



# A responsabilidade do Estado pela prisão ilegal

## Introdução

A liberdade pessoal antes mesmo de ser reconhecida como um direito institucional, já era tido como um direito natural do Homem, sempre habituado a viver livre e com plena autonomia de suas faculdades para satisfazer da forma como melhor lhe aprouver as necessidades do espírito. Todavia, a vida em sociedade nos impõe determinadas regras de convívio, muitas vezes limitando nossa liberdade, sempre tendo como preocupação maior a manutenção do equilíbrio do corpo social e o respeito ao direito de nosso semelhante, dado que infelizmente o ser humano é dotado de momentos de insensatez e, em conseqüência, pode tornar-se um desagregador dos interesses e da paz social por meio de atitudes funestas, que não podem passar despercebidas, merecendo a repulsa da comunidade que deve valer-se dos mais diversos meios para que seja mantida a ordem e não corramos o risco de que seja instalado entre nós o caos, a desordem ou a anarquia.

Assim, após reconhecido ser a liberdade pessoal antes de tudo um direito natural e intangível do indivíduo, ao longo do desenvolvimento da humanidade e da ciência jurídica essa noção foi se fortalecendo e hoje esse direito sagrado da pessoa humana ganhou total proteção do Estado.

Quando exerce o seu poder de restrição da liberdade pessoal, na verdade o Estado está atuando em nome da própria sociedade, que, por meio seus representantes, edificam a ordem institucional vigente. Entretanto, para que exerça o seu poder quando chamado a fazê-lo, o Estado somente pode atuar restringindo a liberdade pessoal se o fizer em estrita obediência aos princípios e ao regramento legal vigente, legitimando sua ação. Havendo abusos, irregularidades, arbitrariedades ou caso a restrição da liberdade pessoal venha a se configurar desnecessária, o Estado deve ser responsabilizado para que os danos causados ao indivíduo sejam integralmente reparados. Por tais motivos o trabalho é composto pelos seguintes tópicos: liberdade pessoal (noções); a possibilidade de restrição da liberdade pessoal pelo Estado; a prisão como instrumento de restrição da liberdade pessoal (evolução); prisão (noções e espécies); a responsabilidade do Estado pela prisão indevida; a indenização da prisão indevida; o dano indenizável, o dano patrimonial e o dano moral.

## Liberdade pessoal: noções

A liberdade pessoal (ou individual) sempre foi um dos atributos mais importantes do Homem. Toda a formação da Ciência do Direito sempre teve como uma de suas bases a proteção da liberdade pessoal. É da natureza do homem nascer livre. Todavia, essa liberdade parece não ser absoluta, já que como membro de uma sociedade civilizada é natural que a mesma seja restringida em determinadas situações, previamente firmadas pelo corpo social; essa restrição a liberdade pessoal é um mau necessário para que haja equilíbrio e respeito aos direitos de cada componente da sociedade considerada, e assim, impossibilitando que fiquemos a mercê de arbitrariedades ou escravos do mais forte<sup>1</sup>.

Atendendo a tradição do Direito moderno, também a Constituição Federal brasileira de 1988 (e outras anteriores) proclama o direito à liberdade (artigo 5º., inciso II), bem como protege a liberdade pessoal, assegurando a livre locomoção do indivíduo (artigo 5º., inciso XV), protegendo-o de prisões ilegais e



---

arbitrárias (incisos LXI e LXVIII).

A liberdade pessoal implica naturalmente no reconhecimento de elementos que a exteriorizem: direito de ir e vir, ficar ou permanecer. Por isso devemos entender a liberdade física e sua proteção<sup>2</sup> como verdadeiro corolário da liberdade pessoal; como nos ensina Pontes de Miranda (1916, p. 31): “Essa exteriorização da liberdade pessoal implica pois, na livre locomoção do indivíduo, assegurando-se-lhe o direito de movimentar-se e de transitar livremente pelos locais que a sua vontade determinar”. Portanto, está implícita na liberdade pessoal a característica da manifestação exterior, dotando o indivíduo de autonomia e independência para locomover-se; enfim, liberdade de movimentação e ação para que possa atender aos seus anseios, escolhendo as melhores alternativas para realização pessoal e engrandecimento do espírito, promovendo assim sua auto satisfação<sup>3</sup>.

### **A possibilidade de 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 naturais para o seu exercício, como é normal numa sociedade que preza pelos valores da justiça e igualdade de seus cidadãos.

O limite ao exercício da liberdade é demarcado pelas leis do Estado, que visam, por seu turno, à proteção dessa mesma liberdade conferida aos outros membros do corpo social.

A restrição imposta à liberdade pessoal deve ser o necessário e suficiente para que seja atingido o equilíbrio entre os indivíduos no convívio social. Esse limite imposto pela lei somente será legítima quando concebida pelos autênticos representantes da sociedade.

Ao legislador é delegada a tarefa de criar normas destinadas a 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 pelos interesses do bem comum.

Essas normas limitadoras são verdadeiras exceções à liberdade pessoal e devem por isso mesmo atender aos princípios gerais formados durante a construção da Ciência do Direito, notadamente aqueles que dizem respeito ao tema; alguns desses princípios encontramos inseridos nas Constituições dos Estados<sup>4</sup>.

### **A prisão como instrumento de restrição da liberdade pessoal: evolução**

O Estado tem na pena de prisão (ou pena privativa de liberdade), o seu instrumento maior de restrição da liberdade individual, impondo ao mau cidadão a perda do 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 (prevenção geral especial).

Nunca é demais lembrar que no Brasil a pena restritiva da liberdade física pode ser de prisão simples



(reservada para as contravenções) e de reclusão e detenção (destinada aos crimes). Lembramos também que a Constituição Federal de 1988 reconhece a prisão civil, porém somente nos casos do depositário infiel e do inadimplente voluntário e inescusável de obrigação alimentar (artigo 5º., inciso LXVII). Porém, ao nosso ver, e como demonstramos mais à frente, outras hipóteses de cabimento de prisão civil, que não sejam aquelas taxativamente previstas pela Lei Maior, são absurdas e inconstitucionais. Além desta última espécie de prisão, o ordenamento jurídico também prevê a existência das prisões administrativa e disciplinar.

Atualmente, tendo em vista a preocupação com a ressocialização do indivíduo, busca-se formas alternativas à pena de prisão, evitando-se sempre que possível a “carcerização” do indivíduo, sendo esta 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, buscando-se com isso a 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<sup>5</sup>.

A adoção de sanções alternativas<sup>6</sup>, voltadas principalmente para pequena e média criminalidade, deu enfoque novo para a tese da ressocialização, que dentre outros aspectos preocupa-se também com a reparação dos danos causados pela infração e por via de consequência são tutelados os interesses da vítima. Por meio desses mecanismos alternativos, a pena de prisão que é a forma mais extremada de sanção jurídica aplicada ao mau cidadão descumpridor das normas de conduta (notadamente as de caráter penal), ficou agora reservada para os delitos graves.

### **Prisão: noções; espécies: prisão-pena; prisão processual; prisão extrapenal**

#### *Noções*

A prisão tal como a conhecemos é a restrição da liberdade individual como forma de punição estatal, consequência, no mais das vezes, da prática de um delito. A prisão, por ser medida extrema contra o estado de liberdade do indivíduo, direito universalmente garantido, somente se admite quando determinada pôr ordem legal e emanada de autoridade competente e respeitado o devido processo legal.

