicação das prisões existentes.

“O processo, portanto, deve ser célere, ou seja, com duração razoável, sob pena de causar uma injustiça. Além disso, devem existir meios que garantam essa celeridade” (SOUZA, 2005, p. 53).

#### 4.2.2 Da garantia constitucional dos tratados e pactos internacionais

O art. 5º, § 2º da CRFB/88 buscou ampliar a garantia aos direitos fundamentais do cidadão com a seguinte escrita:

Art. 5º *omissis*:

[...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

A respeito da matéria, observa-se que o Pacto de San José da Costa Rica, assim como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos serviram de eixo norteador para salvaguardar os princípios fundamentais do ser humano junto à Constituição brasileira.

De acordo com a doutrina, a demanda é resolvida “pela aplicação do princípio *pro homine*, que em linhas gerais significa que se aplica a norma mais favorável à pessoa humana, sendo que no caso em comento, a mais favorável é a norma do Pacto de São José da Costa Rica” (VIEIRA SEGUNDO, 2009).

A prisão ilegal, bem como a indenizabilidade por parte do Estado é também tema constante dos pactos internacionais ratificados pelo Brasil, especialmente o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica. Por esse motivo entendemos pertinente nos ater a eles, cuja força vinculante, no plano interno, tornou-se indiscutível (MEIRELLES, 2004).

Os tratados acima mencionados, segundo Lenilma Cristina Sena Meirelles (2004), buscam por fundamento a proteção da dignidade da pessoa humana, e nessa condição, apresentam hierarquia de norma constitucional.

Observa-se, também, as garantias que dizem respeito ao *status libertatis* dos cidadãos, onde são várias as disposições apontadas pelo Pacto Internacional

sobre Direitos Civis e Políticos, corroborando com dispositivos existentes da Constituição brasileira, bem como ampliando e explicitando o entendimento de artigos constitucionais.

Acerca da garantia ao *status libertatis* mencionado, observa-se o texto do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que se encontra transcrito pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992 (BRASIL, 1992b):

#### ARTIGO 9

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

[...]

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.

5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à repartição.

[...]

#### ARTIGO 14

[...]

6. Se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou se um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente dessa condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, a não revelação dos fatos desconhecidos em tempo útil.

Nestes termos, Roberto Delmanto Júnior (2001, p. 37) reforça:

Ao passo que nossa Lei Maior fala em indenização somente em virtude do erro judiciário, ou de restar preso por tempo além daquele fixado em sentença (art. 5º, LXXV), o diploma internacional avança mais: expressamente determina a reparação para qualquer prisão ou encarceramento ilegal (art. 9º, 5), não obstante também faça referência, em outro artigo, à indenização por erro judiciário (art. 14, 6).

Em mesmo diapasão, segue o Pacto de São José da Costa Rica, o qual entrou em vigor no Brasil pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992 (BRASIL,

1992), tratando de vários direitos e garantias de caráter fundamental, bem como relativos à liberdade do cidadão, veja-se:

Art. 7 – Direito à liberdade pessoal:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
  2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
  3. Ninguém pode ser submetido à detenção ou encarceramento arbitrários.
- [...]

Art. 10 – Direito à indenização:

Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença passada em julgado, por erro judiciário.

Conforme aos dispositivos mencionados, percebe-se a grande preocupação que possui a comunidade internacional em garantir o direito a liberdade. Logo, observa-se que o pacto buscou, acima de tudo, a preservação da dignidade da pessoa humana, sendo a privação da liberdade um ataque direto a essência do ser humano, demonstrando repúdio aos encarceramentos arbitrários, afirmando que a decretação de prisões devem obedecer as ordens constitucionais bem como o respeito aos princípios de cada Estado.

Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos representam imprescindíveis instrumentos normativos, portanto, devem ser observados atentamente e com bons olhos, pois emanam normas que visam acima de tudo o respeito à dignidade da pessoa humana. Há de se lembrar ainda que a dignidade humana é o valor supremo que norteia nosso Ordenamento Jurídico.

Estes instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos não podem ser ignorados, aliás, ignorá-los é ignorar a própria importância da dignidade da pessoa humana (VIEIRA SEGUNDO, 2009).

Desta feita, salienta-se que ao privar a liberdade de um cidadão, deverá ser observada a regra mais favorável ao ser humano, o que se caracteriza como principal objetivo das convenções, tratados e pactos internacionais em conferir às pessoas a mais ampla proteção possível.

