

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

VILSSANDRA ALLINNE FERREIRA RIBEIRO

**AS PRISÕES CAUTELARES INDEVIDAS E SUA REPERCUSSÃO NA
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

Porto Alegre

2013

VILSSANDRA ALLINNE FERREIRA RIBEIRO

**AS PRISÕES CAUTELARES INDEVIDAS E SUA REPERCUSSÃO NA
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Porto Alegre

2013

Vilssandra Allinne Ferreira Ribeiro

**AS PRISÕES CAUTELARES INDEVIDAS E SUA REPERCUSSÃO NA
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____ de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Pablo Rodrigo Alflen da Silva
Orientador

RESUMO

O objetivo central do trabalho foi verificar em que medida a doutrina e a jurisprudência pátrias reconhecem um dever de reparação a cargo do Estado aos danos causados à esfera juridicamente protegida alheia no exercício de sua função jurisdicional quando da aplicação das prisões cautelares. Verificar em quais hipóteses entende-se que, sobrevindo decreto definitivo absolutório, a prisão anterior à sentença insuscetível de recurso é passível de responsabilização. Fez-se uma análise do regime das prisões provisórias, dando ênfase às alterações legislativas promovidas pela Lei 12.403/2011 que alterou a sistemática aplicável às medidas cautelares pessoais e que pretendeu dar ao processo penal conformação constitucional. A decretação da prisão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória é medida excepcional. Fora a prisão temporária regulada por lei extravagante (Lei 7.960/1989), só existe a prisão preventiva como espécie de prisão efetivamente cautelar. Há necessidade de conter a decretação abusiva das prisões no Brasil. Devem servir para a tutela do processo, qualidade instrumental que se configura como condição à adequação ao princípio da inocência e, por conseguinte, à sua substancial constitucionalidade. A prática judiciária brasileira deve reconhecer o direito à indenização decorrente da prisão preventiva ilegal e a legal de quem posteriormente verificou-se ser inocente, uma vez que a persecução penal é atividade de risco exercida pelo Estado em prol de toda a sociedade, não sendo justo que o indivíduo suporte sozinho os efeitos do ato assim praticado.

Palavras-chave: Processo Civil. Processo Penal. Prisão cautelar. Prisão indevida. Responsabilidade do Estado. Erro judiciário. Indenização.

ABSTRACT

The central objective of this study was to verify to what extent the doctrine and jurisprudence homelands recognize a duty of reparation by the State for damage to legally protected sphere someone else's in the exercise of its judicial function when applying the precautionary arrests. Verifying in which hypothesis it is understood, befallen final decree absolute, the pre-trial jail subject to no appeal is subject to accountability. It made an analysis of the system of provisional arrest, emphasizing legislative changes introduced by Law 12.403/2011 which changed systematically apply to personal protective measures and that he intended to give constitutional criminal procedure conformation. The adjudication of custody prior to the final judgment of conviction is an exceptional measure. Beyond the temporary detention regulated by Fancy law (Law 7.960/1989), there is only a remand prison as a kind of cautionary effectively. There is need to curb abusive enactment of prisons in Brazil. Shall serve for the protection of the process, instrumental quality that sets as a condition to the adequacy of the principle of innocence and, therefore, their substantial constitutionality. The Brazilian judicial practice should recognize the right to indemnity of illegal and legal probation who subsequently was found to be innocent, since the prosecution is risky activity exercised by the State in favor of the whole society, not being fair to the individual stand alone so the effects of the act committed.

Keywords: Civil Procedure. Criminal Procedure. Precautionary prison. Wrongful prison. State responsibility. Mistrial. Indemnity.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	AS PRISÕES CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	9
2.1	CAUTELARIDADE NO PROCESSO PENAL	9
2.1.1	Noções	9
2.1.2	Princípios Fundamentais Regentes da Aplicação das Medidas Cautelares	10
2.1.2.1	Da proporcionalidade	10
2.1.2.2	Da legalidade	12
2.2	PRISÃO CAUTELAR	12
2.2.1	Considerações gerais sobre as prisões cautelares	12
2.2.2	Prisões cautelares em espécie	15
2.2.2.1	Prisão em flagrante	17
2.2.2.1.1	<i>Introdução</i>	<i>17</i>
2.2.2.1.2	<i>Situações de flagrância</i>	<i>17</i>
2.2.2.1.3	<i>Procedimento.....</i>	<i>20</i>
2.2.2.1.4	<i>Natureza jurídica.....</i>	<i>21</i>
2.2.2.2	Prisão preventiva	22
2.2.2.2.1	<i>Introdução</i>	<i>22</i>
2.2.2.2.2	<i>Requisito e fundamentos:</i>	<i>23</i>
2.2.2.3	Prisão temporária.....	26
2.2.2.3.1	<i>Introdução</i>	<i>26</i>
2.2.2.3.2	<i>Formalidades e prazos aplicáveis à medida</i>	<i>27</i>
2.2.2.3.3	<i>Requisitos necessários a sua decretação</i>	<i>29</i>
2.2.2.3.4	<i>Crimes aplicáveis</i>	<i>30</i>
3	A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL: A CUSTÓDIA CAUTELAR INDEVIDA	33
3.1	A RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO.....	33
3.1.1	Noções	33
3.1.2	Evolução	35
3.1.4	Direito positivo brasileiro	37
3.1.5	As excludentes do nexo de causalidade.....	38

3.2	A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL	39
3.2.1	Atividade jurisdicional danosa.....	39
3.2.2	O erro judiciário	43
3.2.3	As prisões cautelares indevidas	45
3.3	A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA.....	50
3.3.1	A visão jurisprudencial do problema	50
3.3.2	Admissibilidade da detração por prisão ocorrida em processo diverso que tenha resultado em absolvição ou em extinção da punibilidade como forma de indenização pela segregação indevidamente imposta.....	53
3.3.3	O encarceramento provisório e o direito à indenização ao inocente	56
4	CONCLUSÃO	59
	REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil pelo exercício da função jurisdicional é fruto da ampliação da ideia de ressarcimento pelo Estado dos danos que tenha causado no exercício de suas funções. Embora objeto de acirradas controvérsias no meio jurídico, a boa doutrina vem sustentando que, ainda que inexista previsão legislativa que disponha genericamente sobre a compensação dos prejuízos causados à esfera juridicamente protegida alheia pelos atos jurisdicionais, tal dever se impõe, sobretudo porque é consectário lógico do Estado de Direito. No entanto, numerosas são as decisões no sentido de que o texto constitucional, ao prever o direito fundamental à indenização decorrente de erro judiciário e por prisão que se estendeu por tempo superior ao que fora estabelecido em sentença (art.5º, LXXV), fez por restringir a reparação dos danos ocasionados pelo Poder Judiciário no exercício de sua atividade típica a estas duas hipóteses. Ainda assim, iniciativas mais consentâneas com o Estado Moderno podem ser observadas por meio de alguns julgados que reconhecem a necessidade de ampliação do conceito para abarcar outras situações que, embora ali não previstas de modo expresso, também devam ser incluídas no âmbito da reparação civil. Tal é o que se dá com a prisão cautelar indevida. No momento em que se reconhece a indenizabilidade decorrente da prisão provisória injusta, surge a questão de determinar qual deve ser o seu alcance. Os problemas levantados por tal questão, por sua relevância e extensão, justificam o estudo.

A prisão cautelar, como se sabe, trata-se da medida coativa pessoal de maior gravidade. Assim como o devido processo legal e a presunção de inocência ou não-culpabilidade, é ela também prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, a partir de uma análise sistemática da Constituição Federal, observa-se que a liberdade é a regra e a prisão, exceção. Dai que, antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, a não ser nos casos de flagrante delito e de transgressão militar ou crime propriamente militar, a prisão só estará autorizada se decretada por ordem judicial escrita e devidamente fundamentada nas hipóteses previstas em lei, isto é, no curso da investigação ou do processo, em razão da prisão preventiva ou temporária. Assumindo a natureza cautelar de toda prisão antes do trânsito em julgado e afastando-se, por conseguinte, a execução provisória em matéria penal, a constitucionalidade da medida poderá ser verificada a partir de sua qualidade instrumental de tutela do processo. Ademais, a compatibilização da prisão cautelar à presunção de inocência exige que aquela tenha ainda caráter excepcional, bem como que esteja comprovada a sua real necessidade, a qual será aferida por meio da atuação do princípio da proporcionalidade. A análise do regime das prisões cautelares nos permitirá perceber

quando que, por inobservância dos seus requisitos, fundamentos, pressupostos e formalidades, tais medidas irão se mostrar abusivas e/ou ilegais. Este será o objeto da primeira parte deste trabalho. A segunda parte será destinada à breve descrição da responsabilidade extracontratual do Estado em geral, adentrando-se no complexo e tormentoso tema da aplicabilidade da tese da responsabilidade ao ato jurisdicional. Examina-se, então, o erro judiciário, espécie de atividade danosa que não gera maiores controvérsias, haja vista que, não obstante o direito à indenização pela sua ocorrência já se encontrava previsto em legislação ordinária (art.630, CPP), agora foi alçado à condição de garantia fundamental (art.5º, LXXXV). Após, apresenta-se o tema atinente às prisões cautelares indevidas, cuja complexidade pode ser percebida logo de início já no que tange à definição do que seria, de fato, injusto ou indevido. No ponto, expõe-se a controvérsia doutrinária a respeito do alcance do dever de reparar os danos causados quando da imposição e manutenção da prisão provisória.

