



Fundação Educacional do Município de Assis  
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis  
Campus "José Santilli Sobrinho"

**RAYRES DOS SANTOS CARVALHO PIRES**

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

ASSIS  
2010

Fone/Fax: (0XX18) 3302 1055 homepage: [www.fema.edu.br](http://www.fema.edu.br)

**RAYRES DOS SANTOS CARVALHO PIRES**

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

**Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis), como requisito para a conclusão do curso, sob a Orientação específica do Prof. Ms. Lenise Antunes Dias de Almeida e orientação geral do Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva.**

Orientador: \_\_\_\_\_

ASSIS  
2010

## FICHA CATALOGRÁFICA

PIRES, RAYRES DOS SANTOS CARVALHO

Responsabilidade Civil do Estado em Face das Prisões Indevidas / Rayres dos Santos Carvalho Pires. Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA - Assis, 2010.

54 p.

Orientador: Profº Ms. Lenise Antunes Dias de Almeida

Trabalho de Conclusão de Curso - Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis - IMESA

1.Introdução. 2. Principios Constitucionais Ligados ao Tema. 3. Da Prisão no Ordenamento Juridico Brasileiro. 4. Responsabilidade Civil. 5. Responsabilidade do Estado em Face das Prisões Indevidas. 6. Considerações Finais

CDD: 340

Biblioteca da  
FEMA

# **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DAS PRISÕES INDEVIDAS**

**RAYRES DOS SANTOS CARVALHO PIRES**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Instituto Municipal  
de Ensino Superior de Assis -  
IMESA, como requisito do Curso de  
Graduação em Direito, analisado  
pela seguinte comissão  
examinadora:

Orientador: Prof<sup>o</sup> Ms. Lenise Antunes Dias de Almeida

Analisador: Prof<sup>o</sup> Ms. Luiz Antonio Ramalho Zanoti \_\_\_\_\_

Assis  
2010

## Dedicatória



Dedico este trabalho primeiramente a Deus e ao Nosso Senhor Jesus Cristo, porque sem Eles nada seria possível.

Dedico á minha filha Anne Caroline, fonte da minha perseverança.

## **Agradecimentos**

Agradeço a todos os professores que pacientemente lecionaram durante o curso, despertando em mim a paixão pelo Direito.

Agradeço ao meu pai, honrado profissional e grande pai. Agradeço a minha mãe pela paciência e dedicação durante todo o curso. E a minha saudosa amiga, a advogada Kellen Orlandi, que me ajudou na escolha do tema desta monografia.

Aos familiares que estão sempre me incentivando e apoiando. E a todos aqueles que indiretamente me ajudaram de alguma forma.

## RESUMO

Este trabalho tem por objetivo demonstrar a responsabilidade civil do Estado numa situação de indevida privação de liberdade e o seu dever de reparação do dano causado ao particular, tendo como base o art. 5º, inciso LXXV da Constituição Federal do Brasil e a teoria risco do administrativo.

**Palavras - chaves:** Direito civil; Responsabilidade; dano; indenização; prisão

## **ABSTRACT**

This paper aims to demonstrate the State's liability in a situation of undue deprivation of liberty and its duty to repair the damage caused to the private, based on Article 5, subsection LXXV of the Federal Constitution of Brazil and the theory of risk administrative.

**Key words:** civil law, liability, damage, indemnity, and prison.

## SUMÁRIO

<b>1.</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>
.....	
<b>11</b>	
<b>2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LIGADOS AO TEMA</b>	
.....	
<b>12</b>	
2.1	CONSIDERAÇÕES GERAIS
.....	
12	
2.2	PRINCÍPIO DA LIBERDADE
.....	
13	
2.3	PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
.....	
17	
<b>3. DA PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b>	
.....	
<b>20</b>	
3.1	EVOLUÇÃO DAS PENAS
.....	
20	
3.2	CONCEITO DE PRISÃO
.....	
23	
3.3	ESPÉCIES DE PRISÃO
.....	
25	

3.4 DAS PRISÕES INDEVIDAS

.....  
27

**4. RESPONSABILIDADE CIVIL**

.....  
**33**

4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL

.....  
33

4.1.1 Responsabilidade civil subjetiva.....38

4.1.2 Responsabilidade civil objetiva.....39

4.1.3 Responsabilidade civil objetiva do Estado.....40

**5. RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM FACE DAS PRISÕES INDEVIDAS.....44**

5.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO EM FACE DAS PRISÕES INDEVIDAS.....44

**6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS**

.....  
49

**LISTA DE ILUSTRAÇÕES**

**FIGURA 1. Foto dos irmãos Naves**



**30**

## **1. INTRODUÇÃO**

Com o crescimento e a evolução humana, surge a necessidade de se criar um ente soberano, que atuasse em benefício da sociedade, organizando-a desde o convívio entre os homens até a sua economia. Atualmente esse ente soberano é chamado de Estado. O Estado, a fim de organizar as relações entre as pessoas, físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, cria o Direito.

A presente monografia tem como finalidade estudar a Responsabilidade Civil do Estado frente às prisões indevidas, tendo como fundamento o artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal de 1988. Para tanto, abordaremos os principais princípios ligados ao assunto: princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana, como também, será analisada a prisão e as espécies adotadas pelo sistema jurídico penal brasileiro.

Destacamos a responsabilização civil objetiva do Estado, expondo as teorias pertinentes. Os graves danos que uma indevida privação de liberdade acarretam ao indivíduo, seja no âmbito familiar, na própria sociedade e até mesmo no mercado de trabalho, por si só já geram ao Estado sua responsabilização e o dever de indenizar.

Condenar uma pessoa inocente é um erro que deve ser reparado. Mesmo que uma condenação criminosa seja revertida, e o “condenado” retorne à condição de inocente, ainda há a necessidade da reparação pelo dano moral sofrido.

Uma pessoa que é condenada por um crime que não cometeu sofre danos, fazendo jus a uma indenização pelo sofrimento passado durante o trâmite processual, pelo tempo em que teve sua liberdade privada, e mais do que isso, pelo tempo em que esteve dentro de um sistema prisional falido. Além disso, a pessoa condenada indevidamente terá sua moral e a sua credibilidade manchada dentro da sociedade em que esta inserida.

Portanto, o objetivo desta monografia é analisar as consequências imputadas ao Estado quando decreta uma prisão injusta e indevida. Uma prisão que fere princípios constitucionais essenciais ao ser humano, a sua liberdade e dignidade.

## **2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LIGADOS AO TEMA**

## 2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A presente monografia tem como objetivo principal analisar a responsabilidade civil do Estado frente as prisões injustas. Para tanto, se faz necessário analisar alguns princípios, os quais são violados quando essas prisões são decretadas.

Durante a Segunda Guerra Mundial, que afligiu a humanidade, os direitos humanos foram olvidados. Nesse período ocorreram barbáries, cujo próprio homem empreendia atrocidades contra o seu semelhante.

Muitas pessoas eram presas e até mesmo condenadas à morte sem que ao menos tivessem cometido crime algum. Bastavam apenas questões genéticas para que essas crueldades ocorressem.

Estávamos diante da prepotência estatal, onde se privava da liberdade e até mesmo da vida, de forma aleatória e segundo o próprio interesse do Estado.

Foi no período Pós Guerra que surge a necessidade da criação dos Direitos Internacionais Humanos, como forma de reconstrução e esperança para se resgatar, principalmente, o respeito à dignidade da pessoa humana.

No pós Segunda Guerra Mundial, as Constituições passaram a se basear em princípios. Esses princípios constitucionais possuíam conceitos em abertos, que lhes davam maior aplicabilidade.

Hoje os princípios constitucionais deixaram de ser considerados como meros “princípios gerais do direito” e passaram a ter funções de suma importância para todos aqueles que estão submetidos a um ordenamento jurídico. Sejam pessoas físicas, jurídicas ou até mesmo o Estado como legislador ou aplicador do direito, devem relevar os princípios em razão das demais normas.

Podemos afirmar que os princípios passaram a ser normatizados. Nesse sentido afirma Piovesan (2003, p. 191): “passou-se a tomar o Direito Constitucional não só como o tradicional ramo político do sistema jurídico de cada nação, mas sim, notadamente, como o seu principal referencial de justiça”.

Apesar dessa mudança, na qual os princípios fundamentais de direitos humanos foram normatizados e potencializados, essa conquista só veio para nosso país com a Constituição Federal de 1988. A aplicação dos princípios, seus estudos, e sua normatização está em total ascensão no Brasil, e ainda haverá muitas conquistas.

## 2.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

O presente tema abordará a responsabilidade do Estado quando numa situação de prisão indevida. Destarte, mister entendermos a valoração da liberdade para o homem no decorrer da história. Neste item abordaremos as concepções da liberdade na história, e sua influência em nosso ordenamento jurídico. A parte histórica deste subitem foi escrita tendo como obra principal o texto de GIUSEPPE TOSI, em sua obra “Liberdade, Igualdade E Fraternidade Na Construção Dos Direitos Humanos” (2009)

Para Aristóteles, em sua obra “Política”, alguns homens nasciam para ser livres e senhores, sendo que outros nasciam para servir. Aliás, segundo o pensamento aristotélico, os que nasciam para ser servos, a escravidão eram justa e benévola. (1997, p.15)

A Revolução Francesa, uma das maiores revoluções humanas, que tinha como princípios fundamentais a Liberdade, Igualdade e Fraternidade, ocorreu entre os anos de 1789 a 1799, modificando o quadro político Francês. Para os franceses, a revolução significou uma libertação política e econômica. Foi a queda do Rei, o qual até então era o que decidia tais questões (*in* <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Revolu%C3%A7%C3%A3o\\_Francesa](http://pt.wikipedia.org/wiki/Revolu%C3%A7%C3%A3o_Francesa)>, *sp.*).

As classes sociais francesas eram basicamente divididas em clero, onde estava o Rei, sob forte influência religiosa cristã; a nobreza, da qual faziam parte famílias tradicionais e que recebiam o título de “nobres” e o povo, os burgueses.

Foi com o forte crescimento da burguesia que a Revolução Francesa começou a dar seus primeiros sinais. Os burgueses, proprietários de grandes indústrias, tiveram um marcante crescimento de mercado, interno e externo, adquirindo fortunas. No entanto, mesmo tendo a posse de riquezas, os burgueses não pertenciam a alta sociedade francesa, gerando revolta.

Para os burgueses, a Revolução Francesa significou a libertação política e econômica, já que grande parte das riquezas estava em suas mãos, sendo que o clero e a nobreza, esbanjadores de regalias à custa dos burgueses, tinham perdido a confiabilidade da sociedade.