Num autêntico estado de direito no qual as liberdades individuais devem ser respeitadas, a prisão de qualquer indivíduo antes que seja proferido julgamento definitivo (trânsito em julgado), somente se justifica por razões de necessidade em manter-se a ordem e segurança da sociedade em detrimento da liberdade individual, e deve ter por finalidade a efetividade do processo penal.

A Constituição Federal protege o cidadão contra práticas arbitrárias, no que concerne a sua prisão, que caso ocorra, deverá ser efetivada em obediência ao artigo 5º., incisos III, XI, XLIX, LIII, LIV, LV, LVII, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, dentre outros que visem a proteção contra a prisão ilegal, injusta, violenta e arbitrária.

O Código de Processo Penal, por sua vez, trata da prisão nos seus artigos 282 e seguintes, onde encontramos os casos em que a custódia pode realizar-se e as formalidades que devem ser obedecidas.



## *Espécies*

As espécies de prisões existentes no direito brasileiro são: prisão-pena; prisão processual; prisão extrapenal.

### *Prisão-pena*

É aquela decretada como decorrência natural da sentença condenatória; é a prisão sanção-definitiva (também chamada de prisão penal), que pode ser de reclusão, detenção e prisão simples. 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 o delito e serve também para preveni-lo (é a chamada teoria da união – eclética ou mista); assim, segundo os adeptos dessa teoria, 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<sup>7</sup>.

A prisão-pena é, portanto, 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 reintegração desses cidadãos à vida social.

### *Prisão processual*

É aquela que não possui conotação de sanção penal (também denominada por alguns de prisão sem pena), sendo sempre prisão provisória e sua natureza é de prisão acautelatória e instrumental. A prisão processual 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 tratar-se da prática de infração penal em flagrante delito<sup>8</sup>.

Mesmo sabendo-se que é uma constante preocupação da sociedade moderna adotar meios mais eficazes e rigorosos para reprimir delitos de maior gravidade e que causam repugnância a todos, não é menos correto afirmarmos que num autêntico Estado de Direito, a despeito de ter praticado um delito, o indivíduo possui direitos e garantias consagrados pela Constituição Federal, que o Direito contemporâneo não admite sejam restringidos desnecessariamente. Nessa perspectiva, para evitar abusos e arbitrariedades, a mais autorizada doutrina reconhece princípios informadores concernentes as medidas de cautela adotadas no processo penal, que devem ser observados pelos operadores do Direito, principalmente para aferir a necessidade de restrição da liberdade de locomoção por meio da prisão provisória.

Esses princípios são: *princípio da legalidade, princípio da adequação e proporcionalidade, princípio da precariedade e princípio da subsidiariedade.*

Princípio da legalidade: o princípio da legalidade determina que as medidas de cautela impostas ao



indivíduo somente podem ser aquelas previstas expressamente pela lei e devem possuir pressupostos de cabimento próprios, não podendo a liberdade pessoal do indivíduo ser restringida ou limitada por outro meio.

*Princípio da adequação e proporcionalidade:* segundo esse princípio, as medidas de cautela adotadas para garantir a efetividade do processo penal devem ser adequadas ao caso concreto e proporcionais a gravidade do crime e a pena que possivelmente possa ser aplicada ao mesmo. Para atender a esse princípio o legislador deve colocar à disposição do magistrado tantas medidas de cautela quanto sejam possíveis, para que, em razão da gravidade do crime e a situação de fato possa haver um elenco maior de medidas, aplicando-se aquela que melhor seja adequada ao caso concreto, ao mesmo tempo em que seja uma garantia da efetividade do processo penal, restrinja o menos possível a liberdade pessoal do indivíduo, procurando manter o equilíbrio entre o exercício regular e legítimo do poder de um lado e a manutenção e preservação dos direitos e garantias individuais de outro<sup>9</sup>. Adotando sistemática que já é consagrada na moderna legislação processual penal de nações como Itália, França, Alemanha, Espanha e Portugal, dentre outras, e que buscam a eficiência e o garantismo<sup>10</sup>, foi elaborada por juristas, doutrinadores e operadores do Direito de renome nacional, proposta de modificação do atual Código de Processo Penal<sup>11</sup>, que, na parte referente as medidas de cautela, inova o sistema atual e fornece um número maior de alternativas ao magistrado, obedecendo uma certa graduação quanto as limitações impostas a liberdade pessoal, pois fixa medidas de cautela mais graves ou menos graves de acordo com o crime e as circunstâncias em que foi praticado, em perfeita consonância com o *princípio da adequação e proporcionalidade*<sup>12</sup>.

*Princípio da precariedade:* segundo o preceito deste princípio, as medidas de cautela são sempre precárias (notadamente quanto a prisão provisória), em razão do *princípio da presunção de inocência* que não admite a antecipação do cumprimento de pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, pois tal antecipação representaria uma inversão de valores (por pressupor a *presunção de culpa* do indivíduo).

*Princípio da subsidiariedade:* o enunciado desse princípio – mais determinante quanto a prisão processual -, informa que essa espécie de custódia deve ser de caráter subsidiário, somente aplicando-se 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. Decorre naturalmente deste princípio também o *princípio da necessidade*, segundo o qual as prisões processuais somente se efetivam se o caso concreto determinar a sua real necessidade<sup>13</sup>.

A prisão processual, de natureza e conteúdo acautelatório, deve obedecer o que dispõe o artigo 5º., inciso LXI da Constituição Federal, sob pena de ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária competente (artigo 5º., inciso LXV, da Constituição Federal), ou ter sua decretação revogada, além da garantia do remédio constitucional do “habeas corpus”, nos casos em que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder (artigo 5º., inciso LXVIII, da Constituição Federal). A própria Carta Magna ao determinar



expressamente que a prisão somente se efetivará nos casos de flagrante delito (prisão processual) ou mediante decisão judicial devidamente fundamentada, prevê a possibilidade da decretação de prisão provisória (atendidos os pressupostos de seu cabimento).

Sobretudo devido a previsão constitucional, e desde que observado o *princípio da necessidade*, não merece razão aqueles que entendem que a prisão processual contraria o *princípio da presunção de inocência*, e, como afirma Jardim, a prisão cautelar tem como finalidade “tutelar os fins e os meios do processo penal”<sup>14</sup> e somente deve ser decretada (ou ratificada, tratando-se de flagrante delito) caso o magistrado se convença da probabilidade de condenação ao final (*juízo de probabilidade*) e haja risco de dano irreparável à efetivação do processo ou à ordem pública (*periculum in mora*)<sup>15</sup>.

Em face de prevalecer a *presunção de inocência do acusado* (e não de 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 houverem 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 (artigo 5º., inciso LXVI) que garante a manutenção do direito à liberdade sempre que a prisão cautelar se mostrar desnecessária, atendidos os demais pressupostos legais (artigo 321 e seguintes do CPP.).

Portanto, perfeitamente admissível a *prisão processual penal* no nosso ordenamento jurídico, desde que em caráter excepcional e motivada sempre por situações realmente necessárias e oportunas, e desde que decretada pela autoridade judiciária competente em decisão devidamente fundamentada, podendo, por seu turno, ser classificada em: *prisão em flagrante* (artigos 301 a 310 do CPP.); *prisão preventiva* (artigos 311 a 316 do CPP.); *prisão temporária* (Lei nº. 7.960/89); estas de natureza eminentemente cautelar; *prisão decorrente de sentença de pronúncia* (artigos 282 e 408, § 1º., do CPP.); e *prisão decorrente de sentença condenatória* (artigo 393, inciso I, do CPP.)<sup>16</sup>.