Por fim, tarefa crucial ao presente trabalho é a análise jurisprudencial do problema. Afinal, há alguma tendência de nossos tribunais em reconhecer devida indenização pelos nefastos danos que o aprisionamento produz na vida pessoal e profissional do indivíduo a ele submetido quando vem ele a ser absolvido? Ou tais prejuízos devem ser suportados, não rendendo ensejo a indenização a prisão cautelar regularmente decretada, posto tratar-se de instituto previsto no ordenamento jurídico brasileiro e exercício regular de direito do Estado?

2 AS PRISÕES CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

2.1 CAUTELARIDADE NO PROCESSO PENAL

2.1.1 Noções

Quando falamos em cautela queremos nos reportar à asseguuração de algo. Ocorre que, da propositura da ação – ou mesmo antes – até o efetivo provimento final, podem intercorrer situações que ameaçam a própria existência de uma prestação jurisdicional satisfatória ou a utilidade de seus resultados. Dai que surge a necessidade de aplicação de medidas cautelares como forma instrumental de garantia da eficácia do processo, isto é, aplicar-se-á providência provisória cuja finalidade é tutelar uma situação fática enquanto esta perdurar no tempo.

Discute-se na doutrina a possibilidade de utilização, em analogia, do poder geral de cautela previsto no Código de Processo Civil, para que se adotem medidas de cunho acautelatório atípicas. A divergência se mantém mesmo com o advento da Lei 12.403/2011, que introduziu profundas modificações no sistema das medidas cautelares processuais penais de natureza pessoal, com a previsão legal de medidas alternativas ao cárcere, superando a dicotomia que se fazia presente até então: prisão ou liberdade provisória.

No ponto, estamos com a doutrina majoritária, cujo entendimento é no sentido de impossibilidade de decretação de medidas não previstas em lei, mesmo que se fundamente o ato no exercício de um poder geral de cautela a ser utilizado *in bonam partem*. Isto porque o Princípio da Legalidade atua, na hipótese, como barreira intransponível.

De fato, “assim como o Direito Penal, também o processo penal está sujeito ao Princípio da Legalidade”¹. Isto é, ao passo que o processo penal limita o exercício do poder punitivo estatal e serve de instrumento de garantia ao imputado, qualquer restrição a direito fundamental só estará legitimada se respeitar as regras do devido processo e, por conseguinte, a estrita legalidade².

¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 113, p. 71-82, set. 2011. p. 81.

² LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n.203, p. 8-9, out. 2009.

2.1.2 Princípios Fundamentais Regentes da Aplicação das Medidas Cautelares

É de boa técnica que o legislador insira no conteúdo normativo positivado princípios informadores da matéria regulada³. Assim o fez a novel legislação que, ao modificar o regime das cautelares pessoais, introduzindo ou modificando artigos já existentes, previu expressamente alguns critérios que devem nortear a sua aplicação, tais como os princípios da adequação e necessidade, a que a doutrina costuma se referir como “subprincípios” ou máximas da proporcionalidade.

2.1.2.1 Da proporcionalidade

O postulado da proporcionalidade, que há de ser aplicado quando houver medida concreta destinada à realização de uma finalidade⁴, compõe-se pelas máximas ou subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A medida é adequada quando hábil a atingir a finalidade pretendida e necessária quando dentre as hipóteses aptas a alcançar o fim almejado, seja a menos gravosa em termos de restrição a direitos fundamentais. Já o exame da proporcionalidade em sentido estrito remete-nos a um juízo de ponderação, isto é, exige-se “a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, examinando, em síntese, se as vantagens produzidas pela adoção do meio superam as desvantagens advindas da sua utilização”⁵.

Dai que pela observância do art. 282 do Código de Processo Penal⁶, percebe-se que o legislador utilizou os conceitos de necessidade e de adequação em sentido diverso daquele

³ ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. Anotações sobre a Lei nº 12.403/2011. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v.14, n.81, p. 9-35, ago./set. 2013. p. 11.

⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2009. P.400-401 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 113, p. 71-82, set. 2011. p.73.

⁶ CPP, Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (BRASIL. **Decreto nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 nov. 2013).

que vem sendo empregado pela doutrina⁷. Parece-nos que o critério da necessidade previsto no inciso I do *caput* do dispositivo, deve ser entendido no mesmo sentido doutrinário de adequação. Assim, para que seja legítima, a aplicação da medida cautelar pessoal deve estar condicionada a sua aptidão para realizar a finalidade de aplicação da lei, de assecuração da instrução ou, excepcionalmente, de evitar a reiteração criminal.

Por outro lado, mostrando-se adequada a medida, resta ao julgador aplicar aquela que, dentre as existentes, intervenha com menor gravidade no direito fundamental de liberdade. Isto é, o legislador, ao referir-se à “adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do acusado” (inciso II do art. 282, CPP) pretendeu que fosse utilizada a medida menos agressiva dentre o rol daquelas disponíveis e hábeis a alcançar o objetivo que se busca. Acrescenta-se, como complemento a tal regra, a previsão do art. 282, §6º, que consagra o caráter subsidiário ou excepcional da aplicação da prisão preventiva, “ênfatisando a necessidade sobre a adequação e suficiência das demais medidas cautelares”⁸.

Ainda, diante da previsão do art. 283, §1º⁹, percebe-se que o legislador preocupou-se com a proporcionalidade entre a medida cautelar e a pena que, talvez, venha a ser aplicada ao final ao pretender que aquela não se revele mais gravosa do que esta última.

Em suma, a proporcionalidade deve nortear a conduta do julgador frente ao caso concreto, sobretudo porque, em matéria de cautelares pessoais, colidem o interesse público na efetividade da atividade de persecução penal e no respeito ao direito fundamental de liberdade do indivíduo.

Especialmente em relação à prisão cautelar, por constituir-se na providência coativa pessoal de maior gravidade, o dever do julgador de ponderar acerca das vantagens e desvantagens de sua aplicação se sobressai. Enquanto não houver decisão condenatória transitada em julgado, presume-se que o indivíduo seja inocente. Dai que a prisão provisória, necessária na medida em que se mostrar proporcional, não pode perder a sua qualidade instrumental, o que afasta qualquer efeito antecipatório de pena que se queira lhe atribuir.

⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 113, p. 71-82, set. 2011. p. 73.

⁸ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.28.

⁹ CPP, Art. 283. § 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL. **Decreto nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 nov. 2013).

2.1.2.2 Da legalidade

Conforme já dito, o princípio da legalidade também se aplica às medidas cautelares, sobretudo às de ordem pessoal. E o faz não somente reprimindo o uso abusivo do “poder de cautela”, quando permite a utilização somente daquelas providências cautelares previstas em lei, mas também na medida em que impõe, para a decretação de medida específica, a observância dos requisitos, fundamentos, pressupostos e finalidades previstas nas regras que dispõe sobre ela.

Como exemplo de sua previsão, menciona-se o art. 321 do Código de Processo Penal¹⁰ que, se bem que em outros termos, assegura a liberdade de locomoção ao indiciado, acusado ou réu, a qual só será restringida caso o juiz entenda pela configuração das hipóteses para a decretação de uma das medidas de cautela previstas em lei¹¹. Isto é, não pode o juiz, de outra forma, limitar o *status libertatis* do indivíduo no decorrer da persecução penal¹².

2.2 PRISÃO CAUTELAR

2.2.1 Considerações gerais sobre as prisões cautelares

A Constituição brasileira de 1988, instaurando nova ordem jurídica no país, consagrou preceitos de acentuado relevo, dando especial importância aos direitos e garantias fundamentais e, no que tange à matéria em estudo, depreende-se de suas normas e princípios informadores que a liberdade é a regra; a prisão, exceção¹³. Isto não poderia se dar de outra forma, já que a Carta Constitucional erigiu a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).

Razão não há, portanto, para que, com amparo nos preceitos expressa ou implicitamente previstos na Constituição da República e, atendendo ao reclamo social, doutrinário e jurisprudencial a fim de adequação à nova ordem, não se leve a cabo alterações

¹⁰ CPP, Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL. **Decreto nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 nov. 2013).

¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 13.

¹² Ibidem, p.14.

¹³ Veja-se o art. 5º, LX que consagra o princípio da presunção de inocência.

legislativas, inclusive, as de ordem processualística, tais como a introduzida pela Lei 12.403/2011.

A novel legislação, modificando diversos dispositivos do Código de Processo Penal, relativos, sobretudo, à prisão processual e à liberdade “provisória”¹⁴, exsurge em conformidade com a perspectiva introduzida pelo texto constitucional, embora contenha alguns pontos falhos, conforme acentua Nucci¹⁵:

Por outro lado, a lei contém alguns pontos falhos, que deverão de ser sanados pela intervenção da doutrina e da jurisprudência. Dentre eles, podemos apontar os seguintes: a) possibilidade – ou não – de reconhecimento da detração, em face da aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão; b) viabilidade da decretação da prisão preventiva, quando o indiciado ou réu descumprir medidas cautelares alternativas, nos casos de crimes com penas máximas não superiores a quatro anos, visto que, em tese, seria vedado pelo disposto no art. 313, I, do CPP.