No Brasil, historicamente, podemos destacar a busca social pela liberdade na época em que a ditadura militar afligiu nosso País. Naquela situação, estávamos diante do que popularmente chamamos de liberdade de expressão.

O Brasil, na ditadura militar, que ocorreu em 1964 a 1985, os próprios militares tomaram o poder estatal, passando a controlar o País segundo suas

convicções. Neste caso não há o que se falar em representação popular, já que os militares não adentraram no poder através do voto da sociedade, e sim, por um golpe (in < <http://www.suapesquisa.com/ditadura/>>, sp.).

A política brasileira, durante a ditadura militar, estava sob forte tensão. Várias pessoas foram presas a fim de manter os militares no domínio. Nesse período, a liberdade de expressão foi quase que abolida, reinando sobre o País o regime da censura.

Era proibido praticar qualquer menção lesiva ao regime militar, ou seja, era proibido falar mal da ditadura militar. A repreensão militar esteve presente em todos os lugares, desde escolas, faculdades, bares, rádios, programas televisivos, etc.

Programas de rádios e televisivos, músicas e novelas, tudo era censurado. Antes de serem exibidos à grande massa popular, era necessário passar por uma comissão de censura, que removiam aquilo que eles consideravam afrontoso ao Regime Militar.

Popularmente, ganhou grande destaque alguns compositores musicais daquela época, que burlavam a censura através de sua astúcia e competência, compondo músicas que pareciam inofensivas, mas que na verdade eram verdadeiras críticas à ditadura.

Foi no período do regime militar que também ocorreram diversas prisões injustas. Muitos desses presos políticos eram torturados, exilados ou até mesmo mortos. Até hoje, há mais de duas décadas do fim da ditadura, muitas pessoas ainda continuam desaparecidas. São várias famílias que ainda padecem por parentes que simplesmente desapareceram.

A liberdade pode estar ligada a diversas condições humanas, sejam elas pessoais, políticas, sociais, econômicas, filosóficas, etc. A cada período histórico uma dessas formas de liberdade se realça, podendo ser a base de conflitos entre os povos.

A liberdade é o anseio do homem, seu fundamento de vida, e também um princípio religioso, sendo considerado um dos maiores presente de Deus.

Como já elucidado, a liberdade é um dos fundamentos da vida humana. Para os cristãos, nem mesmo Deus nos privou de nossa liberdade, garantindo-nos o livre arbítrio. O Estado, assim como Deus, nos garante a liberdade. No entanto é o próprio Estado que impõem as consequências do uso desta, é o “Estado como o Deus real” (HENTZ, 1996, p. 25).

Todos nós temos liberdade porém, usufruir dela muitas vezes nos geram consequências, chamada liberdade com responsabilidade. Daí então, o Estado, único detentor do *jus puniendi*, é quem nos impõe essas consequências do uso

irresponsável, de modo a nos limitar de certa forma. Ser livre não é fazer tudo aquilo que queremos e da forma como queremos. Somos livres até o limite em que o exercício desta liberdade não prejudique outrem.

Num raciocínio lógico, por ser a liberdade um dos maiores anseios do homem, a forma com que o Estado encontrou de manter a organização social e nos limitarmos é nos privar dela.

Segundo Montesquieu, em sua obra “O espírito das leis”, livro XI, 3, (*in* <[http://www.datavenia.net/artigos/Teoria\\_Geral/flama5.html](http://www.datavenia.net/artigos/Teoria_Geral/flama5.html)>, sp.), a liberdade é o direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem. O Estado em nenhum momento nos proíbe de desrespeitar a lei, porém esse desrespeito nos gerará consequências, que podem ser no âmbito penal, civil ou administrativo.

O Direito sempre esteve intimamente ligado com a liberdade: “Pensar em Direito, é pensar a Liberdade. Fazer agir o Direito, é viver a Liberdade” (MADJAROF, 2007, *in* <[www.mundodosfilosofos.com.br/rosana3.htm](http://www.mundodosfilosofos.com.br/rosana3.htm)>).

A liberdade é a essência humana, por isso o legislador preocupou-se em inseri-la no rol dos direitos e garantias fundamentais e é um direito constitucionalmente garantido:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...]

O Estado, detentor do direito de punir só poderá fazê-lo mediante previsão legal. Assim dispõem a Constituição Federal do Brasil:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

No que diz respeito ao Direito Penal, o Estado somente poderá punir o cidadão quando o ato estiver previsto como crime (princípio da anterioridade da lei penal), sendo que a punição imposta terá que ser obrigatoriamente como prescreve o texto legal. Ou seja, se para aquele crime não esta prevista pena de prisão, esta não poderá ser imposta como sanção.

No âmbito penal é mais fácil identificarmos o princípio da liberdade, principalmente quando se trata de sua privação, ou seja, a prisão. Neste caso, segundo o entendimento de Pontes de Miranda, estamos nos referindo à

chamada liberdade física (MIRANDA, 1999, p. 35), ou seja, a maior das liberdades pessoais inerentes ao homem.

Definiu Luiz Antonio Soares Hentz: “A liberdade pessoal não se explica em face somente de ideias abstratas, sendo, ao contrário, no campo prático que se revela de suma importância” (1996, p. 36).

O cometimento de um crime pode gerar a privação de liberdade, ocorrendo o encarcerado em estabelecimento prisional, não podendo dali sair, até o fim do cumprimento da pena, ou por autorização expressa.

Para que haja a privação da liberdade em estabelecimento prisional é imprescindível o cometimento de um fato tipificado pela lei como crime, e que seja devidamente comprovado sua autoria.

Para que se atendam todos os requisitos e se cumpra o princípio da liberdade é necessária a presença do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Somente haverá prisão quando realizado o devido processo legal, no qual foram respeitados a ampla defesa e o contraditório.

A prisão realizada antes do devido processo legal, chamada prisão cautelar, tem caráter excepcional, sendo que sua decretação depende do preenchimento dos requisitos legais.

Destarte, a prisão feita em desconformidade com os preceitos legais torna-se injusta, por não ter havido um devido processo, ou quando prisão cautelar, não ter sido preenchido os requisitos necessários.

Há situações em que foram respeitados todos os requisitos legais, inclusive do devido processo legal, seguido da ampla defesa e do contraditório, e mesmo assim poderá haver uma prisão injusta.

Existem inúmeros casos em que pessoas são presas indevidamente. Chega-se à conclusão de que havia autoria certa e posteriormente descobre-se que não. Essas pessoas tiveram sua liberdade privada, foram encarceradas em um sistema prisional, perderam diversos de seus direitos, sem que fossem autoras de um crime.

Ressalta-se que cabe ao Poder Público provar a autoria do crime, já que quem lhe imputa o crime é o próprio Estado, que constituirá o direito de punir. É muito mais difícil provar a não autoria de um crime, principalmente quando realmente não se é o autor deste.

Essas prisões indevidas e injustas, ocorridas muitas vezes por falta de cautela estatal na aplicação da sanção penal, ferem o princípio da liberdade, e também a moral do ofendido.

### 2.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Passaremos agora, a abordar as implicações trazidas por uma prisão indevida, no que diz respeito ao ferimento do princípio da dignidade da pessoa humana. Será feito um breve relato histórico, a fim de melhor demonstrar a suma importância do princípio em comento, tanto no ordenamento jurídico, quanto para a sociedade em geral.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos mais importantes, principalmente quando se trata de ética social e direitos humanos: “Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” (SILVA, 2002, p.25).

A primeira Constituição a prever o princípio da dignidade da pessoa humana foi a Alemã, chamada de “Grundgesetz” de 1949, que assim dispunha: “Art. 1.1 A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e a protegê-la” (in [No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana foi normatizado com a Constituição Federal de 1988:](http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://wopedia.mobi/en/Grundgesetz&ei=brm8TLW3IsT58Aab48HFCw&sa=X&oi=translate&ct=result&resnum=3&ved=0CCMQ7gEwAg&prev=/search%3Fq%3D%25E2%2580%259CGrundgesetz%25E2%2580%259D%2Bde%2B1.949,%2Bart%2B1%26hl%3Dpt-BR%26biw%3D1003%26bih%3D414%26prmd%3Db>”).</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

Em qualquer ciência ou sociedade haverá dificuldade de definir o que é dignidade. Até mesmo para a filosofia, “dignidade da pessoa humana” continua sendo um enigma. ZELLER, trazido por MODIN BATTISTA, que afirma que na filosofia antiga falta até mesmo o termo para exprimir a personalidade (2003, p. 285).

O termo dignidade da pessoa humana possui conceito em aberto e, muitas vezes, depende da subjetividade de cada um, sendo certo que dignidade é direito constitucionalmente garantido a todos, ressaltando que a lei prevê a igualdade entre todos, portanto todas as pessoas são seres dotados de dignidade, possuindo direitos e deveres, uns para com os outros.

Para conceituarmos o que é dignidade imprescindível que analisemos o contexto em que esta inserida, se é para determinado indivíduo ou se para toda uma nação, já que os princípios constitucionais são norteadores do ordenamento jurídico e foram normatizados.

É no direito penal que, mais perceptivelmente, se aflora os princípios constitucionais de direitos humanos. Isto porque é neste ramo do Direito que o Estado atua de forma punitiva, privando o homem de um de seus bens mais valiosos, ou seja, a liberdade.

Para o Estado, resguardar e aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana é um dever absoluto, até mesmo porque é o único detentor do jus puniendi. Sua atuação em desconformidade com o que roga o princípio em comento pode gerar nulidade absoluta do ato.

Inegável o afronto ao princípio da dignidade da pessoa humana quando numa situação de prisão indevida, haja vista que a pessoa injustamente presa nada deve a sociedade, sequer é autor de um delito criminalmente tipificado.

O simples fato de se ter imputado determinado crime a um inocente já configura brutalidade ao princípio da dignidade, e só se agrava se considerarmos a falência e a precariedade do sistema prisional ao qual aquele inocente será lançado.

Além disso, o preso indevido sofrerá injustamente todos os preconceitos sociais, terá dificuldades de retornar ao convívio social e até mesmo ao trabalho. Terá ferida sua dignidade como homem de família, como homem que esta inserido em uma sociedade e como um trabalhador.

### 3. DA PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

#### 3.1 EVOLUÇÃO DAS PENAS

Para que chegássemos às características atuais das penas, foram necessárias décadas de evoluções. As penas estão presente na vida humana desde os tempos primórdios. Por tanto, imprescindível que analisemos os conceitos históricos das penas, para que então cheguemos ao conceito atual de pena privativa de liberdade. Usaremos como base deste subitem as obras de MIRABETE, in “Processo Penal” (1996) e “Manual de Direito Penal”(1999).