### *Prisão extrapenal*

A prisão extrapenal é assim denominada por não possuir natureza de pena imposta em consequência de prática de ilícito penal, dividindo-se em:

a) prisão administrativa, atualmente prevista no artigo 329, incisos I e II, do Código de Processo Penal e leis especiais, como a Lei nº. 6.815/80 (artigos 61, 69 e 81), que, com o advento da Constituição Federal de 1988, somente é permitida quando determinada por autoridade judiciária competente;

b) prisão civil, nos casos previstos expressamente pela lei civil e que atualmente são restritos ao alimentante inadimplente injustificado e ao depositário infiel (artigo 5º., inciso LXVII, da Constituição Federal);



c) prisão disciplinar, aplicável excepcionalmente aos casos de transgressões militares, cujo permissivo legal está no artigo 5º., inciso LXI e 142, § 2º., da Constituição Federal e artigo 18 da Lei nº. 1.002/69.

Em relação a prisão administrativa alguns discutem a legitimidade dessa modalidade de custódia em face da atual Constituição Federal, entendendo que após o seu advento somente pode haver a restrição da liberdade em decorrência da prática de infração penal, transgressão ou crime militar, e, tratando-se do descumprimento de obrigações civis, somente nos casos de devedor voluntário e inescusável de alimentos e do depositário infiel (artigo 5º., incisos LXI e LXVII, da C.F.).

A Constituição Federal de 1988 parece não ter recepcionado a prisão administrativa. Senão vejamos. Primeiro temos que tal prisão seria um “meio coativo para compelir alguém ao cumprimento de certa obrigação” (Noronha 1989, p. 177), havendo até quem entenda que ela guarda certa similitude com a prisão cautelar (o que não nos parece correto afirmar). Segundo, os incisos LIV e LV do artigo 5º. da Constituição Federal, determinam que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e que a todos é assegurado o “princípio do contraditório e da ampla defesa”. Terceiro, o próprio inciso LXI faz ressalva específica quanto a tolerância de certa flexibilidade para proceder-se à prisão somente nos casos de transgressões ou crimes militares, o que demonstra a intenção do Constituinte em abolir a prisão administrativa ou qualquer outra forma de prisão odiosa, arbitrária ou que não obedeça aos princípios constitucionais antes mencionados.

Quanto a prisão civil, a análise a ser feita está bem próxima do que foi afirmado acerca da prisão administrativa no que diz respeito a sua recepção pela Constituição Federal<sup>17</sup>, todavia com algumas outras considerações.

Disciplinando a prisão civil temos o artigo 5º., inciso LXVII da Constituição Federal e devem ser lembrados também o Decreto nº. 678 de 06 de novembro de 1992, que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22.11.69 e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado desde Julho de 1992 pelo governo brasileiro, ambos incorporados ao nosso sistema jurídico e perfeitamente conforme o artigo 5º., § 2º., da Constituição Federal.

O item nº. 7 do artigo 7º., da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, está assim redigido: “7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

O artigo 5º., inciso LXVII da Constituição Federal está assim redigido: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Esse mandamento constitucional, inadvertidamente, vai além da tendência que se verifica no moderno direito comparado, principalmente em relação aos acordos e pactos internacionais, que em matéria de prisão civil por dívida somente a tem admitido quando tratar-se do devedor inescusável de prestação alimentícia. A regra constitucional que autoriza a prisão do depositário infiel deve ser vista com certa reserva, já que as legislações mais avançadas estão excluindo esta



---

modalidade de prisão de seus sistemas jurídicos, em atenção ao princípio da proporcionalidade da pena, segundo o qual a perda da liberdade individual pela prisão somente entende-se razoável se tiver por finalidade proteger direitos ou um bem jurídico equivalente à liberdade, como por exemplo o direito à vida, à integridade física, a liberdade de locomoção, etc., daí porque deve a prisão civil por dívida ser restringida aos casos de inadimplemento de obrigação alimentar.

### **A responsabilidade do estado pela prisão ilegal**

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

Entre nós já não há mais a existência do Estado absoluto, que tudo podia fazer sem que ao menos houvesse imputação de responsabilidades por atos que causassem aos seus súditos e modernamente o Direito admite a responsabilidade do Estado, colocando-o como ente público apto a responder pelo danos causados ao particular. Esse avanço fez surgir entre nós o “princípio da repartição dos ônus e dos encargos públicos”<sup>18</sup>, 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<sup>19</sup>.

Por outro lado, a essa evolução devemos acrescentar um outro elemento importante para que concretamente possamos aferir qual a efetiva responsabilidade do Estado: o grau de responsabilização e até que ponto o Estado tem o dever de indenizar. O que se exige é tão-somente que o legislador instrumentalize os fundamentos e os princípios de direito que tratam do tema, como forma de sendimentá-los no sistema jurídico. Há sistemas jurídicos que fazem tal previsão de maneira bem clara e objetiva, outros nem tanto. Um exemplo podemos colher do Direito português, cujo artigo 27, n. 5, da Constituição da República Portuguesa prevê que “a privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indenizar o lesado, nos termos que a lei estabelecer”. O referido preceito constitucional é complementado pelo artigo 225 do Código de Processo Penal português<sup>20</sup> e está em perfeita consonância com o Direito moderno que reconhece o dever jurídico do Estado de indenizar o dano causado ao particular, em razão da indevida privação de sua liberdade pessoal<sup>21</sup>.



No Direito brasileiro também há norma constitucional que reconhece a responsabilidade estatal pelo mesmo fato. Porém a previsão constitucional não é clara e objetiva como deveria ser e a legislação complementar acerca do tema tem a mesma conotação (principalmente quanto ao alcance da indenização por danos morais). Encontramos regras a esse respeito tanto no Código de Processo Penal quanto no Código Civil. A Constituição Federal prevê em seu artigo 5º., inciso LXXV que: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Por outro lado, o artigo 37 em seu § 6º. determina que: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

O primeiro preceito mencionado defere ao indivíduo uma garantia que deve ser respeitada mesmo diante da ausência de norma infraconstitucional específica, pois essa norma garantidora é auto-aplicável, conforme a própria Constituição Federal determina. O segundo preceito sedimenta o dever do Estado de indenizar os danos que causar aos particulares. Este último preceito revela que o constituinte adotou entre nós a doutrina da responsabilidade objetiva da administração, fundamentada na teoria do risco administrativo<sup>22</sup>, segundo a qual não se faz necessário que o lesado demonstre a culpa ou dolo do Estado (que se presume), nem tampouco se cogita acerca da iliceidade da fato danoso<sup>23</sup>, bastando que seja provado o nexo causal entre a conduta deste e o dano causado, sem suprimir do Estado o seu direito de regresso contra o causador direto do dano, desde que demonstre a ocorrência de dolo ou culpa<sup>24</sup>. Existem ainda disposições a respeito do tema no artigo 630 do Código de Processo Penal, bem como nos artigos 927 e 954 do Código Civil, ambos garantidores do direito à indenização devido a condenação e prisão indevidas, respectivamente.