A doutrina informa ainda que, embora a Lei 12.403/2011 tenha dado ao sistema processual penal uma conformação constitucional, aprimorando-o, manteve alguns traços da legislação anterior, a qual foi erigida sobre bases inquisitoriais e elaborada a partir de um juízo de antecipação de culpabilidade. A título de exemplo, menciona-se a possibilidade de deferimento de medida cautelar de ofício (art.282, §2º)¹⁶.

Por outro lado, alterações trazidas pela legislação em comento são dignas de aplausos, sobretudo no que tange ao regime da prisão cautelar. Por exemplo, a restrição ao cabimento da preventiva, a qual, a não ser quando determinada de forma subsidiária em razão do descumprimento de alguma medida cautelar diversa, só poderá ser decretada pelo julgador em determinadas hipóteses¹⁷ e mesmo assim, após um exame da proporcionalidade e

¹⁴ A expressão “liberdade provisória” não se coaduna com o processo penal vigente, pois, muito bem observa Pacelli, que “o que é provisório é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, que sempre implicarão restrições a direitos subjetivos” (PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 488).

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: de acordo com a Lei 12.403/2011. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.14.

¹⁶ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da Lei nº 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 223, p. 10-11, jun. 2011. p.10.

¹⁷ CPC, Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (BRASIL. **Decreto nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 nov. 2013).

razoabilidade de sua aplicação, de forma a não se constituir, mesmo que disfarçadamente, meio de antecipação de pena. Aliás, isto seria evidentemente inconstitucional ante a presunção de não-culpabilidade, princípio que, assegurado pela adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica e pela previsão constitucional do art. 5º, inciso LVII¹⁸, informa o processo penal vigente e impõe que se trate o acusado como inocente no decorrer de toda persecução penal.

Além do mais, ao inovar por meio da previsão de outras espécies cautelares diversas da prisão, ampliando as alternativas à proteção da regular tramitação do processo, supera a dicotomia existente entre prisão ou liberdade, oportunizando ao julgador que utilize de outros instrumentos acautelatórios, o que enfatiza a excepcionalidade e subsidiariedade do aprisionamento. Desta forma é que a prisão preventiva somente ocorrerá quando não for possível a aplicação de outras medidas, segundo expressamente prevê o art. 282, § 6º do Código de Processo Penal¹⁹. Isto se coaduna, afinal, com um Direito Penal mínimo, próprio de um Estado Democrático de Direito²⁰ e, logicamente, com o princípio da não culpabilidade ou da inocência também enquanto regra de juízo.

É de se observar ainda que a Lei 12.403 também delimita o âmbito constitucional de aplicação da prisão, restringindo-o às hipóteses em que haja sentença penal condenatória transitada em julgado ou, quando no curso da investigação ou do processo, em razão de prisão temporária ou preventiva (art. 283, Código de Processo Penal). O que possibilita inferir que “agora, assumiu-se a natureza cautelar de toda prisão antes do trânsito em julgado”²¹ afastando-se, por consequência, a execução provisória em matéria penal.

Quanto à prisão em flagrante, soluciona embates doutrinários e jurisprudenciais, à medida que traz alterações significativas atinentes a essa modalidade, evidenciando a impossibilidade de que a mesma se mantenha por si mesma, isto é, agora, claramente, já não mais subsiste a prisão efetuada em flagrante delito como motivo para que alguém permaneça

¹⁸ CF/88, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 nov. 2013).

¹⁹ CPP, Art. 319, § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar. (BRASIL. **Decreto nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 nov. 2013).

²⁰ Da mesma forma, para Nucci “outro ponto positivo da nova lei é apresentar a prisão preventiva como *ultima ratio* (última opção), primando pelo respeito aos direitos e garantias individuais, de acordo com o princípio penal da intervenção mínima”. E continua: “eis mais um contato entre princípios penais e processuais penais: a prisão preventiva, tanto quanto a lei incriminadora, passa a ter a conotação de subsidiariedade” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: de acordo com a Lei 12.403/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39).

²¹ PACHELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.488.

preso durante o decurso do processo²². Se, num primeiro momento, se verifique a legalidade da medida, com a homologação judicial do auto de prisão, para que a mesma subsista, além de necessária, devem estar presentes os pressupostos da prisão preventiva, caso em que será convertida²³.

Por todo o exposto, pode-se dizer que a problemática central em matéria de prisão cautelar ou liberdade cinge-se no contraste entre a eficiência do processo penal e as garantias individuais consagradas no texto constitucional e conquistadas ao longo dos anos. Neste contexto é que a regular tramitação processual serve de fundamento válido para a decretação da segregação cautelar, tornando o ato legítimo. O que não significa que a preocupação com a efetividade supere quaisquer garantias individuais, já que a realização da Justiça criminal somente se legitima quando as observa, mas que, quando houver risco concreto e efetivo ao regular andamento do processo, o Estado poderá se valer da sua coercibilidade²⁴, mesmo que isso implique em restrições a direitos.

Contudo, o Estado também se submete à ordem jurídica, razão pela qual a decretação de qualquer medida acautelatória da jurisdição penal, inclusive a prisão, depende de ordem escrita e devidamente fundamentada, além de ser ancorada na necessidade da providência²⁵.

2.2.2 Prisões cautelares em espécie

A partir da ordem jurídica instituída pela Carta Constitucional e das modificações trazidas pelos diplomas legais que lhe sucederam, sobretudo, no que aqui é de nosso precípuo interesse, a alteração da prisão cautelar que sobreveio com a Lei 12.403 de 2011, e que deram ao Processo Penal uma conformação constitucional, subsistem em nosso ordenamento, segundo a maior parte dos doutrinadores, em matéria penal, as seguintes modalidades de prisão: a decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado (prisão-pena); a prisão cautelar, que se desdobra em outras modalidades e, por fim, a prisão em flagrante, sobre cuja natureza jurídica ainda diverge a doutrina.

Ao se referir às prisões cautelares existentes em nosso ordenamento jurídico, Nucci inova, destoando das referências feitas pela doutrina em geral, ao enquadrar entre estas a condução coercitiva do réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse,

²² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p.1256.

²³ LOPES JUNIOR, Auri. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.118-119.

²⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.492.

²⁵ *Ibidem*, p.492-495.

injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia, visto que há a possibilidade de quem é conduzido coercitivamente ser algemado e posto em cela, até que seja ouvido pela autoridade competente. Entende que é por constituir-se modalidade de prisão que somente o juiz poderá decretá-la²⁶, haja vista a garantia constitucional do art. 5º, LXI, da Constituição Federal²⁷. Observa que, mesmo as Comissões Parlamentares de Inquérito, com poderes investigatórios próprios das autoridades judiciais, devem valer-se do magistrado, requerendo-lhe a intimação e condução coercitiva da testemunha para prestar depoimento.

Em sentido oposto, Thiago Almeida Lacerda, ao defender a possibilidade de condução coercitiva pela autoridade policial no curso das investigações sem que haja necessidade de prévia autorização judicial, entende não constituir tal instituto espécie de prisão, uma vez que esta irá importar necessariamente encarceramento, enquanto a condução coercitiva, nunca, por si só, resultará no cárcere do indivíduo²⁸. Ademais, argumenta que é matéria pacífica no Supremo Tribunal Federal a possibilidade de condução coercitiva pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, mesmo que as mesmas não possuam poderes cautelares de expedir mandado de prisão, o que levaria a inferir que a Suprema Corte não considera a condução coercitiva modalidade de prisão cautelar.

Quanto às prisões em decorrência de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível, entendemos que as mesmas restam absorvidas pela prisão preventiva. Neste sentido, é a opinião de Nucci, para quem “as prisões para recorrer e para aguardar o julgamento pelo júri, atualmente, concentram suas bases nos mesmos requisitos da prisão preventiva”²⁹.

Passamos então a análise das prisões cautelares em espécie.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.31-32.

²⁷ CF/88, Art. 5º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 nov. 2013).

²⁸ LACERDA, Thiago Almeida. **Condução coercitiva no inquérito policial**. Disponível em: <www.sindepominas.com.br/index.php/2013-04-29-17-41-50/artigos/146-conducao-coercitiva-no-inquerito-policial>. Acesso em: 10 nov. 2013.

²⁹ NUCCI, op. cit., p.41.

2.2.2.1 Prisão em flagrante

2.2.2.1.1 Introdução

A expressão “flagrante” tem origem no latim *flagrans*, “o que queima, ardente”, do verbo *flagrare*, “queimar”³⁰. Contudo, nem todas as situações em que ocorre tal modalidade de prisão revelam relação de imediatidade entre o fato e seu conhecimento pelo homem, haja vista que o art. 302 do Código de Processo Penal contempla também hipóteses legais de flagrante delito em que não é mais possível falar-se em crepitação, ardência ou flagrância propriamente dita, ou seja, situações em que ocorra a visibilidade incontestável da prática do crime.