Através dos estudos históricos, verificamos que as penas já são aplicadas desde os tempos primórdios do homem. No entanto, as elas possuíam forte cunho religioso. Não só as penas, mas todos os acontecimentos humanos e naturais tinham como base situações místicas e proviam de divindades, que eram tidos como seres superiores. Isto porque a sociedade desta época ainda não era capaz de explicar os acontecimentos da vida cotidiana. Os acontecimentos eram sempre atribuídos a divindades.

A Vingança Privada foi uma das fases das penas. Nela havia total desproporcionalidade entre a pena aplicada e o mal cometido pelo criminoso. Os aplicadores das penas eram as próprias vítimas ou seus familiares, incluindo suas tribos. (MIRABETE, 1999, p. 35)

A fase da Vingança Privada não foi considerada como uma fase jurídica, e sim apenas uma fato sociológico. Não havia institutos, leis, ou qualquer outra regra. Eram apenas reações desproporcionais em face do criminoso. Houve duas grandes evoluções na fase da Vingança Privada, surgindo o talião e a composição, chamada de Lei Mosaica (MIRABETE, 1999, p. 30).

O talião nada mais era do que a regulamentação da proporcionalidade das reações face ao criminoso. A pena aplicada deveria ser na mesma proporção do mal causado. Tratando-se de proporcionalidade, destaca-se o Código de

*Hamurabi*, o qual nos remete a expressão “sangue por sangue, olho por olho, dente por dente”.

O Código de *Hamurabi* foi encontrado em 1901 por uma expedição francesa na antiga região da Mesopotâmia. Foi o primeiro conjunto de leis escritas já encontrado, havendo 282 leis, acredita-se que 13 leis foram extraídas por credences da sociedade daquela época (in <[http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo\\_de\\_Hamurabi](http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hamurabi)>).

A composição era uma forma de o delinqüente saldar o mal causado através do pagamento, que podia ser em dinheiro, animais, trabalhos, etc. No Direito atual ainda podemos encontrar formas evoluídas da composição da época da Vingança Privada. Ainda há o pagamento, geralmente em dinheiro, pelo criminoso a fim de reparar o dano causado à vítima (in <[cienciascriminais.blogspot.com.br](http://cienciascriminais.blogspot.com.br)>)

O período em que a influência divina foi fortemente acentuada denominou-se Vingança Divina. Foi marcada pela ira dos deuses sobre os que delinqüiam, sendo um tipo de satisfação divina (MIRABETE, 1999, p. 36).

A pena era aplicada segundo a proporção do “pecado” cometido contra os deuses. Nesta fase nota-se a forte influência do povo germânico e da Igreja. Estado e igreja se confundiam. Eram os sacerdotes que “comunicavam-se” com os seres superiores e divinos, e por fim comandavam a aplicação da pena. Nesse período verifica-se a aplicação de penas que, além de desproporcionais, eram cruéis e desumanas.

Não era possível fazer distinção entre o Direito e a religião. Ambas se misturavam. O Direito era intensamente influenciado pela religião. Não só o Direito, mas também outras áreas da vida social daquela época.

Já havia a prisão como pena. A pena prisão era aplicada pela igreja, chamada de prisão eclesiástica e era usada para a punição dos próprios membros das igrejas. Seu cunho era fazer com que os clérigos faltosos meditassem sobre o pecado cometido e se redimissem perante Deus.

Com a crescente evolução social, conseqüentemente sua melhor organização surge à figura de um ser cuja função era chefiar, podendo ser o Rei, o Príncipe ou o Regente . É a fase da Vingança Pública que ocorreu nos Séculos XV.

Nesta fase a pena é aplicada em nome deste chefe social que visa resguardar o bem e a organização de sua sociedade. Não havia o caráter ressocializador da pena, ainda tinha a figura de punição pelo mal cometido à sociedade, verdadeira vingança social ao delinqüente.

Ainda eram aplicadas penas de morte, torturas, mutilações e o confisco de bens. As penas aplicadas na Vingança Pública passavam da pessoa do infrator e atingiam também seus familiares (MIRABETE, 1999, p. 36)

No Brasil, durante a fase da Vingança Pública, estávamos no período da colonização. O Direito Penal que veio para o nosso País foi exportado da Coroa Portuguesa.

Ainda a respeito da evolução histórica da pena, podemos destacar três teorias doutrinárias que definem sua natureza: absolutas, relativas e mistas (MIRABETE, 1999, p. 245 a 246).

As teorias absolutas, também chamadas de retribucionistas, asseveram que as penas têm por finalidade apenas o caráter punitivo do delinquente. A pena é a retribuição pela prática do crime. Apenas buscavam-se meios retributivos para castigar o delinqüente, não havendo qualquer preocupação com a sua pessoa, nem mesmo a de ressocializá-lo e inseri-lo novamente na sociedade. As penas eram mistas e podiam ter caráter divino, moral ou jurídico (MIRABETE, 1999, p. 244).

Nas teorias relativas, ou também utilitaristas, a finalidade das penas era de prevenir a prática de outros crimes, isto é, punia-se para intimidar o delinquente a cometer novos crimes. Aliás, para esta teoria, além de intimidar o próprio delinquente, a pena também serviria como exemplo aos demais membros daquela sociedade, de forma a evitar que outras pessoas também viessem a delinquir (MIRABETE, 1999, p. 244/245).

Segundo Mirabete (1999, p. 245), “o fim da pena é a prevenção geral, quando intimida todos os componentes da sociedade, e de prevenção particular, ao impedir que o delinqüente pratique novos crimes, intimidando-o e corrigindo-o”.

As teorias mistas ou ecléticas utilizaram conceitos das duas teorias acima elucidadas, afirmando que a pena possuía caráter retributivo ao crime e também preventivo particular ou social. Acrescentou que a pena também tem por finalidade a correção e a educação do delinquente, ou seja, caráter ressocializador. Previu que para a aplicação das penas deveria se considerar a periculosidade e a inimputabilidade do agente (MIRABETE, 1999, p. 245).

No entanto, apesar de décadas evolutivas, até os dias atuais as penas, apesar de legalmente terem função ressocializadora, na prática ainda continua prevalecendo o caráter retributivo.

Nesse sentido, afirmou Baccaria: “As penas punem os delitos que fizeram nascer” (1991, p. 54).

Destarte, após toda evolução histórica aqui abordada, percebemos que o Direito Penal sofreu grandes evoluções, apesar de ainda atualmente

apresentar diversos erros a ser corrigidos. Portanto, podemos concluir que ainda haverá muitas evoluções sociais e jurídicas, que afetarão diretamente o âmbito penal brasileiro.

### 3.2 CONCEITO DE PRISÃO

Podemos dizer que prisão é todo o lugar onde alguém fica recolhido e tem sua liberdade de locomoção tolhida, através da atuação de uma força maior (Estado). Manter alguém preso é custodiar.

Assim como as penas, a prisão também vem há tempos sendo utilizadas pelo homem. No início, somente os animais eram presos. Posteriormente, pessoas também começaram a ser presas. Nesta ocasião prendia-se para evitar a fuga.

Até mesmo na Bíblia encontramos a prisão como forma de punição:

Puseram-no em prisão até que Moisés tomasse uma decisão, segundo a ordem do Senhor. (Levítico 24,12)  
 E mandou metê-los numa prisão durante três dias. (Gênesis 42,19)  
 E os filisteus, tomando-o, furaram-lhe os olhos e levaram-no a Gaza ligado com uma dupla cadeia de bronze, e ali meteram-no na prisão, fazendo-o girar a mó. (Juízes 16,21).

Vale dizer que apesar de antiga, e de grandes evoluções, a prisão em nenhum momento atingiu sua verdadeira função, e ainda não atinge. Prendia-se para não fugir, para castigar, para salvar, para meditar.

A princípio, assim como os animais, os delinquentes eram presos pelos pés, pescoço e mãos. Não havia local próprio para que permanecesse preso.

No entanto, com o crescente número de presos, surgem a necessidade de se obter locais determinados, e para esta finalidade. Até mesmo cavernas foram utilizadas para aprisionar.

A primeira prisão foi construída entre 1.550 e 1.552, em Londres, chamada de "*House of Correction*" (Casa de Correção). Possuía várias deficiências e precariedades. O que até os dias atuais se perdura e ainda se está diante de prisões falidas e precárias (MIRABETE, 1999, p. 249).

Nesse sentido, ressalta Foucault (1991, p. 243):

O atestado de que a prisão fracassa em reduzir os crimes deve talvez ser substituído pela hipótese de que a prisão conseguiu muito bem produzir a delinquência. O sucesso é tal que, depois de um Séculos e

meio de 'fracassos' a prisão continua a existir produzindo os mesmos efeitos e que se têm os maiores escrúpulos em derrubá-las".

Apesar das várias falhas, as penas de prisões foram as propulsoras do fim das penas de castigos corporais, mutilações, etc. A prisão é o meio pelo qual o delinquente cumpre sua pena.

Destacam-se três sistemas de execução da pena prisão, sendo eles o sistema da Filadélfia, *Auburn* e o sistema Inglês (MIRABETE, 1999, p. 249, 250).

a) O sistema da Filadélfia consiste no total afastamento do delinqüente de outros membros da sociedade. O preso permanecia isolado em uma cela exclusiva, nem mesmo o banho de sol era na presença dos demais delinqüentes. Eram proibidas as visitas, além de ser obrigatória a leitura da Bíblia. Era um sistema severo, que não atendia o fim ressocializador da pena, até mesmo porque o preso estava abdicado do convívio social (MIRABETE, 1999, p. 249).

b) O sistema de Auburn, também conhecido como *silent system* (sistema do silêncio), permitia o convívio entre os presos, no entanto era proibido qualquer tipo de comunicação entre eles. Já havia sistema de progressão, sendo que inicialmente o preso trabalhava isoladamente e, posteriormente, na companhia dos demais (MIRABETE, 1999, p. 250).

c) Já no sistema inglês, ou progressivo, datado dos Séculos XIX, o comportamento do preso era considerado como meio para progredir de estágio. O comportamento era analisado sob o aspecto de conduta carcerária e de desempenho de trabalho. O sistema progressivo possuía três etapas da prisão. Na primeira etapa, o preso permanecia isolado em uma cela individual, denominado período de prova. A segunda etapa permitia que o preso efetuasse seu trabalho na presença dos demais, em silêncio. A terceira etapa, mais evoluída, permitia o livramento condicional, no qual o preso trabalhava na presença da sociedade em geral. Não havia fixação do tempo de prisão pelo juiz no sistema progressivo. Haveria de se obedecer ao cumprimento das três etapas (MIRABETE, 1999, p. 250).