## 5 CONCLUSÃO

Com base em todas as pesquisas realizadas para a confecção deste trabalho monográfico, denota-se que a responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal ainda é matéria de grande discussão jurídica e doutrinária, seja pela posição clássica e conservadora de alguns doutrinadores e legisladores, seja pela posição evoluída das jurisprudências e da legislação.

Ocorre que, o art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, tendo em vista a literalidade do dispositivo, não abraçou de maneira ampla todas as espécies de ilegalidades decorrentes de prisão, abrange tão somente a decretada em virtude do erro judiciário e a que advém do cumprimento de pena em prazo superior ao estabelecido em sentença condenatória.

De outro lado, conforme o posicionamento das doutrinas bem como das jurisprudências recentes, percebe-se a evolução dos entendimentos legais, não se permitindo mais que a agressão praticada contra a liberdade de locomoção do cidadão fique impune, entendimento este, expandido a todos os meios de privação da liberdade de locomoção.

Assim, pelos entendimentos colhidos, verifica-se que a abrangência do art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, também se aplica as prisões processuais, pois a absolvição futura releva a ilegitimidade da prisão pretérita.

Sublinha-se que, no decorrer do trabalho, ficou caracterizado que a responsabilização do Estado, frente à prisão ilegal, repousa nos princípios constitucionais, mormente o § 6º, do art. 37, da Constituição Federal. Da mesma forma, frisa-se a importância dos princípios fundamentais entabulados pelas Convenções e Pactos Internacionais, que contribuem para a garantia dos direitos fundamentais do ser humano.

Desta feita, chegou-se ao entendimento no sentido de que o Estado deve ser sim responsabilizado civilmente por prisões ilegais, tanto aquelas elencadas no art. 5º, inciso LXXV da CF/88, quanto às prisões processuais impostas sem a observância dos preceitos para a sua decretação ou impostas de maneira arbitrária, caracterizando-se a ilegalidade destas.

De igual sorte, entende-se que o Estado é responsável pelas prisões provisórias, onde os presos aguardam, por um prazo excessivo, a sua decisão

condenatória ou absolutória, visto que as mesmas terminam desrespeitando frontalmente o princípio da razoável duração do processo.

Com relação à responsabilidade do juiz pelos seus atos no desempenhar de sua função, concluiu-se que o mesmo somente será responsável quando agir com dolo ou fraude, aplicando-se a regra do o § 6º, do art. 37 da Constituição Federal, responsabilizando-se o Estado pelos atos cometidos por seus agentes. Mesmo porque, caso fosse responsável por toda e qualquer decisão ilegal cometida, acabava-se por ferir o princípio do livre convencimento do juiz.

Cumprе ressaltar, também, que as decisões que decretam a prisão deverão ser devidamente fundamentadas, para que não ocorram arbitrariedades por parte dos agentes públicos e para que seja respeitado o princípio fundamental constitucional da motivação das decisões.

Ato contínuo, conclui-se que, para conferir legitimidade, as decisões que decretam as prisões, independente da espécie de prisão, deverão preencher todos os requisitos estabelecidos no art. 312 do Código de Processo Penal, sendo estes preceitos amplamente complementados pelos princípios fundamentais previstos na Carta Magna.

Além disso, resalta-se a relevância da abordagem dos Tratados e Pactos Internacionais ratificados pelo Brasil, em especial o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Políticos e Cíveis, pela sua importância no cenário mundial, garantindo os direitos mais básicos e fundamentais do ser humano e pelo seu valor na aplicação à preservação dos direitos do homem, em especial à liberdade.

Por fim, diante dos inúmeros abusos noticiados diariamente acerca das prisões efetuadas no Brasil, com total desrespeito às normas vigentes e aos princípios fundamentais prevista na Constituição e em diversos tratados internacionais, anota-se a necessidade do cumprimento dos preceitos aludidos nessa pesquisa.

Desta maneira, diante deste cenário, verifica-se que a responsabilização do Estado por ato arbitrário e ilegal e o recebimento de uma indenização é o mínimo que merece um cidadão que teve seus direitos fundamentais violados em virtude de uma prisão ilegal.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almeida, 1987.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992b. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992a. Promulga a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de processo penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 15 mai. 2009.