A prisão em flagrante é autorizada pela Constituição Federal (art.5º, LXI), constituindo exceção à regra de que ninguém pode ser preso, senão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente. A doutrina aponta como fundamentos para a admissibilidade de que se proceda à captura independente de prévia análise de legalidade pelo Judiciário a utilidade da medida no que se refere à qualidade e à idoneidade da prova, com a sua colheita imediata, bem como a defesa da sociedade, na medida em que, por meio dela, evita-se que a ação criminosa possa gerar todos os seus efeitos³¹.

2.2.2.1.2 Situações de flagrância

O Código de Processo Penal contempla nos incisos do art.302, quatro hipóteses de situação de flagrância. Aquelas previstas nos dois primeiros incisos (estar cometendo a infração penal ou ter acabado de cometê-la) são didaticamente classificadas pela doutrina em flagrante “próprio”. O caso descrito no inciso III (ser perseguido, logo após, por qualquer pessoa, em situação que faça presumir-se ser autor da infração) é denominado, por sua vez, de flagrante “impróprio”. E, por fim, a hipótese mencionada no inciso IV (ser encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis, que façam presumir-se ser ele autor da infração) é chamada de flagrante “presumido”.

Quanto à expressão “é encontrado”, constante na hipótese do inciso IV da Lei, segundo Mirabete, quer designar tanto o encontro por puro acaso, quanto àquele oriundo de

³⁰ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 2, p.16.

³¹ É o que aponta Vicente Greco Filho: “Duas são as justificativas para a existência da prisão em flagrante: a reação social imediata à prática da infração e a captação, também imediata, da prova” (GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p.254).

uma procura do autor do fato, bastando que esteja na posse de coisas que o indigitem como o autor de um delito recém-cometido.³² Tal é o entendimento corroborado pela jurisprudência em diversos julgados³³, senão vejamos:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE DELITO E DENUNCIADO POR COMETER, EM TESE, CRIME DO ART. 157, § 2º, II DO CP. INDEFERIMENTO DOS PEDIDOS DE RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE OU DE CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS FORMAIS NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. **INCIDÊNCIA, AO CASO, DO ART. 302, IV, DO CPP. FLAGRANTE PRESUMIDO**. REQUISITOS DO ART. 312, DO CPP. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA FUNDAMENTADA NA GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. CONCESSÃO DA ORDEM. I - "Não é necessário no caso que haja perseguição, mas sim que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do ilícito com coisas que traduzem um veemente indício da autoria ou participação no crime. Nessa hipótese, a pessoa não é 'perseguida', mas 'encontrada', pouco importando se por puro acaso, ou se foi procurada após rápidas investigações. Para a configuração da flagrância presumida nada mais se exige do que estar o presumível delinqüente na posse de coisas que indicam ser ele o autor do delito acabado de cometer" (Mirabete, Julio Fabbrini, *Código de Processo Penal Interpretado*, 8ª edição, p. 644). II - "Não constituem fundamentos idôneos à prisão preventiva a invocação da gravidade do crime imputado, definido ou não como hediondo, nem os apelos à repercussão dos delitos e à necessidade de acautelar a credibilidade das instituições judiciárias: precedentes". (STF - HC nº 85.020 - 1ª T. - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJU de 25.02.2005. p. 29). (TJ/PR, *HABEAS CORPUS* Crime 0296544-2, Comarca: Curitiba, Órgão Julgador: 3ª Câmara Criminal, Relator: Rogério Kanayama, Julgamento: 02/06/2005, Publicação: DJ: 6892 17/02/2005). (grifei)

Quanto às expressões “logo após” ou “logo depois”, segundo entendimento pacífico, as mesmas não indicam intervalo temporal certo ou prefixado para que se configure a situação de flagrância, o que deverá ser analisado caso a caso. Contudo, a doutrina tem entendido que, na segunda hipótese, há situação de fato a permitir maior margem de discricionariedade na apreciação do elemento cronológico do que naquela descrita no inciso III³⁴.

Outras modalidades de prisão em flagrante delito são apontadas. É o caso do flagrante esperado e do flagrante provocado (ou preparado). Na primeira situação, há conhecimento do crime, sendo apenas aguardado o início de sua execução, e na segunda, ocorre a intervenção de terceiro que instiga ou provoca o autor do fato a cometê-lo.

A doutrina majoritária e a jurisprudência aceitam como válido o flagrante esperado, rejeitando o que se dá de forma provocada, sob dois fundamentos diversos, quais sejam a intervenção decisiva de terceira pessoa no cometimento da infração, provocando ou

³² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 377.

³³ Ver também: HC Nº 0181314-9, TJ/PE.

³⁴ Neste sentido: CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 315-316; e MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.377.

instigando o agente e o juízo de que a preparação por parte das autoridades policiais resultaria em uma situação de impossibilidade de consumação do crime, hipótese assemelhada ao crime impossível. Inclusive, quanto a este segundo aspecto, há entendimento consolidado em súmula³⁵. Compartilha desta opinião, Damásio de Jesus, ao afirmar que:

Em face do nosso Código, enquanto a questão do delito putativo por erro de tipo e erro de proibição é resolvida pelos arts. 1º e 14, respectivamente, não há regra expressa a respeito do crime de ensaio. Todavia nada obsta que ele seja incluído na norma do crime impossível. A objeção de que o art. 14 só considera a ineficácia absoluta do meio ou a impropriedade absoluta do objeto pode ser superada. Este artigo não constitui norma penal incriminadora nem disposição de exceção, mas preceito que determina a atipicidade da conduta, permitindo, assim, o emprego da analogia in bonam partem. Em face disso, além da ineficácia absoluta do meio e da impropriedade absoluta do objeto, o preceito pode ser integrado pela inidoneidade do conjunto das circunstâncias preparadas pelo agente provocador, que exclui a possibilidade de consumação do delito. Trata-se de suprir uma lacuna da lei. Caso contrário, haveria incoerência: se o crime é impossível quanto o meio é absolutamente ineficaz ou absolutamente impróprio o objeto, não seria impossível quando, havendo ação em si idônea e objeto, em consequência do conjunto das circunstâncias, fosse absolutamente impossível a sua consumação³⁶.

Contudo, opinião diversa é a de Pacelli, o qual, rechaçando fundamentadamente os argumentos anteriores³⁷, crê que deva ser dado o mesmo tratamento a ambas as hipóteses, trazendo a baila inclusive situações fáticas em que a jurisprudência costuma reconhecer a validade das prisões, embora, por não subsistir dúvidas quanto à intervenção de terceiros na prática do ato, constituam substancialmente caso de flagrante provocado. É o que ocorre, por exemplo, em reportagens televisivas, em que os repórteres, normalmente, acompanhados de um agente policial, simulam interesse em algum serviço e, no momento da execução definitiva do negócio, realiza-se a prisão em flagrante³⁸.

O chamado flagrante controlado, prorrogado, protelado ou diferido, consiste no retardamento da ação policial, com a finalidade de que a intervenção se dê no momento mais eficaz para a investigação, sobretudo no que tange à colheita e formação de provas e fornecimento de informações. Trata-se de inovação trazida pela Lei 9.034/95 que cuida dos

³⁵ Súmula nº 145, STF.

³⁶ JESUS, Damásio de. **Código de processo penal anotado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 279.

³⁷ Por exemplo, ao referir que: “Não nos parece possível, com efeito, fixar qualquer diferença entre a preparação e a espera do flagrante, no que se refere à impossibilidade de consumação do crime, fundada na ideia da eficiente atuação policial. Em ambos os casos, como visto, seria possível, em tese, tornar impossível, na mesma medida, a ação delituosa em curso. Por que então a validade de um (esperado) e a invalidade de outro (o preparado)?” (PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.530.)

³⁸ *Ibidem*, p. 529 -531.

crimes praticados por organizações criminosas³⁹. Quanta a esta previsão, salienta Badaró, que não se trata de outra modalidade de flagrante delito, mas de possibilidade conferida pelo legislador para que a autoridade policial que, a princípio teria obrigação de efetuar a prisão, deixe de fazê-lo⁴⁰.

Já o flagrante forjado, fabricado, maquiado ou urdido ocorre quando, geralmente em razão da habitualidade da conduta delituosa, é forjada a prova de um crime atual a fim de incriminar determinada pessoa. Tal espécie de prisão é descabida, haja vista que, ao implantar provas de um crime inexistente, incorre-se em evidente ilegalidade. Há, portanto, nulidade do auto com o relaxamento da prisão em flagrante e responsabilização do responsável pela violação ao direito.

Pacelli faz referência a outra hipótese de flagrante delito que, assemelhando-se ao provocado, diferencia-se deste na medida em que a preparação do flagrante não se dá a partir da existência de crimes anteriores nem da suspeita da respectiva autoria. O agente provocador, ao escolher previamente determinado indivíduo com a finalidade de imputar-lhe a responsabilidade penal à prática do crime, cria condições favoráveis a sua execução. Neste caso, segundo o ilustre doutrinador, a solução do caso é dada pelo Direito Penal, pois, do ponto de vista processual, a situação se configura efetivamente flagrante delito, mas muito poderia ser discutido no âmbito da existência da ação delituosa⁴¹.

2.2.2.1.3 Procedimento

A prisão em flagrante pode ser realizada por qualquer um do povo ou por autoridade policial e seus agentes. Neste último caso, por inexistir discricionariedade quanto à conveniência ou não de efetuar-la, o flagrante será obrigatório. No primeiro, facultativo.