Apesar de textualmente a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º., inciso LXXV, assegurar o direito a indenização ao “condenado” por erro judiciário e àquele que ficar preso por tempo superior ao fixado em “sentença”, a indicar, a priori, que a primeira parte do dispositivo assegura a indenização restringindo-a a “*efetiva condenação do acusado pelo judiciário*”, e a segunda parte restringe a indenização aos casos em que a prisão, justificada e decretada por “*sentença*”, tenha excedido o prazo de sua duração, sem consagrar expressamente os demais casos de prisão ilegal (nos quais não é respeitado o “*princípio do devido processo legal*”, prestigiado pelo artigo 5º., inciso LIV), notadamente aqueles creditados a má apreciação dos pressupostos fáticos que fundamentam as prisões cautelares, já que nessas espécies de custódia, a rigor, não podemos falar na existência de “*condenação*” (principalmente em face do “*princípio do estado de inocência*”, previsto no artigo 5º., inciso LVII, da Constituição Federal), nem muito menos em “*prisão justificada por sentença*”, não quer dizer isto, somente levando em conta o texto constitucional expresso, que nestas últimas situações não seja também assegurado ao ofendido uma justa indenização, caso seja alvo de custódia cautelar imotivada e ilegal.

Não obstante o texto constitucional referido, o particular que for vítima de outras espécies de prisões ilegais, notadamente as prisões cautelares<sup>25</sup>, 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 artigo 37, § 6º., da Constituição Federal. Essa assertiva decorre da análise de todo o sistema constitucional vigente; primeiro, porque a própria Constituição Federal no artigo 5º., em seu § 2º. informa que: “*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) <sup>26-27</sup>. Essa interpretação sistemática das referidas normas constitucionais está em perfeita harmonia com os princípios gerais de direito, instrumentos importantes para que a justiça seja concretizada, garantido-se os direitos do lesado em sua plenitude em qualquer caso de prisão ilegal<sup>28</sup>.

Em face dessa imprecisão da Constituição Federal acerca do tema, é de todo conveniente que o legislador elabore norma complementar regulamentando o assunto, criando meios mais objetivos e fórmulas mais seguras, facilitando a situação do indivíduo que busca a tutela devida no sentido de ser indenizado eficazmente pelo Estado<sup>29</sup>.

Na Lei Maior de cada nação, mais importante que formular a declaração de direitos é criar garantias de proteção ao pleno exercício desses direitos, pois, como sabemos, sempre há uma lamentável predisposição para o desrespeito ou transgressão desses mesmos direitos pelo próprio Estado, fato que muitas vezes pode ser creditado a falta de preparo de seus agentes ou até mesmo fruto de resquícios do autoritarismo e absolutismo, que a todo custo devem ser combatidos.

### A indenização da prisão ilegal

Cumprе ressaltar que o direito à liberdade é sobretudo um dos direitos da personalidade<sup>30</sup>, ao lado do direito à privacidade, à vida, à própria imagem, etc. A doutrina consagra com firmeza essa categoria de direitos, e, se dúvidas existiam quanto a tais direitos merecerem a proteção do Estado (principalmente quanto a indenizabilidade por danos praticados), certamente não existem mais após o advento da Constituição Federal de 1988, que passou a dar a sua proteção a esses direitos personalíssimos, já que o artigo 5º., “caput”, preceitua que é garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, assegurando o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (inciso V), bem como determina a inviolabilidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X). Portanto, devido a sua importância para a pessoa, bem como para o seu desenvolvimento em sociedade, podemos dizer que os direitos da personalidade são imprescritíveis, irrenunciáveis e intransmissíveis<sup>31</sup>.

A doutrina, por seu turno, considera que qualquer violação a direitos da personalidade impõe ao ofensor a obrigação de indenizar o ofendido por **danos morais**, mesmo não constatado a existência de danos patrimoniais. Atualmente há o pleno reconhecimento do direito à reparação por danos morais<sup>32</sup>, mesmo sendo constatado danos patrimoniais (“reflexos”). A análise do caso concreto pode demonstrar que a perpetração de um dano moral teve como consequência a ocorrência também de um dano patrimonial, como quando o indivíduo é preso indevidamente e vê-se impossibilitado de comparecer ao trabalho pelo tempo que permaneceu detido, ou até mesmo se vier a perder o emprego pelo fato da prisão. Não há dúvida que a situação apresentada evidencia a existência de danos morais e patrimoniais (“reflexos”) <sup>33</sup>, ou seja, o lesado deverá ser indenizado pelos danos morais (decorrente da restrição indevida de sua liberdade física), bem como pelos danos patrimoniais verificados (pelo que deixou de ganhar devido a



sua ausência ao trabalho ou até mesmo pela sua perda).

Tal assertiva deriva da admissão pela doutrina e pela jurisprudência<sup>34</sup> da **tese da reparabilidade plena**, que tem por finalidade a plena satisfação do lesado, recompondo-se integralmente suas perdas morais e patrimoniais<sup>35</sup>.

Os direitos da personalidade quando lesionados fazem surgir para o lesado o direito a “compensação” pelo danos morais sofridos, podendo haver reflexos outros na esfera de seu patrimônio; porém, o que nos parece é que a norma constitucional referida consagra os princípios já existentes, bem como garante o direito a uma indenização pelo dano moral sofrido sem necessidade de demonstrar a efetiva ocorrência do prejuízo<sup>36</sup>, já que a sistemática e os princípios adotados pela constituição consideram implícitos a existência de danos morais pelo fato da perda da liberdade individual (“dano presumido”).

Cabe ainda nesse item falar, mesmo que superficialmente, das **excludentes do dever de indenizar** em relação a responsabilidade do Estado decorrente da prisão indevida.

Como foi referido anteriormente, o Direito brasileiro adotou a teoria do risco administrativo (que comporta restrições) em matéria de responsabilidade do Estado, em detrimento da teoria do risco integral (sem restrições), pois como sabemos aquela primeira teoria admite a existência de excludentes do dever de indenizar. Esta é a posição da maioria da doutrina mais recente sobre o tema<sup>38</sup>. Dessa forma, para que a obrigação estatal se perfeça, além do nexo causal entre a atuação e o dano respectivo, também é necessário que não tenham contribuído para o prejuízo a própria vítima ou terceiro, nem decorra de caso fortuito ou força maior; essas excludentes são motivos que afastam a obrigação do Estado de indenizar, por descaracterizarem o próprio nexo causal. Convém lembrar que quando tratar-se de culpa concorrente da vítima (ou terceiro), a obrigação do Estado é reduzida na mesma proporção conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial<sup>39</sup>.

Nessa condição, os agentes do Estado (notadamente o magistrado que tiver conhecimento da prisão), devem envidar todos os esforços no sentido de certificar-se de que a mesma é legal, e não o sendo, deverão libertar imediatamente o detido. A ressalva a ser feita é que, sendo constatada a concorrência de culpa da vítima da prisão injusta, eventualmente o valor da indenização pode ser reduzido na mesma proporção.

## O dano indenizável

Em verdade, para que haja a reparação ou seja configurada a responsabilidade civil do Estado, faz-se necessário a ocorrência de um dano indenizável. Podemos então dizer que dano é a lesão efetuada contra um direito ou bem jurídico suscetível de avaliação econômica. Todavia, atualmente esse conceito é mais alargado de forma a permitir não só a avaliação do dano sob o aspecto da diminuição ou perda patrimonial, como também para permitir a avaliação do dano moral, cuja lesão possui caráter subjetivo (mas igualmente importante para o direito moderno)<sup>40</sup>, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988 que consagrou a indenizabilidade do dano moral (artigo 5º., incisos V e X).