\_\_\_\_\_. Lei complementar nº 35, de 14 de março de 1979. **Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LCP/Lcp35.htm>>. Acesso em: 15 mai. 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC 81180/SP**. Rel. Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 22 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>>. Acesso em: 20 mai.2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **RE 109.615**. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 02/08/96. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 111843/PR**. Rel. Min. José Delgado. Brasília, DF, 24 de abril de 1997. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>>. Acesso em: 20 mai.2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 220982/RS**. STJ. Primeira Turma. Relator Min. José Delgado. Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>>. Acesso em: 20 mai.2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 427560/TO**. Rel. Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 05 de setembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>>. Acesso em: 20 mai.2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n.º 450**. 1/12/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo450.htm>>. Acesso em: 15 mai. 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 109.615**. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 02/08/96. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 mai. 2009.

BUHRING, Márcia Andrea. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado**. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e liberdade provisória**. Curitiba: Juruá, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2000.

CAPEZ, Fernando. **A questão da deserção do recurso de apelação em face da fuga do réu**. Phoenix: Órgão informativo do complexo jurídico Damásio de Jesus. Abril/2009. n. 9. Disponível em:  
<[http://www.damasio.com.br/templates/cjdj/doc/phoenix/2009/phoenix\\_9.pdf](http://www.damasio.com.br/templates/cjdj/doc/phoenix/2009/phoenix_9.pdf)>.  
Acesso em: 06 mai. 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo penal**. 12. ed. São Paulo: 2005

\_\_\_\_\_. **Curso de processo penal**. 9. ed. São Paulo: 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CASTRO, Guilherme Couto e. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. **Constituição federal anotada e explicada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Fundamentos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade humana. In: BARROS, Sérgio Rezende de; ZILVETE; Fernando Aurélio (orgs.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Dialética, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1995.

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

FERNANDES, Antonio Scarance. Princípios e garantias processuais penais em 10 anos de Constituição Federal. In: MORAES, Alexandre de (coord.). **Os 10 anos da constituição federal**. São Paulo: Atlas, 1999.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito de apelar em liberdade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

\_\_\_\_\_. **Suspensão condicional do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Recursos no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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

\_\_\_\_\_. **Indenização do erro judiciário e danos em geral decorrentes do serviço judiciário**. São Paulo: LEUD, 1995.

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

MACHADO, Agapito. **Prisões**: legalidade, ilegalidade e instrumentos jurídicos. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão provisória**: medida de exceção no direito criminal brasileiro. Curitiba: Juruá, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. Responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 505, 24 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5961>>. Acesso em: 16 mai. 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

\_\_\_\_\_. **Código de processo penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. v. 2.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Código de processo penal e sua interpretação jurisdicional**. Alberto Silva Franco; Rui Stoco (coords.). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 3.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007b.

\_\_\_\_\_. **Código de processo penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007a.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PALAZZO, José Luís. **Responsabilidad extracontractual del Estado**. Buenos Aires: Depalma, 1995.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Aveiro. **A independência e a responsabilidade do Juiz**. 26. nov. 2005. Lisboa. Disponível em: <[www.asjp.eu/siteanterior/congressos/7congresso\\_comunicacao13.doc](http://www.asjp.eu/siteanterior/congressos/7congresso_comunicacao13.doc)>. Acesso em: 24 mai. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <[http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema\\_Politico/Constituicao/constituicao\\_p02.htm](http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/constituicao_p02.htm)>. Acesso em: 25 de abr. de 2009.

PRETEL, Mariana Pretel e. **O Cenário das prisões decorrentes de pronúncia e de sentença penal condenatória recorrível com o advento das Leis 11.689/08 e 11.719/08**. Clubjus, Brasília-DF: 18 out. 2008. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.21619>>. Acesso em: 12 mai. 2009.

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

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Direitos Fundamentais na constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre de (coord.). **Os 10 anos da constituição federal**. São Paulo: Atlas, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios do direito político**. Trad. Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1991.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 054.432.5/0-00**. Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Público - Relator(a): Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. São Paulo, SP, 29 de março de 1999. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br/>>. Acesso em: 20 mai.2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. vol. 1, n. 1, abr/2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2009.

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

SILVA, Willian. **Direito processual penal ao vivo: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. **Responsabilidade do Estado: erro judicial praticado em ação cível**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Efetividade do processo e acesso à justiça à luz da reforma do poder judiciário. In: TAVARES, A. R.; LENZA, P.; ALARCÓN, P. J. L. (coords). **Reforma do Judiciário: analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.

VIEIRA SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim. **Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos**. Abril/2009. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090414175043526](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090414175043526)>. Acesso em: 26 mai. 2009.