Sob quaisquer das modalidades supramencionadas, haverá a comunicação imediata da captura ao juiz competente, ao Ministério Público, que atua como fiscal da lei, e a família do preso ou pessoa por ele indicada (*caput* do art.306).

³⁹ Art, 2º, inciso II: a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações; (BRASIL. **Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995**. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. (**Revogada**). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19034.htm>. Acesso em: 10 nov. 2013).

⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Campos Jurídico, 2009. t. 2, p.187.

⁴¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 531-532.

Em seguida, irá se proceder à lavratura do auto de prisão pela autoridade policial e à entrega da nota de culpa ao preso, em até vinte e quatro horas. Há previsão ainda de comunicação imediata à Defensoria, com o encaminhamento de cópia do auto de prisão caso o preso não decline o nome de seu advogado.

Após a prisão em flagrante ter sido documentada, e tendo sido encaminhado o auto ao juízo competente, no prazo de vinte e quatro horas após a captura, o magistrado passará ao exame da legalidade da segregação, verificando se o fato constitui realmente caso de flagrante delito, bem como se foram observadas todas as formalidades legais que compõem a elaboração do auto e sua posterior remessa ao juízo e também à Defensoria.

Alteração significativa trazida pela Lei 12.403 consiste na obrigatoriedade de que, após verificar o aspecto formal do auto, o juiz se manifeste adotando uma das seguintes condutas: proceda ao relaxamento da prisão caso verifique a sua ilegalidade (por não terem sido observadas fielmente as formalidades exigidas ou não seja caso enquadrável nas hipóteses legais de flagrante delito); conceda a liberdade provisória, com ou sem fiança, acrescida ou não das outras medidas cautelares diversas da prisão, elencadas no art. 319 do Código; ou converta a prisão em flagrante em preventiva se presentes os seus pressupostos legais e não seja possível a aplicação de medida cautelar diversa. De qualquer modo, qualquer que seja a conduta adotada pelo magistrado, sempre deverá fazê-la fundamentadamente, conforme disposição processual penal (art. 310) e previsão constitucional (art. 93, IX).

2.2.2.1.4 Natureza jurídica

A partir da inovação introduzida na legislação processual quanto à obrigatoriedade de análise do mérito da prisão pelo juiz competente, a maior parte da doutrina crê que houve definitivamente um “reenquadramento” ou “requalificação” do flagrante delito, pois, por não mais subsistir por si só como fundamento para a manutenção do aprisionamento durante a persecução penal, possuindo caráter extremamente transitório, tal modalidade de prisão teria assumido definitivamente a sua natureza pré-cautelar⁴². Neste sentido é a lição de Aury Lopes Júnior:

⁴² Dessa forma: VALENTE, Rodolfo de Almeida. As boas novidades da Lei 12.403 de 2011. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 225, p. 9, ago. 2011; LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.4.

A prisão em flagrante não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar⁴³.

Contudo, há ainda aqueles que divergem a respeito desse entendimento sobre a sua natureza jurídica, ora considerando-a prisão administrativa; ora classificando-a como espécie de prisão cautelar.

Nucci, por exemplo, diz que a prisão em flagrante, inicialmente, possui natureza administrativa, e que, na sequência, quando há a manutenção do aprisionamento pelo magistrado, a mesma torna-se medida cautelar de natureza judicial⁴⁴.

Para Pacelli, embora contenha peculiaridades, trata-se de medida cautelar de natureza pessoal, já que cumpre importante missão, cuidando da diminuição dos efeitos da ação criminosa, bem como da coleta imediata de prova para cabal esclarecimento dos fatos⁴⁵.

2.2.2.2 Prisão preventiva

2.2.2.2.1 Introdução

A prisão preventiva é a prisão cautelar por excelência e visa à tutela da persecução penal, assegurando-lhe a sua efetividade, seja no tocante à aplicação fiel da lei ou à preservação da instrução criminal.

Só poderá ser decretada por ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial competente, durante a fase de investigação preliminar ou no curso do processo, embora, na primeira hipótese, do ponto de vista prático, usualmente, utilize-se a modalidade de custódia temporária, a não ser quando a conduta infracional do agente não conste no rol do inciso III do art. 1º da Lei 7.960/89, o qual não permite uma interpretação ampliativa, de modo a abarcar outras situações ali não expressas, conforme se esclarece a seguir.

A lei permite a prisão preventiva decretada de ofício, desde que no curso da ação penal⁴⁶, o que não obsta a que tal previsão seja objeto de críticas por duas razões: porque

⁴³ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal e sua conformidade com a constituição**. 3.ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p. 63.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.72.

⁴⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.534-535.

⁴⁶ CPP, Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 12.403,

permite a atuação de ofício do magistrado, em desconformidade às regras de um modelo acusatório constitucional e à garantia da imparcialidade do julgador e ainda pela impropriedade jurídica do termo, visto que o que tem curso, em realidade, é o processo e não a ação⁴⁷.

Pode ainda se dar a partir de pedido expresso do Ministério Público, mediante representação da autoridade policial ou ainda, quando no curso de ação penal privada, após requerimento do querelante.

2.2.2.2.2 *Requisito e fundamentos:*

A decretação da prisão preventiva irá depender de comprovação da existência do crime (materialidade) e indícios suficientes de autoria ou participação, elementos que se mantiveram inalterados após as modificações introduzidas pela Lei 12.403. Juntos constituem o *fumus comissi delicti*, requisito da segregação preventiva que quer significar a aparência de cometimento de um fato punível ou, segundo Badaró, a “probabilidade, baseada em uma cognição sumária, de que o acusado seja o autor de um delito”⁴⁸.

Quanto à materialidade do crime, exige-se a prova cabal da ocorrência do delito. Entendimento diverso permite a ocorrência de injustiças e erros judiciários, tais como “O Caso dos irmãos Naves”, caso paradigmático retratado pelo cinema nacional.

Se o crime deixa vestígios, a sua materialidade é constatada pelo exame de corpo de delito. Contudo, vem se admitindo, excepcionalmente, a dispensabilidade deste para a decretação da segregação preventiva quando estejam presentes outros elementos de convicção que atestem que o fato existiu, quando então se lança mão do exame indireto de corpo de delito (prova testemunhal, gravações, filmagens, etc).⁴⁹

Quanto ao segundo elemento que compõe o *fumus comissi delicti*, a lei dispensa a certeza que se há de ter quanto à materialidade delitiva, bastando a existência de elementos probatórios menos robustos a ensejar um juízo de probabilidade razoável. A constatação da existência de indícios suficientes de autoria é tarefa conferida ao arbítrio do juiz, que o fará

de 2011). (BRASIL. **Decreto nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 nov. 2013).

⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.70.

⁴⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. t. 2, p.201.

⁴⁹ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.615.

casuisticamente, atentando ao fato de que a prisão cautelar constitui medida de caráter excepcional, porquanto restritiva de direitos fundamentais.

No tocante às hipóteses justificadoras da segregação, prevê o art. 312, do Código de Processo Penal, que a decretação da medida poderá se dar somente por “conveniência” da instrução criminal⁵⁰, como garantia da ordem pública e da ordem econômica ou para assegurar a aplicação da lei penal. Trata-se do *periculum libertatis*, perigo decorrente do estado de liberdade do indivíduo a que se imputa um delito, o qual restou definido por meio de conceitos amplos, cabendo ao juiz, na análise de cada caso, determinar o seu conteúdo e a sua amplitude.

A natureza cautelar das prisões por risco efetivo à instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal é de fácil percepção. Servem à tutela do processo. A primeira, quando obsta a que a conduta do indigitado autor do delito ou de outrem em seu nome interfira no regular andamento do processo ao, por exemplo, colocar em risco a coleta da prova intimidando testemunhas⁵¹. A outra se dá quando há risco de fuga baseado em dados concretos⁵², estando o agente com o intuito de escapar à aplicação da lei penal caso haja decisão condenatória.

Já quanto às prisões para garantia da ordem pública e da ordem econômica, a doutrina diverge quanto a conformação dessas medidas com os princípios e garantias fundamentais, sobretudo quanto a sua compatibilidade com o princípio da presunção de não-culpabilidade, na medida em que a prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória não pode constituir-se em pena antecipada.

Assim é que alguns renomados doutrinadores afirmam a inconstitucionalidade deste fundamento por entender que as prisões para a garantia da ordem pública e econômica não

⁵⁰ O termo “conveniência”, a nosso ver, é incompatível com o estágio atual do processo penal. Isto porque, como condição à decretação da custódia cautelar, exige-se a sua indubitável necessidade a ser aferida por meio da aplicação do postulado da proporcionalidade.

⁵¹ Aury destaca que a prisão do imputado para a tutela da prova não se justifica se o que se quer é prendê-lo para que se proceda ao interrogatório ou para obrigá-lo a participar de um determinado ato probatório. (LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.78).

⁵² Dai que “o fato de o réu possuir condição financeira peculiar, não demonstra tendência alguma no sentido de intimidar testemunhas, tampouco indica, por si só, perigo concreto à aplicação da lei penal”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 55011/SP**. Sexta Turma, Relator Min. Thereza de Assis Moura, julgado em 06/02/2007, publicado em 12/022007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200600363822&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 12 nov. 2013).

possuem natureza cautelar, visto que, entre outras razões, falta-lhes o caráter instrumental próprio das medidas cautelares⁵³.