No Brasil foi adotado o sistema irlandês progressivo, diferenciando-se por não haver a utilização de marcas ou vales. Havia o trabalho isolado, que era realizado durante à noite. Também existia o regime semi-aberto, conhecido também como colônia agrícola e o livramento condicional.

No começo, as prisões brasileiras eram geralmente construídas junto às câmaras municipais. Não havia muros, somente grades, que permitiam que os presos se comunicassem com os que ali passavam, e até mesmo pediam esmola.

Somente em 1821 é que o Brasil passou a demonstrar certa preocupação com os presos, principalmente e quase que exclusivamente com as questões de saúde. Os presos desta época eram geralmente acometidos de doenças contagiosas que facilmente se espalhavam à população (SALLA, 1999, p. 43).

Vale frisar que a crise do sistema penitenciário brasileiro advém de um contexto histórico mundial, influenciado principalmente pelos portugueses e pela escravidão. Não é um problema exclusivo e centrado em nosso País. As prisões causam problemas em todos os lugares que se faz presente.

### 3.3 ESPÉCIES DE PRISÃO

O Sistema Penitenciário brasileiro adota vários modelos prisionais, e várias formas de execução da pena. No Brasil verificam-se prisões decretadas através de sentença judicial, no qual já houve o devido processo legal penal.

Para Mirabete, a prisão decretada após a sentença judicial transitada em julgado, é chamada de “prisão penal” (1996, p. 355). É a regra determinada pela nossa Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LIV, que assim dispõem: “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

As prisões penais poderão ser de detenção ou reclusão. A detenção subdivide-se em três regimes distintos, sendo eles o fechado, o semi-aberto e o aberto.

A pena de reclusão em regime fechado determina que o condenado permaneça retido no estabelecimento prisional. Durante o dia o condenado realiza trabalhos dentro da própria penitenciária e durante a noite permanece em sua cela. A cela já não é mais individual, aliás, atualmente se verifica a superlotação, não havendo espaço suficiente para acomodação. Situação esta que contraria a Lei de Execuções Penais que determina que o ambiente celular no qual o preso esta dever ser salubre e ter área mínima de 6 metros quadrados (art. 88, § único, alínea a' e b').

O regime semi-aberto é cumprido em colônia agrícola, industrial ou similar. O trabalho é realizado fora da penitenciária e o alojamento é coletivo. O problema deste regime esta na falta de vagas suficientes para atender a demanda de presos.

No regime aberto o condenado trabalha sem vigilância ou supervisão, é uma forma do Estado dar uma segunda chance. O preso precisará mostrar bom senso e responsabilidade, devendo no período noturno voltar ao alojamento, onde permanecerá recolhido até o dia seguinte.

Existem também as chamadas prisões provisórias ou ainda prisões processuais. São exceções e possuem caráter de medida cautelar e sua aplicação deverá ser somente quando necessário. A finalidade é garantir a realização do devido processo legal e a efetiva aplicação da sanção penal. As prisões cautelares poderão ser decretadas de três formas: prisão em flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária.

A prisão somente poderá ser ordenada pela autoridade competente através da expedição do mandado de prisão. O mandado será confeccionado pelo escrevente e obrigatoriamente assinado pelo juiz competente. Quem dar cumprimento ao mandado é o oficial de justiça ou então a própria polícia. O mandado de prisão deverá conter os requisitos legais, tais como ser assinado pela autoridade competente, designar a pessoa que deve ser presa, de modo a diferenciá-la das demais, mencionar a infração que motivou a prisão. O mandado de prisão que não for devidamente assinado pela autoridade competente será nulo.

A prisão provisória em flagrante delito é aquela realizada no instante em que esta sendo cometido o delito penal. Diz-se flagrante aquilo que esta sendo visto, cometido ou praticado (MIRABETE, 1996, p. 366).

A prisão em flagrante não necessita de ordem expressa, e pode ser medida utilizada por qualquer um, ou seja, qualquer cidadão que esteja visualizando o cometimento de um crime poderá dar voz de prisão.

Prisão preventiva é aquela decretada para assegurar o devido processo legal e também a aplicação da lei penal. Será decretada durante a fase do inquérito policial ou da instrução criminal.

Para que se decrete a prisão preventiva é necessário o preenchimento dos requisitos legais, e que o crime comporte pena restritiva de liberdade

Foi através da Lei 7.960/89 que se regulamentou a prisão temporária. É uma restrição de liberdade por tempo determinado e poderá somente ser decretada pela autoridade judiciária competente. Visa a possibilitar a investigação criminal.

### 3.4 DAS PRISÕES INDEVIDAS

O capítulo anterior abordou as prisões permitidas e consagradas no ordenamento jurídico brasileiro, como resultante de um processo legal e justo, observando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O problema surge quando essa prisão é injusta e fere brutalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, gerando assim a responsabilidade civil do

Estado em indenizar os danos morais e materiais causados a essa pessoa, vítima da ineficiência do Estado.

“A pena para que se possa intimidar, precisa ser certa. O delinqüente só se detém na sua senda criminosa se se deparar com a ameaça segura da pena” (COSTA, 1999, p. 13).

Determinar qual é a finalidade da pena restritiva de liberdade é tarefa árdua, haja vista as variedades conceituais e da dependência contextual sob qual esta sendo analisada.

Certo é que há pena desde os tempos primórdios e até hoje, continua tendo um caráter retributivo pelo crime. E que também a pena sempre estará ligada a uma sanção jurídica de uma conduta tipificada.

“E a pena é uma reação da ordem jurídica contra o fato qualificado como antijurídico, decorrendo daí sua consideração como conseqüência jurídica do fato” (HENTZ, 1996, p. 66).

Para o condenado, a pena tem um fim retributivo, ou seja, é uma consequência/castigo pelo crime praticado. Tendo a sociedade como contexto, a pena adquire um caráter repressivo, isto é, a pena aplicada ao criminoso servirá como exemplo inibidor para a prática de delito.

Em comum, seja para o condenado ou para a sociedade, a prisão sempre terá a característica de prevenção. É através da prisão que o Estado tenta inibir a reincidência do condenado na delinquência, e ao mesmo tempo evitar que novas pessoas cometam novos delitos.

Acredita-se que como sendo a liberdade o anseio do homem, sua privação seria o meio mais eficaz para conter o crescente número de crimes. Miguel Reale (*in <cienciascriminais.blogspot.com>*) trouxe para o Direito a Escola de Defesa Social, que surge após o advento da Teoria Mista, na qual a pena passa a ter além do caráter retributivo (Escola Clássica) e do caráter preventivo (Escola Positiva), uma característica humanista, de ressocialização e inserção do condenado ao convívio social.

Com o crescente número de presos, se observou a necessidade da pena também ressocializar o condenado, ganhando uma visão mais humana.

No entanto, o fim ressocializador da pena ainda é algo abstrato, e até os dias atuais não foi alcançado. Um número muito pequeno de condenados a uma sanção restritiva de liberdade não volta a delinquir e a grande maioria quase sempre acaba voltando aos presídios.

falamos em ressocialização (...), quase sempre estamos falando de pessoas que foram literalmente excluídas da sociedade, não quando

foram encarceradas, mas sim em todo o trajeto de suas vidas, pessoas que não tiveram muitas oportunidades, nem tampouco conseguiram manter a dignidade de vida e acabaram por enveredar no mundo marginal, sem ter a real consciência das conseqüências nefastas de seus atos, para si e para a sociedade em geral.(KLOOS, *in* <[www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1209/Ressocializar-versus-retribuir](http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1209/Ressocializar-versus-retribuir)>).

O número de presos aumenta a cada dia, em acentuada desproporção á capacidade e a quantidade de presídios. Mesmo o Poder Judiciário esta abarrotado de processos criminais, dentre os quais muitos acusados estão presos a tempo aguardando julgamento.

Não há espaço físico suficiente, o trâmite processual é burocrático e lento, os trabalhos oferecidos pelos presídios aos presos, a fim de diminuição da pena, não comportam todos os presos. Existem poucos profissionais qualificados e dispostos a levar ao condenado educação social e moral.

Além dos problemas dos presídios aqui elencados, não podemos deixar de mencionar os com os quais o condenado se depara ao retornar ao convívio social. Poucas empresas estão dispostas a oferecer uma vaga de emprego a um ex-condenado. Geralmente os presos colocados em liberdade não conseguem emprego fixo com salário suficiente para prover o sustento familiar. Ficam a mercê de pequenos trabalhos temporários, bicos, com baixos salários.

A falta de emprego e a percepção dos proventos fazem com que os ex-condenados voltem à sua vida criminosa. Muitas vezes é no crime que eles encontraram respaldo, e conseguir prover com seu próprio sustento e de toda sua família.

Não é que a culpa da reincidência criminal seja da própria sociedade. A discriminação para com os ex-condenados só ocorre porque a sociedade não esta confiante no Poder do Estado em ressocializar o delinqüente.

Para a justiça o delinqüente pode ter cumprido sua pena e extinguido sua obrigação com o Estado. No entanto, socialmente sempre será devedor e incapaz de ressocializar-se. Há a falta de confiança social no sistema estatal. A sociedade não acredita no Estado, tão pouco no sistema penitenciário como meio de ressocialização. As pessoas se sentem prisioneiras em suas próprias casas e por isso, já receosas em serem novamente vítimas do crime, fecham as portas aos ex-condenados.

Assim como o particular, o Estado esta sujeito a cometer erros. Ele atua nas mais diversas áreas, desde administrativas, empresariais, jurídicas, etc. por tanto as chances de cometer erros aumentam. São inúmeros casos de erro judicial e de prisão indevida. Nesse subitem abordaremos as possíveis situações que podem gerar uma indevida privação de liberdade.

O maior erro cometido por autoridades judiciais (romana) na história da humanidade, a acusação, o julgamento e a condenação capital de Jesus Cristo, prisão ilegal, sem motivos, provas forjadas – ilícitas –, juiz arbitrário e dependente. O réu tornou-se vítima e suas últimas palavras foram “Pai, perdoa-lhes, porque não sabem o que fazem (HABIB, 2002, p. 18).

Para os cristãos, um dos mais antigos exemplos de erro judiciário e prisão indevida foi o julgamento de Jesus Cristo, pelos romanos. Estavam presentes provas forjadas e ilícitas, juízo parcial, influência econômica. Existem inúmeros casos de prisões indevidas, seja pelo erro judiciário, ou pelo indivíduo estar a mais tempo na prisão do que o fixado em sentença.

O injusto estatal pode advir de uma ação ou omissão. A primeira ocorre quando o Estado atua, e a segunda se dá quando Ele deixa de atuar. No Direito Penal, o erro pode estar presente nas várias fases processuais, desde o recebimento da denúncia até a sentença.