O Código Civil, artigo 402, adotou o princípio da obrigação de indenizar somente se houver dano. O prejuízo deve ser aferível em termos reais e valorado objetivamente, ou seja, deve ser certo quanto a sua existência, não podendo ser meramente hipotético como fruto da imaginação do lesado, sem fundamento em fatos concretos<sup>41</sup>. O normal é que o dano se produza no presente e, em regra, cause diminuição patrimonial, podendo também ter efeitos negativos de ordem moral para o lesado (dano emergente); ocorre casos em que essa diminuição patrimonial ou moral tenha seus reflexos para o futuro, frustrando o lesado de benefícios afins (lucro cessante). Dano emergente e lucro cessante podem ocorrer simultaneamente ou isoladamente, tudo dependendo da análise do caso concreto. Para se aferir a existência de lucro cessante é necessário mais do que a mera possibilidade de prejuízo futuro<sup>42</sup>. Todavia, se de um lado a simples possibilidade não é suficiente para existência do lucro cessante, de outro lado também não é de se exigir certeza absoluta.

O dano pode ser reparado de forma natural (ou específica) e pela indenização pecuniária, embora a reparação natural seja aquela que maior afinidade possui para o fim de recompor a situação anterior do lesado (*statu quo ante*); o que ocorre é que, em face da dificuldade de se estabelecer a reparação específica, devido a problemas de ordem prática atribuídos a cada caso, notadamente quando o dano tem como característica a destruição do objeto, o certo é que a reparação pecuniária acaba por ser a mais privilegiada e preferida para recompor o prejuízo havido, legitimando essa última forma de indenização (subsidiária), pois sua finalidade, como é óbvio, também é a compensação (dano moral) ou recomposição patrimonial do lesado, e há mesmo ocasiões em que essa forma de reparação é a que mais se coaduna com a natureza do dano causado.

### O dano patrimonial

Em se tratando de prisão indevida e no que diz respeito ao **dano patrimonial**, deverá ser avaliado o prejuízo efetivo sentido pelo lesado conforme a realidade do caso concreto, podendo a indenização ter caráter alimentar ou ter natureza de recomposição patrimonial propriamente dita, restringindo-se nesta última hipótese ao restabelecimento do *statu quo ante*.

Mais comum, entretanto, é que o prejuízo decorra da perda de remuneração ou rendimentos devido a impossibilidade de exercício de sua profissão (e até mesmo diminuição patrimonial em razão de depreciação da reputação do ofendido junto ao seu círculo de negócios), hipóteses em que a justa avaliação deve ser efetuada computando-se o salário ou rendimentos que o ofendido deixou de perceber injustamente por conta da injusta privação de sua liberdade<sup>43</sup>, na forma como disposto nos artigos 953 e 954 do Código Civil, dentre outros.

### O dano moral

O **dano moral**, que mais diretamente interessa a questão da indenização da prisão indevida, pode ser conceituado como sendo um prejuízo causado aos atributos pessoais (e/ou psíquicos)<sup>44</sup> do indivíduo; ou seja, dano moral é todo aquele que, sem reduzir diretamente o patrimônio, causa diminuição (sofrimento) à pessoa humana, em razão da lesão praticada contra direitos da personalidade (direito à vida, direito à liberdade física, direito à própria imagem, direito à honra, direito ao nome, etc.). A evolução da Ciência do Direito uma vez que reconheceu a importância dos direitos personalíssimos para



o desenvolvimento do Homem, não poderia mesmo negar-lhes sua proteção. A doutrina moderna concorda com a tese da reparação do dano moral nos casos em que aqueles direitos sejam agredidos, causando dor, sofrimento, sentimentos negativos de perda, deterioração da honra e da própria imagem, perda indevida da liberdade física, etc. Na hipótese, a reparação tem como função atenuar os males sofridos (compensar), sempre que se verificar lesão à integridade física, psíquica ou moral do indivíduo<sup>45</sup>.

O dano moral (“puro”) é avaliado não pela repercussão no patrimônio do lesado, mas sim em razão da importância e pelo fato da ofensa perpetrada, “presumindo-se” assim a existência do dano. Devido a inexistência de caráter patrimonial direto nessa espécie de lesão, há doutrinadores que a rotulam como sendo um “não-dano”. A avaliação do dano moral deve revestir-se de caráter compensatório, perfazendo-se numa contrapartida pelo mal sofrido (dor, sentimento de perda, constrangimento, etc.). Deve, pois, ser levado em consideração para a apuração do valor da indenização, dentre outros fatores: a gravidade do dano, a situação familiar e social do lesado, bem como sua reputação; ou seja, a quantia a ser arbitrada deve observar a situação pessoal do ofendido e, sendo o caso, também as posses do ofensor, de maneira a permitir que a compensação seja a mais justa possível e, por outro lado, não se permitindo que haja enriquecimento sem causa do lesado.

Saliente-se que a dificuldade em se avaliar a indenização do dano moral nas hipóteses de prisão indevida é amenizada pela existência entre nós das regras contidas nos artigos 944 a 947, 954 e parágrafo único do artigo 953 do Código Civil (estes últimos, correspondentes aos artigos 1.550 e 1.547, parágrafo único, “segunda parte”, do Código Civil de 1916), que, consoante o prudente juízo do magistrado, levará em consideração quais foram os aspectos da personalidade lesados e a sua extensão, notadamente se em face da privação indevida da liberdade decorrerem lesões físicas com reflexo no aspecto moral do ofendido, como, por exemplo, deformidade em membros do corpo ou outros prejuízos de ordem psíquica<sup>46</sup>.

A jurisprudência, por sua vez, adotando tais princípios nucleares, tem fixado a justa indenização em casos de dano moral por prisão ilegal em limites variáveis, conforme cada situação submetida à apreciação do judiciário, podendo a condenação imposta ao Estado atingir o patamar de até trezentos salários mínimos<sup>47</sup>.

Portanto, adotando-se os critérios acima elencados, parece-nos que quanto ao dano moral poderá ser atingido o fim almejado pela justiça, que é o de, na medida do possível, restabelecer os direitos do lesado à situação anterior ao dano.

## **Conclusão**

O direito à liberdade pessoal por ser sobretudo um direito natural do Homem realmente merece a proteção do Estado, que deve transpor todos os obstáculos no sentido de dar plena proteção e garantia ao exercício desse atributo supremo da pessoa humana.

A liberdade pessoal não é irrestrita, ficando limitada em razão da necessidade de se manter o equilíbrio



do convívio social. O limite ao exercício da liberdade pessoal é imposto pelo ordenamento jurídico, que por sua vez é formulado pelo próprio corpo social por intermédio de seus representantes, como reflexo de seus anseios, o que legitima a ação do Estado sempre que for necessário atuar no sentido de restringir a liberdade pessoal, o que somente poderá ser efetuado pelo modo e como determinado pela lei, de maneira a que seja restabelecido a paz e a ordem social.

Para assegurar o equilíbrio, retirando do meio social os maus cidadãos que transgridem as normas de conduta preexistentes (transgressões mais graves), o Estado restringe a liberdade física por meio da pena de prisão, que é o seu instrumento maior de sanção jurídica e aplicada conforme a gravidade da conduta desrespeitada.