De qualquer modo, a boa doutrina e parte da jurisprudência pátrias vêm entendendo pela ilegitimidade da prisão para garantia da ordem pública fundada exclusivamente na gravidade abstrata do crime, para aplacar o clamor público ou para reestabelecer a credibilidade nas instituições. De fato, deve-se rechaçar qualquer função ou finalidade própria da pena de prisão que se queira atribuir à segregação de índole cautelar⁵⁴.

Quanto à prisão preventiva para a garantia da ordem econômica, fundamento inserido no art. 312 do CPP por força da Lei nº 8.884/94, parte da doutrina a tem como espécie do gênero “prisão para garantia da ordem pública”⁵⁵ aplicável aos crimes contra a ordem econômico-financeira. Há quem não a considere medida de natureza cautelar, por crer que a mesma não se destina a assegurar os meios ou resultados do processo, mas a permitir uma prisão antecipada, cumprindo as funções de prevenção especial e geral, próprias da sanção penal⁵⁶. Sobre o tema, Pacelli assim se manifesta:

Parece-nos, contudo, que a magnitude da lesão não seria amenizada e nem diminuídos os seus efeitos com a simples prisão preventiva de seu suposto autor. Se o risco é contra a ordem econômica, a medida cautelar mais adequada seria o sequestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. Parece-nos que é dessa maneira que se poderia melhor tutelar a ordem financeira, em que há sempre o risco de perdas econômicas generalizadas [...].
[...] Se, no entanto, o fato de o acusado encontrar-se em liberdade puder significar risco à ordem econômica, pela possibilidade de repetição das condutas e, assim, de ampliação dos danos, a questão poderia facilmente se deslocar para a proteção da ordem pública, já prevista antes da Lei nº 8.884/94. Mesmo aqui, o sequestro e a indisponibilidade de bens ainda nos pareceriam medidas mais eficientes, ao menos sob tal perspectiva (da proteção da ordem econômica)⁵⁷.

Quanto à ausência de um conceito inequívoco do que seja a “ordem econômica” ou a “ordem pública” a doutrina alerta que isto propicia uma expansão do instituto da prisão preventiva, embora a mesma deva necessariamente constituir-se medida excepcional por restringir o *status libertatis* do indivíduo. Há quem diga inclusive que a conduta dos

⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.15.

⁵⁴ Ibidem, p. 92-93; SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v.3, n.10, p.113-119, 2003.

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: de acordo com a Lei 12.403/2011. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 93. Parece-nos que assim também considera CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.331.

⁵⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Campos Elsevier, 2009. t. 2, p. 196.

⁵⁷ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 548.

magistrados, por vezes, acaba por destoar dos princípios constitucionais da legalidade e da presunção de não-culpabilidade. Neste sentido, Leonardo Sica:

A inclusão da garantia da ordem econômica entre as hipóteses autorizadoras da prisão preventiva trouxe diversos problemas, próprios da legislação casuística e emergencial que marcou fortemente a última década do século XX, especialmente no campo dos chamados ‘crimes econômicos’, área de notado avanço na intervenção penal naquele período. Entre os problemas dessa “inovação”, podemos listar: (i) o aumento das possibilidades de utilização da medida excepcional de força, tendendo a descaracterizá-la como exceção e aproximá-la da ‘normalidade’; (ii) a utilização de elemento contido nos próprios tipos penais para justificar medida cautelar, tornando quase inevitável a antecipação da discussão de mérito, com indevido prejulgamento; (iii) dificuldade em delimitar com precisão o significado da expressão ‘garantia da ordem econômica’, permitindo a proliferação de decretos de prisão cautelar apoiados em termos vagos e fórmulas genéricas e, logo, ilegais⁵⁸.

2.2.2.3 Prisão temporária

2.2.2.3.1 Introdução

A prisão temporária, criada num contexto em que se buscava maior repressão a crimes hediondos ou de acentuada gravidade, é fruto da Medida Provisória n. 111, que restou convertida na Lei nº 7.960/89.

Por emanar do Executivo, muito se discutiu acerca de sua constitucionalidade por vício de iniciativa, uma vez que, em matéria penal, sobretudo no tocante à restrição da liberdade individual, deve-se observar fielmente o princípio da reserva legal.

O Conselho Federal da OAB chegou a ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn nº 162-1-DF), visando a imediata suspensão dos efeitos de tal Medida Provisória em que foram votos vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello, tendo o Ministro Relator Moreira Alves entendido que, no caso, não se verificou a insubsistência dos requisitos da urgência e relevância indispensáveis à adoção da medida.

Rejeitada a inconstitucionalidade da Medida Provisória, logo em seguida, a custódia temporária foi instituída pela Lei nº 7.960/89, voltando-se à fase de investigação criminal, a fim de garantir-lhe eficiência e produtividade.

A doutrina tem se manifestado pela inconstitucionalidade do instituto, entendendo que a mesma corresponde à antiga “prisão para averiguação”, em que, à força, conduzia-se à

⁵⁸ SICA, Leonardo. **Prisão preventiva para garantia da ordem econômica**. p.189-197 Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/78/prisaopreventiva_Sica.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 nov. 2013.

delegacia, o suspeito de um delito a fim de apurar a sua materialidade e autoria⁵⁹. Medida esta que se dava informalmente, de forma arbitrária e sem prévia autorização do Judiciário, por vezes chancelada pela doutrina e jurisprudência como legítima.

Em sentido contrário, Walmer de Freitas, aponta benefícios concretos trazidos pela institucionalização da custódia temporária, conforme se depreende do seguinte excerto:

O mais importante na adoção do diploma em estudo é que foi extirpada da realidade brasileira a prisão para averiguações, destituída de fundamento e fonte promíscua de corrupção.

A prisão temporária tem vários pontos favoráveis, e dentre eles se destaca o de ser um instrumento ágil e eficaz no deslinde de crimes graves, a despeito da falta de recursos, mormente de inteligência, dos organismos policiais. Embora se atinja a liberdade pessoal com elementos probatórios escassos, a polícia tem conseguido, diariamente, a elucidação de crimes bárbaros e de extrema gravidade. O dia-a-dia forense tem confirmado essa assertiva⁶⁰.

2.2.2.3.2 Formalidades e prazos aplicáveis à medida

Inexiste, no nosso ordenamento jurídico, a prisão temporária *ex officio*, a qual somente é decretada pelo magistrado se e desde que provocado “*em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público*” (art.2º, da Lei 7.960/89).

Quando se tratar de representação, ouve-se, antes, o Ministério Público. No caso de ser esse o requerente, obviamente, segue o pleito diretamente ao juiz.

A partir do recebimento do pedido da temporária, tem o magistrado o prazo de vinte e quatro horas para decidir (como prevê o art.2º, §2º) e o despacho que decretar a prisão deverá ser fundamentado (art. 2º, §5º, da Lei nº 7.960/1989 e art.93, IX, da Constituição Federal).

O prazo da temporária é certo, previsto em lei: no máximo⁶¹, cinco dias, prorrogáveis por mais cinco, uma única vez, quando em ocasiões de *extrema e comprovada* necessidade. Por essa razão, a contestação da medida torna-se praticamente inviável por intermédio da interposição de *habeas corpus*, pois inexistirá tempo hábil para seu julgamento pelo tribunal.

⁵⁹ Neste sentido, Tucci: “A prisão temporária, instituída pela Lei 7.960, de 21.12.1989, e considerada, até, um retrocesso, corresponde à antiga “prisão para averiguações”, objurgada pela doutrina; consubstanciando-se na regulamentação de abusiva prática policial de encarceramento de suspeito previamente à conformação de indícios de autoria da prática delituosa.” (TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 215); Ao revés, entendendo que tal modalidade de prisão cautelar substituiu para melhor a “prisão para averiguação”, pois há controle judicial de sua realização e das diligências policiais, sendo esta a sua maior vantagem. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.1093-1096).

⁶⁰ FREITAS, Walmer. **Prisão temporária**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 91.

⁶¹ A doutrina aponta que o prazo de cinco dias pode ser diminuído, se for o caso. Neste sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1099.

Contudo, se for caso de crime hediondo ou equiparado, segundo a Lei nº 8.072, o prazo será de trinta dias, igualmente prorrogáveis por mais trinta, dilação que deve ser inspirada pelos mesmos requisitos anteriores (art. 2º, § 3º). E findo esse prazo, o preso deverá ser posto em liberdade imediatamente, salvo se decretada a sua prisão preventiva (§7º, art.2º). O que permite inferir-se que o indivíduo poderá ser solto independentemente de alvará de soltura expedido pelo juiz.

Questão que se coloca é saber se o delegado poderá por em liberdade o indivíduo antes do término do prazo. É possível que, durante o prazo de vigência da prisão, a autoridade policial, por exemplo, por já ter realizado determinada diligência, entenda que a medida se tornou desnecessária. Neste caso, na lição de Badaró, deverá representar ao juiz que decretou a medida para que revogue a prisão⁶². Esta é a opinião também de Nucci⁶³ que observa que, em sentido contrário, em alguns Estados, como em São Paulo, tem-se permitido que a autoridade policial determine a soltura do detido de imediato, comunicando o fato, posteriormente, ao juiz.