No Brasil, a prisão indevida de maior destaque nacional aconteceu no ano de 1937, na cidade de Araguari – MG e ficou conhecida como “O caso dos irmãos Naves”. Foi o maior erro judiciário do Brasil. É a história de dois irmãos, Sebastião e Joaquim, que foram presos indevidamente (SCHIETTI, 2009, sp.).

Joaquim e Sebastião Naves se tornaram sócios de seu primo, Benedito Caetano na venda de arroz. Diante da acentuada queda no preço do arroz, Benedito fugiu levando consigo o dinheiro das vendas. Os irmãos Naves então comunicam o fato ao Delegado de Polícia, Francisco Vieira, que iniciaria os vários erros e crueldades judiciárias.

Os irmãos Naves, suas esposas e inclusive sua genitora, são submetidos a incansáveis torturas, até mesmo sexuais, pois o delegado acreditava que Benedito tinha sido assassinado por eles. Além das torturas, os irmãos Naves permaneciam presos em lugares imundos, suscetíveis a doenças, sendo que eram privados de água, luz, comida e visitas.

A defesa dos Naves foi realizada pelo advogado João Alamy Filho. Nos dois juris que foram realizados os irmãos foram absolvidos, no entanto as decisões eram revertidas pelo Tribunal de Justiça, sendo por fim condenados a 25 anos e seis meses de prisão. Após 8 (oito) anos e três meses (agosto de 1946), os Naves conquistam o livramento condicional.

Em 1948, Joaquim Naves faleceu e Sebastião iniciou uma incansável busca, para que pudesse comprovar a sua inocência e a de seu irmão. Sebastião obteve informações sobre o paradeiro de seu primo e foi ao seu encontro. Benedito e Sebastião Naves se reencontram na cidade de Nova Ponte – MG. O primo disse que nada sabia do tormento que tinha passado os irmãos e sua família.

Foi só em 1953, dezesseis anos após o desaparecimento de Benedito, que os irmãos Naves finalmente foram considerados inocentes pela justiça. E só em 1960 é que o Supremo Tribunal Federal proferiu o acórdão procedente ao direito dos irmãos Naves e seus herdeiros de receber jus indenização do Estado por tamanha atrocidade.



Figura 1 – Foto dos Irmãos Naves (in [Como no âmbito privado, na maioria das vezes a solução jurídica encontrada para a reparação do dano causado é a recomposição patrimonial. E assim também é no caso de prisões indevidas.](http://www.google.com.br/imgres?imgurl=http://sp1.fotolog.com/photo/1/44/37/teenage_idol/1242107577696_f.jpg&imgrefurl=http://www.fotolog.com/teenage_idol/50166593&usg=__tagoAvlkdzT3Vrazpz6rREu2mts=&h=189&w=310&sz=46&hl=ptBR&start=3&sig2=PB1k55AfJX5kT_ng2gr7Q&um=1&itbs=1&tbnid=pu0nwZ_W8b816XM:&tbnh=71&tbnw=117&prev=/images%3Fq%3Dirm%25C3%25A3os%2BNaves%26um%3D1%26hl%3DptBR%26sa%3DN%26ndsp%3D20%26tbs%3Disch:1&ei=nEhITKTAJYK78gak3uzCDg, sp.)</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

Considerando que a liberdade é a essência humana e um direito constitucionalmente garantido e protegido (através do habeas corpus), não poderia o Estado ficar impune em face de uma prisão injusta.

O Estado é o único detentor do *jus puniendi*, é o protetor da nossa liberdade. Portanto, sua atuação desastrosa ao decretar prisão indevidamente merece atenção jurídica, doutrinária e social. O Estado como sendo garantidor da liberdade não pode ficar e não deve ficar ileso por sua má atuação, principalmente quando envolve a privação de liberdade.

Como já dito, o homem é dotado de liberdade. No entanto, deve exercê-la de modo responsável, sem prejudicar outras pessoas. Cabe ao Estado atuar responsabilmente e cautelosamente quando o bem atingindo for a liberdade.

Tratando-se de prisão indevida, podemos afirmar que frequentemente há a má atuação estatal, no que diz respeito às prisões cautelares, até mesmo porque são medidas excepcionais e por não haver certeza quanto a verdadeira autoria do crime.

Ainda sobre as prisões cautelares, segundo o Hentz (1996, p. 91), “trata-se de cautela preventiva em favor da sociedade, mas constitui fonte fértil, de erros e causa freqüente de prejuízos aos interesses particulares, que o Direito tolera por decorrer do dever estatal de proteção da sociedade”.

Ao admitir que seja realizada a prisão antes do trânsito em julgado, o Estado assume todos os riscos, inclusive de ter que arcar com os danos provenientes de seus erros. Não há discussão quanto á necessidade das prisões cautelares para dar efetividade a lei penal e restabelecer a ordem social. O problema esta inserido no que diz respeito á má atuação do Estado, e a reparação do dano através da composição patrimonial.

Deve ser garantido ao Estado o seu direito-dever de exercer a prisão antes do devido processo legal, desde que atendido os requisitos legais, a fim de resguardar um bem maior, que é a coletividade. Em contrapartida, também deve ser assegurado ao preso indevido seu direito de reparação.

O Estado não pode abdicar da custódia do indivíduo perigoso. Sua manutenção em liberdade no curso do processo representa risco para um numero ilimitado de pessoas, ao passo que sua prisão resulta em benefício à ordem pública de que é destinatária a coletividade (HENTZ, 1996, p. 107).

A detenção de uma pessoa implica numa exposição aos mais diversos tipos de riscos, seja moral, material, ou pessoal, considerando as doenças que infestam os presídios e suas precariedades.

O cometimento de um erro pelo Estado pode ser atribuído a diversos fatores, seja pelo próprio erro do juiz ao aplicar a lei, por uma má atuação da autoridade policial na fase de inquérito ou por erro cometido pelo Ministério Público. Destarte, podemos estar diante do próprio erro, da ignorância, ou da culpa.

Quanto na prisão penal, ou seja, aquela decretada através de sentença judicial condenatória transitada em julgado irrecorrível, basta que não haja conformidade com os preceitos legais ou com a própria sentença, hipótese em que o preso se encontra privado de sua liberdade a mais tempo do que determinou a sentença.

Segundo a Constituição Federal de 1988, qualquer tipo de prisão indevida, seja ela prisão penal ou cautelar, será passível de erro e conseqüentemente de reparação através de indenização. Além disso, os aplicadores da lei são pessoas humanas, e por isso estão sujeitos a cometerem erros.

A prisão indevida ocorre por uma atuação desastrosa do Estado, que equivocadamente causa o cerceamento da liberdade de um individuo. Essa má atuação estatal, que gera uma prisão indevida, pode advir de um abuso de

poder dos representante legais do Estado, quando o motivo da prisão for por uma conduta que não seja tipificada pelo Código Penal, quando o condenado esta preso há mais tempo do que o fixado em sentença judicial condenatória, ou ainda quando a prisão cautelar não atende aos requisitos legais.

Ressalta-se que o Estado é responsável pela atuação de seus representantes legais, seja o juiz, o promotor de justiça integrante do Ministério Público, ou qualquer outro de menor ou maior escalão hierárquico. Portanto, é dever estatal arcar com os danos causados pelos seus representantes quando estes atuam em nome do Estado.

## **4. RESPONSABILIDADE CIVIL**

### **4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL**

No princípio, o Estado não era responsável pelos seus atos, nem sequer suportaria qualquer ônus quando sua atuação causasse algum dano ao particular. Somente no Séculos XIX, na França é que surgem os primeiros conceitos da culpa administrativa do Estado, passando a arcar com os danos que sua atuação causava.

Imprescindível entendermos o que é responsabilidade civil e a evolução histórica que antecedeu até os dias atuais, para que então chagássemos a responsabilidade do Estado pelos seus atos.

Devemos entender a extrema importância dessa conquista, que só ocorreu após décadas de luta:

Conquista lenta, mas decisiva do Estado de Direito, a responsabilidade estadual é, ela mesma, instrumento de legalidade. É instrumento de legalidade, não apenas o sentido de assegurar a conformidade ao direito dos actos estaduais: a indenização por sacrifícios autoritariamente imposto cumpre uma outra\ função ineliminável no Estado de Direito Material – a realização da justiça material (CANOTILHO,1974, p. 13).

O Estado assim como o particular, deve arcar com os ônus de sua má atuação, e indenizar os lesados.

Segundo Diniz (1998, p. 34):

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Para o Direito, a responsabilidade civil é uma grande conquista da sociedade, instrumento que gera segurança e resguardo de vários direitos. Para a sociedade continua sendo de suma importância, e meio pelo qual se mantém o equilíbrio e organização.

Inegável que a responsabilidade civil nos remeterá ao dano e à indenização. É a consequência por um ato que culposamente ou não, gerou dano a um terceiro. Sendo esse dano moral ou patrimonial, “deve reparar o dano aquele que causá-lo”, (STOCO, 1997, p. 50.)

A responsabilidade civil abrange além daqueles que agem em desconformidade com a lei, também aqueles que agem de acordo com os preceitos legais e mesmo assim causam danos patrimoniais ou morais a outrem. O simples fato de se causar dano a outrem constitui ato ilícito, passível de indenização: “Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O ato ou fato danoso não precisa ser necessariamente praticado pelo sujeito responsável, mas também por terceiros, de que exerce responsabilidade (poder familiar, tutela ou curatela). Até mesmo os animais de estimação que causarem danos a terceiros gerarão responsabilidade a seu dono.

A fim de melhor identificarmos a responsabilidade, a doutrina criou pressupostos para sua existência, sendo eles a ação, o dano e o nexo de causalidade.

Deve-se entender por ação, como pressuposto da responsabilidade civil, todo o ato humano comissivo ou omissivo. Comissivo é o próprio agir, quando agimos e causamos danos a outrem. Omissivo é o não agir quando deveríamos, como por exemplo, quando devemos prestar socorro a alguém e não o fazemos.

A ação pode ser do próprio agente ou de terceiros. É possível que se gere responsabilidade civil por atos animais ou coisas inanimadas, por exemplo, no caso de um cão ou uma árvore que causar dano.

O marco inicial da responsabilidade civil é a ação. Através dela que surgirão os demais pressupostos que caracterizarão a responsabilidade civil.

A ação ainda se subdivide em ilícita ou lícita. Diz ser ação ilícita aquele ato culposo, no qual o agente desejou causar o dano, e por isso agiu ou deixou de agir (comissiva e omissiva), ou seja, o dolo. Já a ação lícita causadora de dano, é aquela que o agente não desejou o dano, porém agiu, de forma a assumir todos os riscos, é a culpa propriamente dita.