Todavia, a pena restritiva da liberdade tem sofrido uma evolução de forma a não ser considerada tão-somente como meio de retribuição, reprovação ou castigo, mas sim como meio de também se obter a ressocialização do indivíduo, tornando-o efetivamente um cidadão cumpridor das regras sociais. Essa preocupação com a ressocialização do indivíduo fez surgir o que hoje denominamos de justiça criminal consensuada (destinada a pequena e média criminalidade). Ressocialização e justiça criminal consensuada buscam formas alternativas à pena de prisão, bem como a reparação de danos sofridos pela vítima devido a conduta delituosa do ofensor, ficando a pena de prisão reservada para os delitos graves.

A prisão qualquer que seja sua espécie, somente se justifica se em consonância com o sistema legal vigente. Mas como foi visto, é na Carta Magna que encontramos as verdadeiras garantias contra a ocorrência de prisões abusivas, ilegais ou arbitrárias. Assim, podemos destacar a garantia do devido processo legal (artigo 5º., inciso LIV) como princípio de maior grandeza, no qual, de certo modo, estão implícitos os seguintes princípios, dentre outros: princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º., inciso LV), princípio do estado de inocência (art. 5º., inciso LVII), princípio da obrigatoriedade de fundamentação da decisão que determinar a prisão (art. 5º., inciso LXI e art. 93, inciso IX), princípio do direito à liberdade provisória (artigo 5º., inciso LXVI). Encontramos ainda na Constituição Federal vigente a garantia do “habeas corpus” (art. 5º., inciso LXVIII), um remédio jurídico de vital importância para salvaguardar o supremo direito à liberdade física.

Desse modo, qualquer restrição a liberdade física somente se justifica se atender aos princípios e pressupostos gerais previstos no sistema legal vigente, pois o poder conferido ao Estado de restringir a liberdade pessoal não é absoluto, e, caso esse poder seja utilizado sem a observância das regras fixadas pelo legislador o ente estatal ficará obrigado a indenizar os danos causados ao particular, cujo princípio que norteia a referida responsabilidade é o “princípio da repartição dos ônus e encargos públicos”, que determina que os prejuízos acarretados pela ação danosa do Estado sejam distribuídos de forma igualitária pelos componentes da sociedade.

O Direito brasileiro ao prestigiar o referido princípio também adotou a doutrina da responsabilidade objetiva do Estado, fundamentada na teoria do risco administrativo, expressamente prevista no artigo 37, § 6º., da Constituição Federal, que conjugado ao artigo 5º., inciso LXXV, garantem amplamente o direito à indenização por danos morais e patrimoniais (artigo 5º., incisos V e X) nas hipóteses em que haja prisão indevida (seja em face de sentença condenatória, seja em decorrência de custódia cautelar



ilegal, desnecessária ou imotivada). A indenização deve ser a mais completa possível, atendendo-se a tese da reparabilidade plena. A responsabilidade do Estado somente será atenuada em razão da constatação da existência de culpa concorrente da vítima da prisão injusta.

Por todo o exposto, ficou bem assentado que ao Estado cumpre reparar os danos pela indevida restrição da liberdade pessoal e que no Estado de Direito vigente não há espaço para abusos e arbitrariedades que imponham sacrifícios indevidos a liberdade de locomoção.

## Notas

1 “O que o homem perde pelo contrato social é sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo o que lhe diz respeito e pode alcançar. O que ele ganha, é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Para compreender bem estas compensações, é necessário distinguir a liberdade natural, que não tem outros limites a não ser as forças individuais, da liberdade civil, limitada esta pela vontade geral, e a posse, consequência unicamente da força ou direito do primeiro ocupante, da propriedade que só pode fundamentar-se num título positivo” (Jean – Jacques Rousseau, *O Contrato Social (Princípios de Direito Político)*, Trad. de Antônio de P. Machado, p. 39).

2 “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” (Luiz Antonio Soares Soares Hentz, *Indenização da Prisão Indevida*, 1996, p. 37).

3 “Temos aí a noção essencial da liberdade de locomoção: poder que têm todos de coordenar e ‘dirigir suas atividades e de dispor de seu tempo, como bem lhes parecer, em princípio, cumprindo-lhes, entretanto, respeitar as medidas impostas pela lei, no interesse comum, e abster-se de atos lesivos dos direitos de outrem”” (Cfr. Eduardo Espíndola, *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, Rio, Ed. Freitas Bastos, 1952, v. 2º, p. 562, citado por José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 211).

4 “... embora a privação da liberdade, como ato praticado ex vi legis pelo Estado, se revista de um poder, o seu exercício, como em qualquer poder estatal, deve obedecer a princípios gerais e se sujeita a limites traçados previamente pelo legislador...” (Soares Hentz, 1996, op. cit., p. 52).

5 Cfr. Luiz Flávio Gomes, *Suspensão Condicional do Processo Penal*, p. 120.

6 “Uma forte e moderna corrente criminológica, por sua vez, entende que melhor que punir é prevenir e neste campo o Direito Penal cumpriria um papel muito modesto. Por fim, a tendência marcante na atualidade é a de conferir grande importância para sanções alternativas ou substitutivas, destacando-se a reparação dos danos causados pelo delito, sobretudo quando se trata da pequena ou média criminalidade” (Gomes, op. cit., p.120).

7 Cfr. Gomes, *O Direito de Apelar em Liberdade*, p. 44.

8 “Rigorosamente, no regime de liberdades 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



9 julgamento ou mesmo na ausência do processo por razões de necessidade ou oportunidade (Júlio Fabbrini Mirabete, *Código de Processo Penal Interpretado*, 1995, p. 345).

9 Embora tratando do *princípio da razoabilidade* (que possui uma mesma relação de fungibilidade com o *princípio da proporcionalidade*), Barroso nos ensina que: “O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do poder público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É *razoável* o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigente em dado momento ou lugar. Há autores, mesmo, que recorrem ao direito natural como fundamento para a aplicação da regra da razoabilidade, embora possa ela radicar-se perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica” (Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, pp. 204/205).

10 “Eficiência, como efetividade do processo enquanto instrumento da persecução penal e também meio de aferição da inocência do acusado, a demandar vias processuais mais simples, acessíveis, racionais, descomplicadas e céleres; garantismo, como observância rigorosa dos direitos das partes e sobretudo da defesa, para que a função jurisdicional se legitime por intermédio de um processo cercado por todas as garantias do *due process of law*” (Ada Pellegrini Grinover, “A Reforma do Código de Processo Penal”, *Revista de Processo* n.º 77, Janeiro-Março de 1995, pp. 144/148).

11 Publicada no Diário Oficial da União de 25 de novembro de 1.994.

12 Nesse sentido a proposta incorpora nova redação aos artigos 319 e 320 do CPP, cuja redação passaria a ser a seguinte: “Art. 319. A prisão preventiva poderá ser substituída por medidas restritivas de liberdade, consistente em: I- apresentação semanal em local determinado; II- proibição, sem autorização judicial, de ausentar-se: a) da comarca, ou seção judiciária, por mais de oito dias; b) do país; c) da residência, salvo para exercer as funções relativas ao trabalho”. “Art. 320. No caso de crime contra a fé pública, contra a administração pública, a ordem tributária, a ordem econômica, as relações de consumo ou contra os sistema financeiro, será facultado ao juiz impor, também, as seguintes medidas: I- afastamento do exercício de função pública; II- impedimento de participar, direta ou indiretamente, de licitação pública, ou de contrato com a administração pública direta, indireta ou fundacional, e com empresas públicas e sociedades de economia mista”.