Pela providência prevista no §3º, do art. 2º da Lei, resguarda-se a integridade física do preso, sendo autorizado ao juiz que, de ofício ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determine que o mesmo lhe seja apresentado, encaminhe-o para o exame de corpo de delito ou solicite informações à autoridade policial.

Entre as garantias fundamentais do preso está o direito à identificação daqueles responsáveis por sua prisão ou interrogatório (art. 5º, LXIV, CF). Por essa, entre outras razões, que uma das vias do mandado de prisão é entregue à pessoa detida, conforme prevê o §4º do art. 2º da Lei. Aliás, a prisão anterior à expedição do mandado constitui abuso de autoridade e de forma alguma se justifica, até mesmo porque há previsão de plantão permanente de juízes e membros do Ministério Público (art. 5º).

No art. 3º, determina-se a separação obrigatória dos presos temporários dos demais. Sobre tal questão, Nucci observa que aqui a Lei quis se referir a todos os demais detentos, inclusive os que se encontram presos cautelarmente por fundamento diverso⁶⁴.

⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Campos Elsevier, 2009. t. 2, p. 210.

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 67-68; NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1104.

⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1105.

2.2.2.3.3 Requisitos necessários a sua decretação

A Lei 7.960/89, ao dispor sobre a prisão temporária, previu, logo no seu primeiro artigo, três situações distintas. O inciso I faz referência à imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial. De acordo com o inciso II, caberá a prisão “*quando o indiciado*⁶⁵ *não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade*”. E por fim, de acordo com o inciso III, será cabível a temporária “*quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria e participação do indiciado nos seguintes crimes*”: trazendo um rol de delitos com a característica comum de constituírem infrações mais gravemente apenadas.

Diante das três situações previstas pelo legislador, divergem os autores quanto a mostrar-se imprescindível a presença cumulativa das hipóteses arroladas nos três incisos ou apresentar-se suficiente a ocorrência de uma ou duas delas para a decretação da prisão temporária.

Com a imprecisão na redação do artigo, e dado os princípios informadores do processo penal vigente, a doutrina majoritária opta por entender que só será caso de decretação da prisão temporária quando tal medida for imprescindível para as investigações do inquérito policial ou no caso de o indiciado não possuir residência fixa ou não fornecer elementos suficientes ao esclarecimento de sua identidade, bem como, necessariamente, deverá haver fundadas razões para acreditar-se ser ele autor ou pártcipe de crime compreendido no rol do inciso III. Tal é o pensamento dos doutrinadores Antonio Scarance Fernandes⁶⁶, Guilherme de Souza Nucci, Gustavo Henrique Badaró⁶⁷ e Damásio de Jesus.

Pacelli ainda vai além ao afirmar que a decretação da custódia temporária não pode prescindir da verificação cumulativa da situação prevista nos incisos I e III, visto que, para este

⁶⁵ Há impropriedade na redação do inciso, pois não é exclusivamente o indiciado (suspeito formalmente apontado pela autoridade policial como autor da infração) que está sujeito à temporária. Por vezes a prisão torna-se necessária justamente para saber se determinada pessoa suspeita é o autor do fato, devendo, pois, ser indiciado. (Essa é a lição de NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1097).

⁶⁶ O ilustre doutrinador alterou seu anterior entendimento de que seriam necessários, para a prisão, os três incisos. FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 291

⁶⁷ “Certo é, pois, que não é possível a decretação da custódia temporária com base apenas em um dos incisos do art.1º da referida lei. De outro lado, a prisão temporária somente tem cabimento no caso de investigação de um dos delitos previstos no inciso III do art.1º da Lei nº 7.960/1989. Além do inciso III, que caracteriza o *fumus comissi delicti*, também se faz necessária a ocorrência de uma das hipóteses previstas, ou no inciso I, ou no inciso II, que consubstanciam o *periculum libertatis*.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Campos Jurídico, 2009. v. 2, p. 207).

autor, a hipótese do inciso II é “absolutamente redundante, no ponto em que expressa uma das várias hipóteses enquadráveis no inciso I”, pois “se nada se sabe acerca da real identidade do indiciado ou não se tem notícia de seu endereço, as investigações serão evidentemente prejudicadas”⁶⁸.

Nucci ressalta que, no inciso II, há dois elementos – residência fixa e identidade conhecida – que permitem a correta qualificação do suspeito, impedindo que outro seja processado ou investigado em seu lugar, o que evita o erro judiciário. São elementos que, se ausentes, proporcionam insegurança na investigação policial⁶⁹.

Em nossa opinião, aceitar a legalidade da prisão temporária unicamente com base em um dos incisos do art. 1º da lei que a instituiu, de longe, é a postura mais inconciliável com a ordem constitucional em vigor. Isto porque, em sendo alternativos os incisos, estar-se-ia a banalizar o instituto, a despeito de constituir modalidade de prisão cautelar, cujo caráter é sempre excepcional.

2.2.2.3.4 Crimes aplicáveis

Conforme já referido, a opinião majoritária é a de que a prisão temporária deve, necessariamente, voltar-se aos crimes previstos no inciso III do artigo 1º da Lei 7.960/89, a saber:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

[...]

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
- b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

⁶⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 538.

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1097.

- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).⁷⁰

Trata-se de rol taxativo, ou seja, para outros crimes não mencionados no inciso, não será possível a decretação da prisão temporária. Contudo, tendo em vista o advento posterior de legislações que alteram matérias relacionadas às espécies delituosas, por oportuno, devem ser feitas algumas considerações.

Inicialmente, a Lei 11.923/2009, a fim de prever penalidade mais gravosa à figura do “sequestro relâmpago”, inseriu no art.158 do Código Penal o §3º, criando modalidade de extorsão qualificada que se configura quando a vítima é constrangida a entregar dinheiro ou valores mediante a restrição de sua liberdade, sendo esta indispensável para a obtenção da vantagem econômica indevida. Ora, conforme ensina Guilherme de Souza Nucci⁷¹, embora tal crime não esteja descrito na lei que prevê a prisão temporária, sendo esta plenamente cabível para o crime de extorsão comum ou simples, por analogia ou interpretação extensiva, deve adotar-se também para a modalidade qualificada.

Outra observação é quanto à revogação expressa, por meio da Lei nº 12.015/2009, do art.214 do Código Penal que previa a figura do “atentado violento ao pudor”, inserindo-o junto ao art. 213, o que manteve a sua punição sob a denominação de “estupro”, de forma que a conduta continua a ser crime, seja ela praticada antes ou após a Lei. Logicamente, permanece a possibilidade de decretação da custódia temporária.

Ainda, a Lei 12.015/2009 também criou a figura do “estupro de vulnerável”, acrescentando o art. 217-A ao Código Penal. Trata-se de tipo especial de estupro voltado à proteção do menor de 14 anos, segundo expressa previsão legal, o que não impede a divergência doutrinária quanto à relativização da idade com fundamento no ECA (Lei nº 8.069/90), o qual dispõe ser criança quem tiver até 12 anos e, adolescente, de 12 até 18 anos (art.2º)⁷². Aqui, mais uma vez, embora tal tipo penal não se encontre previsto no rol descrito, em se admitindo a decretação da prisão temporária para o estupro na sua forma simples, razão não há para que não seja cabível a mesma para o estupro de vulnerável, figura ainda mais grave, já que, para fins de decretação da temporária, o processo penal admite analogia e

⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre a prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm>. Acesso em: 10 nov. 2013.

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: de acordo com a Lei 12.403/2011. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.61.

⁷² Para Delmanto, por não empregar a expressão “criança”, o tipo penal não admitiria relativização. (DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 8.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 705).

interpretação extensiva (art.3º, CPP). É o que preleciona Guilherme de Souza Nucci⁷³, opinião a qual nos filiamos.

No mais, o tráfico de drogas agora se encontra previsto no art.33 da Lei 11.343/2006⁷⁴ e a Lei 11.106/2005 revogou o art. 219 que previa o “rpto violento”, deslocando a figura típica para o art.148, §1º, V, do Código Penal. Nas duas hipóteses, foram mantidas as incriminações e continua sendo cabível a decretação da temporária.

Por fim, a Lei nº 8.072, publicada do DOU em 26 de julho de 1990, estendeu a aplicação do instituto a todos os crimes previstos no seu art. 2º⁷⁵, com fulcro no §4º do mesmo dispositivo, a saber:

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.⁷⁶

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: de acordo com a Lei 12.403/2011. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 62.

⁷⁴ Conforme Nucci: *é interessante observar que, para outros efeitos considera-se tráfico, logo crime equiparado a hediondo, tanto as figuras descritas no art.33, como também as previstas nos arts. 34 a 37. Para fim de decretação da prisão temporária, no entanto, somente se leva em conta o art.33 da Lei 11.343/2006.* (NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1098).

⁷⁵ Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: [...]. (BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 10 out. 2013).