Ressalta-se que a ação só será elemento da responsabilidade civil quando praticada voluntariamente pelo agente. Quando presentes a coação, ou então inconsciência do agente, seja por hipnose, delírio mental provocado por doença, ou qualquer outra força maior que leve ao agir causador do dano, não haverá responsabilidade civil.

O dano é outro pressuposto da responsabilidade civil e também da indenização. Não haverá ressarcimento se não houve dano. A responsabilidade pressupõe um dever de reparação. Para que haja reparação imprescindível que tenha ocorrido algum tipo de prejuízo, seja patrimonial ou essencialmente moral.

Dano é toda lesão a um bem juridicamente protegido, causando prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Sem que tenha ocorrido dano a alguém, não há que se cogitar em responsabilidade civil. Ao contrário do que ocorre na esfera penal, aqui o dano sempre será elemento essencial na configuração da responsabilidade civil; não há responsabilidade civil por 'tentativa', ainda que a conduta tenha sido dolosa (CHAMONE, 2008, sp.).

A condenação à indenização sem que esteja presente o dano implicará num enriquecimento ilícito. Portanto, o dano é elemento fundamental, indispensável e obrigatório da responsabilidade civil e da indenização.

Doutrinariamente, o dano patrimonial não gera tantas divergências conceituais, exceto o dano ambiental. O dano patrimonial é mais fácil de ser auferido. Trata-se de uma diminuição do patrimônio do lesado.

Pecuniariamente o dano patrimonial também não gera tantas polêmicas, pois, por se tratar de patrimônio, é economicamente possível de se auferir um valor. Pode-se também contabilizar o valor da perda do patrimônio sofrida.

O dano patrimonial engloba, além do conjunto de bens do lesado, aquilo que ele deixou de ganhar. A diminuição patrimonial sofrida prontamente com a ação danosa do agente é doutrinariamente chamada de dano emergente. O dano que vai ocorrer daqui a certo tempo, mas que oriundo da ação do responsável, é chamado de lucro cessante.

O lucro cessante é auferido economicamente, não pelo que a vítima perdeu, mas sim pelo aumento que ela deixou de ter. Ou seja, o lucro cessante não implica em diminuição, mas sim em falta de crescimento.

Grandes polêmicas surgem em torno do chamado dano moral, talvez por ser algo íntimo da pessoa, ligada diretamente ao seu psíquico e que é impossível de avaliação pecuniária.

Não há discussões acerca da possibilidade de se auferir valor indenizatório ao se tratar de dano moral, sendo contemplada pela nossa Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, inciso V e X.

Tanto na doutrina jurídica quanto na jurisprudência já foi superada a discussão da existência de dano moral sem que haja dano patrimonial. O dano moral pode existir sem que haja o dano patrimonial.

O legislador constituinte propositalmente dispõe sobre o dano à imagem, o material e o moral, o que pressupõem que são distintos e autônomos. Podendo haver coexistência entre eles.

Como já dito, a discussão quanto a possibilidade do dano moral ser indenizável já esta superada. O problema esta quanto ao valor da indenização, já que o dano moral é variável e pode ter maior ou menor intensidade, conforme a pessoa lesada.

A indenização do dano moral não é o remédio de cura dos sentimentos de dor, angustia ou humilhação. Aliás, não basta apenas a existência desses sentimentos; é necessário que haja também algum vínculo de ligação, por exemplo, de parentesco ou amizade.

Sentimentos de dor, angústia, sofrimento, humilhação, etc. nos afligem a todo o momento, seja pelo compadecimento por guerras em países vizinhos, seja por um caso mostrado na TV, mas nem por isso estaríamos diante do dano moral, pois nos faltaria o vínculo.

O dano moral não se ameniza com a indenização, mas é o meio pelo qual o lesado poderá ser compensado, se distraindo com bens e lazer que será proporcionado pela pecúnia indenizatória. Nesse sentido dispõe Diniz: “A reparação pecuniária teria, no dano moral, uma função satisfatória ou compensatória e, concomitadamente, penal, visto ser encargo suportado por quem causou o dano moral” (1998, p. 85).

Deve-se, também, levar em conta as pessoas moralmente lesadas, sendo que o juiz poderá decidir segundo o caso concreto que esta sendo julgado, até mesmo porque a intensidade do dano moral será variável de acordo com a pessoa do lesado.

Também haverá de se considerar a efemeridade do dano moral, haja vista que alguns são passageiros e outros se perduram no tempo, podendo até mesmo ser vitalício, é o caso, por exemplo, dos pais que perdem um filho em um acidente de trânsito.

A indenização do dano moral visará atingir, segundo Diniz (1998, p. 81), uma “situação correspondente”, devido ser, a reparação exata do bem lesado, impossível de se concretizar.

O nexo de causalidade é o último pressuposto para a caracterização da responsabilidade civil. É a relação que deve existir entre a ação e o dano gerado. Se da entre o liame de vínculo existente entre o agir e o dano. Necessariamente o dano causado deve ser gerado pela ação do que vai ser civilmente responsabilizado a indenizar, ou de terceiros que dele dependam.

Se o dano gerado não for proveniente da ação ou omissão do agente, não haverá responsabilidade civil e dever de reparação. Didaticamente e para facilitar a compreensão, melhor dispor acerca das excludentes de nexo de causalidade.

Vale esclarecer que a imputabilidade e nexo de causalidade não devem ser confundidos, sendo que o primeiro depende de causas subjetivas do agente e o segundo de causas objetivas. Poderá existir imputabilidade sem haver nexo de causalidade, é o caso, por exemplo, de que “A” envenena “B”, porém antes mesmo do veneno fazer efeito, “B” morre de ataque cardíaco. Ou seja, não há nexo causal entre o veneno e a morte (ação e dano), mas haverá imputabilidade de “A”, como nos ensina Diniz (1998, p. 94).

Quando a vítima tiver culpa exclusiva pelo seu próprio dano não há o que se falar em responsabilidade civil. O próprio lesado arcará com os ônus do dano, haja vista que mesmo com a ação, o dano só foi gerado pela vítima. O agente torna-se mero instrumento do dano, mas não seu causador.

Já quando houver culpa concorrente entre a vítima e o agente, sendo que os atos praticados por ambos são independentes, passíveis de diferenciação, a responsabilidade de arcar com os ônus será de acordo com a proporção do ato praticado e do dano causado.

Nos casos de culpa comum, no qual os atos da vítima e do agente são praticados conjuntamente e se misturam, não havendo independência entre eles, terá que se observar a igualdade de posições. Quando o lesado e o agente se encontram em igualdade em relação ao ato e ao dano, a responsabilidade irá se compensar entre ambas as partes. Quando estiver desiguais, a responsabilidade de arcar com a reparação do dano será proporcional à culpa de cada parte: “Logo, a culpa concorrente existe quando

ambas as partes agem com qualquer das três clássicas modalidades culposas” (DINIZ, 1.998, p. 95).

Os casos fortuitos ou de força maior irão cessar a responsabilidade civil. Sua principal característica é a imprevisibilidade. Para tanto, necessariamente deverá estar presente dois requisitos: objetivo e subjetivo.

O primeiro requisito, objetivo, se aplica a todas as situações e dispõem que o caso fortuito ou força maior devem ter caráter de inevitabilidade, ou seja, a impossibilidade de se empregar medidas que o evitassem.

O segundo requisito, subjetivo, diz respeito à culpa do agente, isto é, o agente não pode ter interferido para que o evento fortuito ou de força maior ocorresse.

Considerando o tema em comento neste trabalho, “Responsabilidade civil do Estado em face das prisões indevidas”, imprescindível estudar duas espécies da responsabilidade civil, sendo elas a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva, que abordaremos a seguir.

#### 4.1.1 Responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva tem como base a culpa (imprudência, negligência e imperícia) e o dolo, ou seja, haverá necessidade de se provar a existência de um desses elementos na ação do agente.

Na responsabilidade subjetiva a conduta culposa ou dolosa é imprescindível para que haja o dever de indenizar o lesado. A inexistência do dolo ou de uma das modalidades de culpa descaracterizará a responsabilidade.

O dolo é a intenção do agente em causar o dano. Desde o primeiro instante, o agente, propositalmente, dirigiu todas as suas ações de forma a ocasionar o dano. O agente, na responsabilidade civil subjetiva, baseada no dolo, tem como objetivo a ser atingido o próprio dano.

Na responsabilidade civil subjetiva baseada na culpa, o agente não tem como objetivo causar o dano, porém, tem plena consciência da possibilidade de causá-lo e, mesmo assim, prossegue com a ação, assumindo todos os riscos. A culpa divide-se em negligência, imprudência ou imperícia, dependendo do caso concreto.

No dicionário Michaelis Escolar (2010, CD-ROM), negligência é definida como descuido, desatenção, displicência. Age com negligência aquele que sabe o que deve fazer e que se não o fizer causará danos e, ainda assim, opta em não fazer. Consiste em uma omissão.

A imprudência, ao contrário, consiste numa comissão, no agir. Imprudência é quando o agente sabe dos riscos de sua ação e mesmo assim prossegue com ela. A imprudência ocorre quando o agente não toma as precauções necessárias na execução da ação, como por exemplo, o motorista que trafega em alta velocidade em um perímetro escolar.

Age com imperícia aquele que é despreparado para efetuar determinada ação. Portanto, imperícia implica na falta de conhecimentos técnicos e profissionais para exercer determinadas funções. É o caso do farmacêutico realizar uma intervenção cirúrgica.

#### 4.1.2 Responsabilidade civil objetiva

Apesar da regra ainda continuar sendo a responsabilidade civil subjetiva, na qual há a necessidade de se demonstrar a existência da culpa ou do dolo do agente, existe também uma figura jurídica que a dispensa.

A responsabilidade civil objetiva independe da demonstração da culpa ou do dolo do agente, bastando para tanto, a ação, o dano e o nexo de causalidade.