13 Nossa Constituição Federal vigente prestigiou expressamente o *princípio da subsidiariedade* por meio do preceito contido no artigo 5º., inciso LXVI e LXI, que determinam, respectivamente, que ninguém seja levado a prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, e que, se não for em razão de flagrante delito, somente pode haver prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.



14 Afrânio Silva Jardim, “A prisão no curso do processo em face da nova Constituição”, *Revista de Processo* n.º 54, Abril-Junho de 1989, pp. 256/259.

15 Ainda sobre o princípio da presunção de inocência em confronto com a disciplina da prisão processual, colhemos o seguinte comentário: “Acreditamos que não se irá ao ponto de procurar vedar a aplicação das regras processuais que disciplinam a prisão provisória, que tem pressupostos próprios, inconfundíveis com a reprimenda penal” (Jardim, *idem*, *ibidem*).

16 É bom frisar que, no concernente a *prisão decorrente de sentença de pronúncia e a prisão decorrente de sentença condenatória*, têm sido o entendimento pretoriano e doutrinário no sentido de que somente se justifica o recolhimento à prisão do acusado ou condenado, caso restem caracterizados os pressupostos e princípios ensejadores da custódia cautelar, principalmente após a Constituição Federal de 1988, que consagra o princípio do estado de inocência, bem como o *princípio do duplo grau de jurisdição*, concluindo-se assim que não pode o réu ser considerado culpado antes de esgotados todos os recursos postos a sua disposição.

17 Cfr. Plínio de Oliveira Correa, *Legitimidade da prisão no Direito brasileiro*, Porto Alegre, Sagra-DC-Luzzatto Editores, 1991, p. 46/47.

18 Cfr. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 435.

19 Para termos uma melhor noção dessa evolução, transcrevemos o esquema evidenciado por Cahali, como segue: “a) num primeiro momento, a irresponsabilidade aparece como um axioma e a existência de uma responsabilidade pecuniária da administração é considerada como um entrave perigoso à execução de seus serviços, tendo os administrados a possibilidade de manejar ação de responsabilidade civil contra o funcionário; b) em uma segunda fase, a questão é tratada parcialmente no plano civilístico, com a responsabilidade do poder público com base nos atos dos prepostos e mandatários como previsto no Código Civil; c) numa terceira fase, a questão se desenvolve no plano próprio do direito público, com concepção original, desapegada do direito civil, lastreada nas teorias da *faute* e do risco administrativo” (Yussef Said Cahali, *Responsabilidade civil do Estado*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1982, p. 9).

20 “Artigo 225º. 1. Quem tiver sofrido detenção ou prisão preventiva manifestamente ilegal pode requerer, perante o tribunal competente, indemnização dos danos sofridos com a privação da liberdade. 2. O disposto no número anterior aplica-se a quem tiver sofrido prisão preventiva que, não sendo ilegal, venha a revelar-se injustificada por erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que dependia, se a privação da liberdade lhe tiver causado prejuízos anómalos e de particular gravidade. Ressalva-se o caso de o preso ter concorrido, por dolo ou negligência, para aquele erro” (Maria João Antunes, *Código de Processo Penal*, “Coleção Códigos”, Coimbra, Ed. Coimbra, 1995, p. 132).

21 Analisando o dispositivo acima, Gonçalves comenta que: “Trata-se da responsabilidade do Estado por actos de gestão pública... O direito à indemnização baseia-se em detenção ou prisão preventiva que



sofram de *ilegalidade manifesta* ou em prisão preventiva injustificada, por *erro grosseiro* na apreciação dos seus pressupostos. Os órgãos de polícia criminal e as autoridades judiciárias, por mais zelosos que procurem ser no cumprimento dos seus deveres, estão sempre sujeitos a alguma margem de erro. Por isso mesmo a lei aqui só leva em conta, para fundamentar a responsabilidade do Estado e conseqüente direito à indenização, o erro grosseiro, isto é aquele em que um agente minimamente cuidadoso não incorreria e a ilegalidade manifesta, isto é aquele que se torna evidente mesmo numa apreciação superficial” (Manuel Lopes Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal anotado*, p. 383, nota 3 ao art. 225).

22 Cfr. Rui Stoco, *Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial*, p. 314; José de Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, vol. II, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1995, p. 578/580, 616.

23 Como aliás tem sido considerado pela doutrina, de que é exemplo o posicionamento de Cianci, que assim escreveu: “E, tal qual o direito comum, a teoria do risco administrativo, que é aquela decorrente da atividade extracontratual do Estado por atos de gestão, rende ensejo à responsabilidade independentemente da averiguação de culpa, porque de risco exclusivamente se trata, quando o ato lícito praticado pela Administração Pública tenha efeitos danosos sobre o indivíduo, de caráter genérico e anormal, sendo inexigível da parte o sacrifício a ela imposto, em benefício da coletividade (Mirna Cianci, *O Valor da reparação moral* São Paulo, Ed. Saraiva, 2003, p. 31).

24 Vale deixar registrado que, o Código Civil vigente, inovando em matéria de responsabilidade civil, relativamente à codificação anterior, deixou expresso a possibilidade da existência de responsabilidade decorrente de ato lícito, *independentemente de culpa*, “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (parágrafo único do artigo 927, do novo Código Civil).

25 “É oportuno lembrar, embora fuja à análise da indenização por erro judiciário, que a segunda parte do dispositivo constitucional, ao prever indenização para quem ficar preso além do tempo fixado na sentença, também se aplica à prisão cautelar injusta ...” (Idem, *ibidem*).

26 O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, pela sua Primeira Turma, já teve a oportunidade de apreciar a matéria no julgamento (à unanimidade) do Recurso Especial nº 427.560-TO, Relator o Ministro Luiz Fux, realizado em 05 de setembro de 2002, publicado no DJ de 30/09/2002, cuja ementa, por pertinente ao tema, transcrevemos abaixo:

**PROCESSO CIVIL. ERRO JUDICIÁRIO. ART 5º, LXXV, DA CF. PRISÃO PROCESSUAL. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS.**

1. A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5º, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização.
2. Assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido. A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar o mais comezinho direito fundamental à vida livre e digna. A absolvição futura revela a ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são



inequívocos (*notoria non egent probationem*).

3. O pedido de indenização por danos decorrentes de restrição ilegal à liberdade, inclui o “dano moral”, que in casu, dispensa prova de sua existência pela inequívocidade da ilegalidade da prisão, 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 libertatis**, 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.