O artigo 927, do Código Civil, assim dispõe:

**Art. 927.** Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

**Parágrafo único.** Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

**A responsabilidade civil objetiva funda-se na Teoria do Risco, ou seja, se assume o risco e mesmo que não haja culpa ou dolo, ainda assim haverá o dever de indenização.**

**Perceba que o legislador trouxe duas situações distintas de responsabilidade objetiva, sendo quando o texto legal assim dispuser ou quando a atividade exercida oferecer riscos a direitos de outrem.**

**A segunda situação possui maior aplicabilidade, haja vista que o legislador não determinou quais são as atividades que por sua própria natureza oferecem riscos aos direitos de outrem, cabendo ao magistrado decidir segundo análise do caso concreto.**

**A doutrina trouxe vários conceitos de “atividades de riscos”, dando destaque para as teorias do risco proveito, na qual há de se demonstrar o**

lucro obtido pelo agente com o dano causado; teoria do risco profissional, que são os próprios riscos que qualquer profissão oferece, chamados de acidente de trabalho; teoria do risco excepcional, quando o dano causado nada tem haver com a profissão do lesado e também não houve lucro com o dano, ocorre em caráter excepcional; teoria do risco criado, que segundo Pereira (1999, p. 47), decorre em razão de sua profissão, mesmo que se tenha adotado todas as medidas protetivas; teoria do risco integral, é tida como a forma mais extrema da responsabilidade objetiva, na qual além da culpa e do dano, até mesmo o nexo causal é dispensado para que haja o dever de reparar.

#### 4.1.3 Responsabilidade civil objetiva do Estado

Para que chegássemos à responsabilização objetiva do Estado, como é nos dias atuais, um longo caminho histórico foi percorrido. A responsabilidade civil objetiva do Estado foi uma grande conquista social e que merece ser trazido a este presente estudo.

No princípio, o Estado não poderia ser responsabilizado pelos seus atos. O Estado era absoluto, criador dos direitos, incapaz de cometer erros. Toda e qualquer responsabilidade recaía sobre os agente estatais, baseando na culpa destes e o Estado nada assumia. Estávamos diante da teoria da irresponsabilidade estatal.

A idéia de soberania (...) impedia ao Estado soberano a assunção da responsabilidade porque não errava. A distinção dos atos estatais em atos de gestão e de império tornava imune o Estado quanto à atribuição de responsabilidade na medida que mais o ato se justificava no poder soberano (HENTZ, 1996, p. 116).

Neste sentido, dispunha a primeira Constituição Política do Império do Brasil de 1.824: "Art. 179, 29 – Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos infratores".

Na data de 1.934, no art. 171 da Constituição Federal do Brasil, o Estado passou a ser responsabilizado solidariamente com seus agentes pelos danos causados aos particulares. Havia o litisconsórcio necessário entre Estado e agente estatal.

Art. 171 Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário público.

A França foi o primeiro País a instituir a responsabilidade civil objetiva da administração pública no Séculos XIX, com o julgamento do caso Blanco, em 1.873.

O Caso Blanco conta a história de uma menina francesa, chamada Agnès Blanco, e que foi atropelada por um pequeno vagão movimentado manualmente, denominado de vagonete (MICHELIS, 2010, CD-ROM), da Companhia Nacional de Manufatura de Tabaco, de exploração do Estado, em 1873, em Bordeaux, na França. O pai da menina impetrou ação de indenização em desfavor do Estado pelos danos sofrido por sua filha.

O Conselho de Estado Francês decidiu pelo pagamento da indenização. (*in* <[http://www.conjur.com.br/2007ar09/supremo\\_discute\\_alcances\\_responsabilidade\\_objetiva](http://www.conjur.com.br/2007ar09/supremo_discute_alcances_responsabilidade_objetiva)>).

Foi com o advento da Constituição Federal brasileira de 1.946 é que surge a responsabilidade civil objetiva do Estado pelos seus atos e de seus agentes:

Art. 194 As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único – Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

O Estado, independentemente de culpa ou dolo, indenizará o particular lesado pela sua atuação. O direito de regresso é resguardado ao Estado, ou seja, indenizado o particular, poderá o Estado mover ação regressiva contra seu agente, devendo provar culpa ou dolo deste. Sendo a ação regressiva procedente, o agente estatal terá que restituir o Estado do desembolso que teve com a indenização.

A partir da Constituição Federal de 1.946, todas passaram a prever a responsabilidade objetiva da administração pública. Atualmente a carta magna em vigor, datada de 1.988, em seu art. 37, §6º, esta inserida a responsabilidade objetiva do Estado:

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A responsabilidade objetiva do Estado tem como ideia principal a efetivação da justiça social. Ter que ressarcir, independentemente de culpa ou dolo, o particular lesado significa também inibir o Estado de que cometa mais ações danosas, fazendo-o com que atue com mais cautela, há a interpretação in dúbio *pro societate*, ou seja, na dúvida deve-se interpretar de forma favorável à sociedade.

O Estado tem o dever de adotar medidas protetivas aos direitos das pessoas, a fim de se evitar causar danos. As medidas tomadas também deverão ser contra as condutas estatais que infrinjam esse dever de proteção.

Também foi com a finalidade de manter o equilíbrio processual entre o Estado e o particular que surge a figura da responsabilidade objetiva.

Devemos manter em foco o princípio jurídico da igualdade, no qual se deve tratar igual os iguais e desigual os desiguais, a fim de se manter o equilíbrio processual entre eles.

Inegável a desigualdade que há entre o Estado e o particular. O Estado, ente soberano, possuidor de grandes riquezas, dotado de prerrogativas, com departamentos e pessoas que realizam serviços específicos.

Em comparação com o Estado, o particular esta em patamar de desigualdade. Para o particular é muito mais difícil provar a culpa ou o dolo do Estado.

Quanto à responsabilidade objetiva estatal, destacam-se três teorias: teoria da culpa administrativa, teoria do risco administrativo e teoria do risco integral, e que integram as teorias publicistas segundo entendimento de Meirelles (1995, p. 50).

A primeira teoria, da culpa administrativa, é caracterizada por uma omissão ou falha, ou seja, é o Estado deixando de atuar quando necessário, como por exemplo, a falha ou a falta de um serviço que deveria ser prestado pela administração pública. Neste caso não podemos confundir a culpa do próprio poder público, com a culpa do funcionário público, que gera ao Estado o direito de impetrar uma ação de regresso, a culpa desta teoria é a chamada “culpa do serviço”, que adveio da expressão francesa “*faute du service publique*”. Nesta teoria, a culpa é da própria administração que, por motivo qualquer, não prestou devidamente seus serviços, seja por ter prestado tardiamente, seja por uma falha, ou também por uma total omissão nessa prestação.

A segunda teoria, do risco administrativo, não depende de um defeito no serviço prestado pelo Estado, e ocorre até mesmo nos casos de uma ação lícita. Dispõe que para haver a responsabilização objetiva da administração pública é necessário que seja preenchido alguns requisitos como ocorrência do dano, omissão ou comissão do Estado e, principalmente, nexos de causalidade entre o dano e a ação além da ausência das excludentes de responsabilidade

estatal, como culpa exclusiva da vítima. De todos, o requisito que deve ser destacado é o do nexo causal, ou seja, é imprescindível que o dano causado tenha direta ligação com a ação ou omissão do Estado, o que inclui, além dos agentes estatais, empresas públicas e empresas particulares, mas que prestam serviços públicos.

Já na terceira teoria publicista, do risco integral, previsto no art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, havendo dano e ação do Estado surgirá a responsabilidade objetiva. Neste caso, será prescindível a existência de nexo de causalidade entre o agir estatal e o dano. Portanto, até mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, o Estado será responsável e deverá arcar com os ônus da indenização.

Essa última teoria (teoria do risco integral) ainda não possui total consenso na doutrina, é a que causa maior alvoroço social e jurídico doutrinário isso porque é a forma exarcebante das teorias publicistas, sendo desnecessário o requisito de nexo causal entre ação estatal e dano.

## **5. RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM FACE DAS PRISÕES INDEVIDAS**

### **5.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO EM FACE DAS PRISÕES INDEVIDAS**

Feitas todas as considerações acima abordadas, inegável o dever estatal de indenizar quando atua de forma a prejudicar direitos de terceiros, principalmente quando afeta a liberdade, inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais e que é de suma importância, não só para o mundo jurídico, mas para toda a sociedade.

Desse modo, da atuação do Estado não poderá advir à coletividade senão benefícios. E a prisão de alguém, sem a correspondência com a condenação legítima emanada do órgão estatal com poderes para tanto, fere não só o direito abstratamente considerado, mas também in concreto a esfera de direitos do cidadão protegidos constitucionalmente, como se da com a liberdade (HENTZ, 1.996, p. 127)

Imprescindível para melhor compreensão do tema abordado na presente monografia transcrever um trecho de CARNELUTTI (2006, p. 77), em sua obra “As Misérias do Processo Penal”, que assim dispõem:

Nem aqui seja dito, ainda uma vez, contra a realidade que se quer de fato protestar. Basta conhecê-la. A conclusão de havê-la conhecido é esta: as pessoas crêem que o processo penal termina com a condenação e não é verdade; as pessoas crêem que a pena termina com a saída do cárcere, e não é verdade; as pessoas crêem que o cárcere perpétuo seja a única pena perpétua; e não é verdade: A pena, se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca. Quem em pecado está perdido, Cristo perdoa, mas os homens não.

Ao efetuar a leitura da Constituição Federal de 1.988, em seu art. 5º, inc. LXXV, perceberemos que o legislador propositalmente, dispõe sobre duas situações distintas que ocasionarão o dever de ressarcimento pelo Estado, sendo o erro judiciário os casos de excesso de prazo de cumprimento de prisão.

Em ambas as situações, o legislador utilizou-se de expressões abstratas, o que vem causando divergências jurisprudenciais e doutrinárias. O legislador não se preocupou em definir o que vem a ser erro judiciário ou então, na segunda hipótese, de excesso de cumprimento de pena privativa de liberdade, não mencionou se a indenização abrange tanto as prisões judiciais como as prisões cautelares. Mas, devemos ressaltar que o legislador constituinte, propositalmente legisla de forma abstrata, a fim de evitar que se diminua a aplicabilidade da carta magna.

O termo “erro judiciário”, por exemplo, possui grande abrangência, podendo ocorrer em todas as ramificações do Direito, inclusive em situações em que não abrangem a prisão indevida.

“[...] o erro judiciário não depende da verificação de prisão, assim como a indevida privação da liberdade física não decorre necessariamente de erro de julgamento”. (HENTZ, 1996, p. 129).

Já os casos em que há o excesso no cumprimento da pena, no qual o indivíduo esta preso a mais tempo do que o fixado em sentença trata-se mais de um problema administrativo do Poder Judiciário ou do próprio estabelecimento penitenciário, que presta seus serviços de forma tardia.

O presente estudo pretende abordar a indenização da prisão indevida advinda do erro judiciário, excluindo os casos de prisão além do tempo fixado em sentença. A indenização da prisão indevida a ser abordada trata-se daquelas oriundas, por exemplo, de dolo do magistrado, de falha no inquérito policial ou até mesmo de julgamento em desconsonância com o que esta prescrito no texto legal.

Para Hentz (1996, p. 130), a prisão indevida se trata de categoria autônoma, independendo da ocorrência do erro judiciário: “(...) e nessa hipótese a indevida privação de liberdade individual opera seus efeitos independente de se assentar sua causa no erro judiciário”.

Para o autor, a prisão indevida pode advir tanto de um erro judiciário, seja no julgamento ou no próprio exercício do duto magistrado, quanto num comportamento de um agente publico que, por exemplo, deixa de cumprir ordens de liberação do preso em casos quando a pena já foi devidamente cumprida.

O art. 5º, inc. LXXV, não esta isolado, e encontra respaldo nos demais capítulos da Carta Magna, como no capítulo que trata da administração publica, art. 37, §6º, e que dispõem sobre a responsabilidade do Estado pelos atos de seus agentes:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Destarte, o legislador constituinte ao inserir o inciso LXXV, no art. 5º, da Constituição Federal de 1.988, não tinha a intenção de banir as prisões indevidas do mundo jurídico, mas sim, garantir e efetivar uma boa aplicação do Direito, tanto para o Estado, quanto para os administrados. Foi uma das formas encontradas de materializar o princípio da dignidade da pessoa humana, que já foi abordado no capítulo 2.3, desta monografia.

O legislador sabiamente preocupou-se em proteger os dois lados da moeda, ou seja, a sociedade como um todo, garantindo ao Estado o *jus puniendi* e o direito de impor uma pena prisão para proteger a sociedade, e o próprio particular, indivíduo isolado, que poderá ser vítima de um erro estatal que lhe imputa uma prisão indevida.

Não só os atos estatais de cunho administrativos é que geram dever de indenização, como já foi no passado, sob forte influência francesa. Atualmente, além dos atos administrativos, os judiciais e do legislativo também geram ao Estado dever de indenizar quando de sua má atuação.

A indenização a ser arcada pelo Estado é totalmente legal, e obedece aos princípios do Direito. Além disso, atende ao requisito geral de responsabilidade civil, que é a existência de um dano: “[...] a justiça não se realizará se alguma espécie de dano ficar sem reparação”. (HENTZ, 1.996, p. 149)

Os danos sofridos pelo indivíduo preso indevidamente pode ser tanto de caráter material e moral. Ressalta-se que, como já dito, o dano material e o dano moral pode coexistir, não havendo necessidade da existência de uma para que haja também o outro.

Em regra, a indenização oriunda de um dano tem por objetivo fazer com que o lesado volte à situação anterior, ou seja, antes do dano. No entanto, na maioria das vezes, é impossível indenizar de forma específica.

O direito brasileiro, diante da dificuldade de se indenizar especificadamente, adotou como forma de indenização o ressarcimento pecuniário. O ressarcimento pecuniário pode fazer com que o lesado volte à situação anterior ao dano, quando este é passível de avaliação pecuniária. No entanto, se torna difícil quando se trata de dano moral. Assim, no caso de dano moral, a indenização buscará amenizar o dano causado ao lesado.

Nos casos de prisão indevida, além de caráter reparatório, a indenização também será uma forma de sanção ao Estado. É um meio de forçar o Estado a buscar melhorias na sua atuação, implantado novas técnicas, investindo em treinamento de seus agentes.

É de conhecimento geral à situação decadencial do sistema penitenciário brasileiro e a precariedade em que vive os que tiveram sobre sua vida a atuação do Estado através do *jus puniendi*, sendo privado de sua liberdade.

Nos presídios, superlotados, não há sequer condições básicas de saúde quem diga de dignidade da pessoa humana. Nem mesmo o objetivo de ressocialização do condenado é atingindo; ao contrário, popularmente os presídios brasileiros são conhecidos como “escolas do crime”, no qual os sentenciados de baixa periculosidade aprendem e aprimoram novas técnicas criminais.

Situação pior são os indivíduos que estão indevidamente nesses presídios falidos. E que só estão lá por outra falha estatal, que lhe imputou uma prisão indevida. Os presos indevidos tem que se sujeitar aos malefícios físicos e psíquicos de um presídio, são obrigados pelo Estado à conviver com verdadeiros criminosos.

Dentro dos presídios verificamos a existência de um Estado paralelo, como por exemplo, as facções criminosas que ditam suas próprias leis e também punem aqueles que não as obedecem.

Mais uma vez, aquele que está preso indevidamente, tem sua dignidade gravemente ferida. Não bastasse expor sua saúde às doenças que alastram os presídios, ainda é obrigado a cometer delitos para que sobreviva, respeitando o “código do crime” elaborado por chefes de facções criminosas que dominam os cárceres estatais.

O simples fato de se estar num presídio em que não há saúde, educação, espaço físico suficiente, entre outras precariedades, já é uma espécie de dano, sem falar que também é um afronto ao princípio da dignidade da pessoa humana. E esta situação se torna ainda pior ao que se sujeita a todos esses absurdos, sem ao menos ter cometido crime algum.

A negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo, (no caso, o condenado) é uma característica do tratamento penal diferenciado que lhe é dado, porém não é de sua essência, ou seja, é uma consequência da individualização de um ser humano como inimigo (ZAFFARONI, 2.007, p. 23)

Zaffaroni ainda afirma que o condenado sofre tripla punição, sendo a primeira punição feita pelo douto magistrado que lhe imputa a pena a ser cumprida. A segunda punição ocorre dentro dos próprios presídios, onde geralmente ocorrem repressões psíquicas e físicas, feitas seja por outros presos ou até mesmo pelos próprios funcionários dos presídios. Ao retornar ao convívio social, seja por qualquer motivo (cumprimento de pena ou benefício) o ex-presos sofre a terceira punição, imputada pela própria sociedade, sendo alvo das mais diversas discriminações.

Portanto, diante de tantos danos que emergem de uma prisão indevida, inadmissível que o Estado fique imune. Deverá sim, o Estado arcar com todos os ônus, e indenizar a vítima por sua má atuação. Deverá, ainda, a indenização ser suficiente para cobrir os danos materiais e morais do lesado.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desse modo, demonstrado os prejuízos sofridos por aquele que é preso indevidamente, não poderá o Estado ficar imune. O Estado deverá ser responsabilizado civilmente e arcar com todos os ônus da indenização.

Assim como o particular, o Estado também está sujeito a cometer erros. Já idéia trazida pela teoria da irresponsabilidade civil de que o “Rei nunca erra; E o príncipe sempre tem razão” é arcaica, tornando-se letra morta no mundo jurídico. Ainda como o particular o Estado também deverá ressarcir os danos que causar aos seus administrados.

O Estado criador e aplicador do Direito, também deverá se sujeitar ao ordenamento jurídico que ele próprio criou. E assim como o particular, ao causar dano a um terceiro, deverá indenizá-lo.

Mais do que um dispositivo de proteção à liberdade, o art. 5º, LXXV da Constituição Federal é um meio pelo qual o particular deverá se valer, não só para ter seu prejuízo reparado, mas também para fazer com que o Estado implante melhorias na sua forma de atuação, seja no âmbito administrativo, judiciário, legislativo ou executivo.

Alem disso, a responsabilidade civil do Estado frente às prisões indevidas, significa a proteção aos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Esse tipo de responsabilidade estatal significa a real magnitude da nossa Carta Magna, na qual até mesmo o Estado deverá respeitá-la, cumprindo suas ordens supremas.

## Referências

### a) Legislação:

Vade Mecum, 2008, Revistas dos Tribunais.

### b) Livros:

AGUIAR, Jose de Dias. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Forense, 1998, 5ª edição.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 1997, 3ª edição.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, V. 2.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. trad. de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martin Fontes, 1991. 1ª edição.

BRANCO, Tales Castelo. **Da Prisão em Flagrante**. São Paulo: Saraiva, 1988, 4ª edição.

CAHALI, Said Yussef. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 1988, 2ª edição.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade civil do Estado por actos lícitos**. São Paulo: Almedina, 1974, 3ª edição.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal**. Campinas, 2004, Tomo IV. 1ª edição.

COSTA, Paulo José da Junior. **Crônicas de um Criminalista**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, 1ª edição.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 1998, V. 7. 12ª edição.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Indenização da Prisão Indevida**. São Paulo: EUD, 1996, 1ª edição.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2008, 13ª edição.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, V. 5. 5ª edição.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 1999, V. 1. 15ª edição.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1996, 5ª edição.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações**. Campinas: Book Seller, 1999, 1ª edição.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003, 2ª edição.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1998, 16ª edição.

SALLA, Fernando. **As Prisões em São Paulo (1822 – 1940)**. São Paulo: Annablume, 1940. 1ª edição.

SANTINI, José Raffaelli. **Dano Moral – Doutrina, Jurisprudência e Prática**. São Paulo: De Direito, 1997, 3ª edição.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editores Malheiros, 2000, 18ª edição.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Direito Humanos como Educação para a Justiça**. São Paulo: LTR, 1998, 1ª edição.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 50).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revam, 2007, 2º edição.

c) **Sites:**

CHAMONE, Marcelo Azevedo. < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11365>>. Acesso em 13 de julho de 2010.

Consultor Jurídico. <[http://www.conjur.com.br/2007-mar-09/supremo\\_discute\\_alcances\\_responsabilidade\\_objetiva](http://www.conjur.com.br/2007-mar-09/supremo_discute_alcances_responsabilidade_objetiva)>. Acesso em 26 de julho de 2010.

Direitos Humanos Net. <[http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/05\\_tosi\\_liberdade\\_igualdade.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/05_tosi_liberdade_igualdade.pdf)>, acesso em 26 de julho de 2010.

Direitos Humanos Net. <[http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/05\\_tosi\\_liberdade\\_igualdade.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/05_tosi_liberdade_igualdade.pdf)>, acesso em 26 de julho de 2010.

Departamento de Penitenciária do Paraná. <[http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia\\_joseribamar.pdf](http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia_joseribamar.pdf)>. Acesso em 06 de julho de 2010.

Direito Net. <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3799/O-principio-da-Dignidade-da-Pessoa-Humana-e-os-Povos-Indigenas>>. Acesso em 04 de julho de 2010.

Jus Navigandi. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1092>>. Acesso em 04 de julho de 2010.

Jus Navigandi. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em 04 de julho de 2010.

Mundo Filósofico. <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/rosana3.htm>>. Acesso em 06 de julho de 2010.

Planalto do Governo Federal.  
<[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 13 de julho de 2010.

Wikipédia. <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Revolu%C3%A7%C3%A3o\\_Francesa](http://pt.wikipedia.org/wiki/Revolu%C3%A7%C3%A3o_Francesa)>. Acesso em 04 de julho de 2010.

Wikipédia. <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Ditadura>>. Acesso em 04 de julho de 2010.