27 Nesse sentido também foi o julgamento proferido na Apelação Cível nº 060.443.5/9 (cujo inteiro teor do v. acórdão encontra-se publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 32, pags. 321/329), pela 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator designado Des. Sérgio Pitombo, realizado em 10 de abril de 2000, restando consignado na ementa do julgado o quanto segue:

#### **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, POR ATIVIDADE JURISDICIONAL, NO PROCESSO PENAL. Possibilidade.**

*Ementa: Responsabilidade civil do Estado por atividade jurisdicional. Possibilidade. Danos decorrentes da prisão indevida e de excesso de prisão cautelar. Entendimento dos preceitos constitucionais (arts. 5º, LXXV, e 37, § 6º). Recurso provido, em parte.*

28 Tratando da interpretação sistemática da Constituição, Barroso nos ensina que: “A Constituição interpreta-se como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente. Mesmo as regras que regem situações específicas, particulares, devem ser interpretadas de forma que não se choquem com o plano geral da Carta. Além dessa unidade interna, a Constituição é responsável pela unidade externa do sistema” (op. cit., p. 128).

29 Para melhor ilustrar o tema, veja-se proposta formulada por Soares Hentz para a criação de uma legislação específica sobre prisão indevida, conforme segue: “... 4. A prisão indevida, por qualquer tempo, ensejará a imediata indenização à vítima ou a seus sucessores, observando o seguinte: I – pagamento mínimo de um salário mínimo e no máximo de trinta salários mínimos por dia de prisão, a ser dosado pelo juiz conforme a gravidade do erro; II – a vítima de prisão indevida poderá ingressar com execução contra a Fazenda Pública, valendo certidão da autoridade administrativa ou judiciária como título executivo; III – a indenização de que trata esse item não exclui a reparação dos danos materiais e



---

morais de que cuida o item 1. ...” (Soares Hentz, *Indenização do Erro Judiciário*, 1995, pp. 75/76).

30 “Dentre os direitos subjetivos de que o homem é titular pode-se facilmente distinguir duas espécies diferentes, a saber: uns que são destacáveis da pessoa de seu titular e outros que não o são. Assim, por exemplo, a propriedade ou o crédito contra um devedor constituem um direito destacável da pessoa de seu titular; ao contrário, outros direitos há que são inerentes à pessoa humana e portanto a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra. Estes são os chamados direitos da personalidade” (Silvio Rodrigues, *Direito Civil, Parte Geral* 1, vol. 1, p. 85).

31 Cfr. Arnold Wald, *Curso de Direito Civil Brasileiro (Introdução e Parte Geral)*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 134/135.

32 “Com efeito, a Carta de 1988 sufragou a tese da reparabilidade dos danos morais, incluindo a matéria no texto sobre os direitos fundamentais da pessoa humana (art. 5º), ... Com isso, em nosso sistema, tollitur quaestio: danos morais são perfeitamente reparáveis” (Carlos Alberto Bittar, *Reparação Civil por Danos Morais*, p. 101).

33 Cfr. Bittar, op. cit., p. 32.

34 Cfr. Súmula nº. 37 do Superior Tribunal de Justiça, que afirma: “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (*Diário da Justiça da União*, 23/3/1992, p.3498).

35 Cfr. Bittar, op. cit., p. 101/103.

36 “Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, ipso facto, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas conseqüências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto” (Bittar, op. cit., p. 202).

37 Cfr. Soares Hentz, 1996, op. cit., p. 154/155.

38 Cfr. Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p. 186; Stoco, op. cit., p. 324.

39 Cfr. Soares Hentz, 1995, op. cit., p. 129/135; Stoco, op. cit., p. 361/362.

40 Segundo Alvim, “dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, aí incluso o dano moral. Em sentido estrito, o dano será a lesão do patrimônio, entendido este como o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro” (Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1972, p. 171).



41 Cfr. Stoco, op. cit., p. 439.

42 Stoco, op. cit., p. 440.

43 V. julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, *Revista dos Tribunais*, nº. 598, Agosto de 1985, p. 71/72 e do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, *Revista dos Tribunais*, nº. 727, Maio de 1996, p. 251/255.

44 Cfr. Bittar, op. cit., p. 28.

45 “Acrescentaríamos que em casos tais o dano é a própria ofensa. O indivíduo é portador de dois patrimônios: um objetivo, exterior, que se traduz na riqueza que amealhou, nos bens materiais que adquiriu. Outro, representado pelo seu patrimônio subjetivo, interno, composto da imagem, personalidade, conceito ou nome que conquistou junto a seus pares e projeta à sociedade. Ambos são passíveis de ser agredidos e, portanto, indenizáveis conjunta – ainda que em razão do mesmo fato – ou isoladamente” (Stoco, op. cit., p. 477).

46 Deve ser notado que, o Código Civil de 1916 fazia prevalecer critérios de fixação do dano material em casos de ofensa à liberdade pessoal, seja em decorrência de *cárcere privado, ocasionada por queixa ou denúncia falsa e de má-fé ou devido a prisão ilegal*. O Código Civil vigente (artigo 186), além de expressamente reconhecer a existência do *dano moral*, também desconsiderou o critério de fixação do quantum que tomava em consideração o fato de que, não havendo possibilidade de provar-se dano material, a indenização corresponderia ao dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (artigo 1.547, parágrafo único, do Código Civil de 1916).

47 Conforme esclarece a pesquisa jurisprudencial elaborada por Cianci, em brilhante monografia sobre o assunto (op. cit., p. 170-178). A mesma autora, acerca da fixação do quantum indenizável pelos danos morais sofridos, aduz que, além dos critérios gerais de fixação aplicáveis à espécie, no que toca a ofensa à liberdade pessoal, a jurisprudência tem considerado especificamente que “o valor será graduado de acordo com o tempo em que o ofendido ficou ilegalmente privado da liberdade”, o que tem levado a condenações entre 20 a 300 salários mínimos (idem, p. 111-112).

### Referências bibliográficas

QUIRINO, A. 1999. *Prisão ilegal e responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Ed. Atlas. 169 p.

BITTAR, C. A. 1994. *Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 254 p.

CIANCI, M. 2003. *O Valor da reparação moral*. São Paulo: Ed. Saraiva. 315 p.

CAHALI, Y. S. 1998. *Dano moral*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 720 p.



- 
- GOMES, L. F. 1996. *Direito de Apelar em Liberdade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 256 p.
- \_\_. 1995. *Suspensão Condicional do Processo Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 232 p.
- GRECO Fº., V. 1995. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Ed. Saraiva. 430 p.
- GRINOVER, A. P. et alii. 1995. *Nulidades do Processo Penal*. São Paulo: Malheiros Editores. 265 p.
- MAIA GONÇALVES, M. L. 1996. *Código de Processo Penal Anotado*. Coimbra: Ed. Almedina. 1.168 p.
- MIRABETE, J. F. 1995. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Ed. Atlas. 957 p.
- \_\_. 1993. *Processo Penal*. São Paulo: Ed. Atlas. 742 p.
- NORONHA, E. M. 1989. *Curso de Direito Processual Penal* São Paulo: Ed. Saraiva. 494 p.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. 1916. *História e prática do habeas-corpus*. R. de Janeiro: Ed. Jacintho Ribeiro. 289 p.
- RODRIGUES. S. 1991. *Direito Civil, Parte Geral*. São Paulo: Ed. Saraiva, vol. 1. 383 p.
- Rousseau, J.J. 1991. *O Contrato Social (Princípios de Direito Político)*, Trad. de Antônio de P. Machado, R. de Janeiro: Ed. Tecnoprint S.A. 145 p.
- SILVA, J. A. 1990. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 756 p.
- SOARES HENTZ, L. A. 1995. *Indenização do Erro Judiciário*. São Paulo: LEUD. 174 p.
- STOCO, R. 1995. *Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 989 p.

**Date Created**

24/07/2005