⁷⁶ BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

3 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL: A CUSTÓDIA CAUTELAR INDEVIDA

3.1 A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

3.1.1 Noções

Todos estão sujeitos à ordem jurídica, inclusive o Estado. Assim, como qualquer um que viole o direito de outrem, é ele também responsável pela reparação do dano. Afinal, “como sujeito dotado de personalidade, é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, nada justificando a sua irresponsabilidade”⁷⁷. No entanto, em atenção à posição jurídica que ostenta, a responsabilidade extracontratual do Estado assume feição própria e, na Constituição brasileira, encontra-se prevista no §6º do art.37.

Na lição de Celso de Mello, mesmo que não houvesse disciplina constitucional tratando do assunto, a obrigação do Estado de reparar os danos decorrentes de sua atividade é consectário lógico do Estado de Direito, seja porque o ente estatal assume a qualidade de sujeito de direito e, portanto, é responsável pelos danos que acarreta, seja porque, pelo princípio da igualdade de todos perante a lei, não seria razoável admitir que, em decorrência de uma atividade realizada em prol de toda a sociedade, alguns especificamente tivessem que suportar sozinhos os danos dela provenientes⁷⁸.

A responsabilidade civil do Estado é definida por Marçal Justen Filho como o “dever de compensar os danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado”⁷⁹. Decorre daí que para o ilustre doutrinador o elemento *antijuricidade* é indispensável à responsabilização civil do Estado.

Já, nos dizeres de Juarez de Freitas:

A responsabilidade extracontratual do Estado consiste no dever das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público de indenizar ou compensar, independentemente de culpa ou dolo, os danos materiais ou imateriais

⁷⁷ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 22.

⁷⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1015-1016.

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 6. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 1194.

individuais ou transindividuais causados desproporcionalmente a terceiros, por seus agentes nessa qualidade, por ação ou omissão⁸⁰.

Trata-se de conceito mais abrangente e que introduz como fator determinante à caracterização da antijuridicidade a observância, no atuar dos agentes investidos dos poderes estatais, do postulado da proporcionalidade. Assim é que a responsabilidade estatal também decorreria de atos lícitos, mas ilegítimos ou antijurídicos, em face da sua desproporcionalidade.

Segundo Maria Sylvia Di Pietro, quando a *antijuridicidade* do ato lesivo for estabelecida como pressuposto à configuração da responsabilidade objetiva do Estado, não se pode pretender com isso que todos os atos lícitos escapem ao dever reparatório estatal. Isto porque um ato lícito pode vir a causar dano *anormal e específico* a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais⁸¹.

Oportunos são os ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello, ao explicitar os fundamentos da responsabilidade estatal:

A nosso ver, o fundamento se biparte.

a) No caso de comportamentos *ilícitos*, comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é *contrapartida do princípio da legalidade*. Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo *princípio da igualdade*.

b) No caso de comportamentos *lícitos*, assim como na hipótese de danos *ligados a situação criada pelo Poder Público* – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso – entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.⁸² (grifos originais).

⁸⁰ FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância In: FREITAS, Juarez (coord.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 171.

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 711.

⁸² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1023.

3.1.2 Evolução

O tema da responsabilidade extracontratual do Estado recebeu diferentes tratamentos no tempo e no espaço. Encaminha-se atualmente para uma ampliação do ressarcimento do dano e, no que respeita às funções públicas suscetíveis de serem responsabilizadas por suas atividades, vem se admitindo a responsabilidade por atos legislativos e jurisdicionais⁸³.

Por oportuno, no intuito de delinear os contornos do instituto nos dias atuais, sobretudo no direito brasileiro, a respeito de sua evolução histórica, trazemos à baila o esquema proposto por Duez, citado na obra de Yussef Said Cahali⁸⁴:

a) numa primeira fase, a questão inexistia; a irresponsabilidade aparece como axioma, e a existência de uma responsabilidade pecuniária da Administração é considerada como entrave perigoso à execução de seus serviços; na ordem patrimonial, os administrados têm a sua disposição apenas uma ação de responsabilidade civil contra o funcionário; b) numa segunda fase, a questão se põe parcialmente no plano civilístico: para a dedução da responsabilidade pecuniária do Poder Público, faz-se apelo às teorias do Código Civil, relativas atos dos prepostos e mandatários; c) numa terceira fase, a questão se desabrocha e se desenvolve no plano próprio do direito público; uma concepção original, desapegada do direito civil, forma-se progressivamente no quadro jurídico da *faute* e do risco administrativo.

Pelo exposto, vê-se que, inicialmente, na época dos Estados Absolutos, adotava-se a teoria da irresponsabilidade estatal, calcada na ideia de soberania e infalibilidade real e resumida na expressão inglesa “The King can do no wrong” (o rei não erra). Posteriormente, sob a influência do liberalismo, por meio da diferenciação entre atos de gestão e atos de império, admitiu-se a responsabilidade estatal por culpa de seus agentes. E, nos dias atuais, a fixação desta responsabilidade é norteadada por princípios de Direito Público.

Os países que ainda admitiam a tese da irresponsabilidade estatal – Estados Unidos e Inglaterra – nos anos de 1946 e 1947, respectivamente, extirparam-na de vez⁸⁵. Já as teorias civilistas vêm perdendo a sua força⁸⁶, dando espaço à Doutrina de Direito Público, donde o surgimento das teses da culpa administrativa ou culpa do serviço, do risco administrativo e do risco integral, “todas elas identificadas no tronco comum da responsabilidade objetiva da

⁸³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1014.

⁸⁴ Paul Duez, *apud* CAHALI, Yussef. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 19-20.

⁸⁵ MELLO, op. cit., p. 1009.

⁸⁶ “[...] a doutrina *civilística* ou da *culpa civil comum*, por sua vez, vem perdendo terreno a cada momento, com o predomínio das normas de direito público sobre as regras de Direito Privado na regência das relações entre a Administração e os administrados”. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.725.).

Administração Pública, mas com variantes nos seus fundamentos e na sua aplicação”⁸⁷. De fato, a doutrina proclama a responsabilidade sem culpa como a única apta a regular de forma satisfatória as relações entre o Estado e os cidadãos. É o que se depreende do seguinte excerto:

Realmente, não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas. Tornaram-se, por isso, inaplicáveis em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados. Princípios de direito público é que devem nortear a fixação dessa responsabilidade.⁸⁸

Da noção civilística de culpa (do funcionário), passou-se a falar em culpa do serviço público (*faute du service*), a qual poderá apresentar-se sob três modalidades: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço⁸⁹. Trata-se da teoria da culpa administrativa que, norteadada por princípios de Direito Público, “representa o primeiro estágio de transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu”⁹⁰.

Já a teoria do risco administrativo, por sua vez, baseia-se no risco da atividade pública e na ideia de distribuição dos encargos sociais (solidariedade social), surgindo uma pretensão indenizatória àquele que se impôs ônus não suportado pelos demais membros da sociedade. Substituiu-se a ideia de culpa pela noção de nexos de causalidade entre o funcionamento do serviço e o prejuízo sofrido. Tal doutrina restou acolhida pelo Brasil pela primeira vez no art. 194 da CF/46⁹¹.

Há ainda quem desdobre a teoria objetiva do risco em duas: a do risco administrativo e uma modalidade extremada, a que se denomina de doutrina do risco integral. Argumenta-se que a primeira, ao contrário desta, admite excludentes do nexos de causalidade, isto é, casos em que o Estado está desobrigado do pagamento de indenização⁹².

⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.725. Opinião diversa é a de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a responsabilidade por culpa do serviço não consiste em modalidade de responsabilidade objetiva, mesmo que em alguns casos se admita uma “presunção de culpa”, ante a dificuldade de demonstrar-se que o serviço operou abaixo dos padrões devidos, isto é, culposamente. Ressalta que “se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência –antítese de culpa –, estará isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se fora objetiva a responsabilidade” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012., p. 1020-1021).

⁸⁸ Ibidem, p. 725.

⁸⁹ Paul Duez, *apud* MEIRELLES, op. cit., p. 726.

⁹⁰ MEIRELLES, op. cit., p. 726.

⁹¹ Ibidem, p. 726.

⁹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 727.

3.1.4 Direito positivo brasileiro

A Constituição Federal previu 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.⁹³

E, assim, concedeu dupla garantia ao ofendido: há, de um lado, a responsabilidade objetiva por parte do Estado, sob a modalidade do risco administrativo⁹⁴ e, de outro, a do agente público *lato sensu*. A última irá depender da configuração de culpa ou dolo, isto é, reveste-se de caráter subjetivo⁹⁵.

Os pressupostos ou requisitos que determinam o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público consubstanciam-se no comportamento comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, de agente público, nesta qualidade; no dano específico e anormal; e na existência de nexo de causalidade entre o comportamento dos agentes públicos e o evento danoso.

Ainda, porque adota o ordenamento jurídico brasileiro a teoria do risco e não a do risco integral é que podem ser verificadas causas excludentes das quais podem decorrer a exoneração da responsabilidade civil do Estado⁹⁶.

Yussef Cahali, após negar a pertinência da distinção entre a teoria do risco administrativo e a do risco integral⁹⁷, conclui que, o que se vem sustentando, seja por meio da doutrina, seja através da jurisprudência, ambas majoritárias, é que:

[...] a) o dano é injusto, e, como tal, sujeito ao ressarcimento pela Fazenda Pública, se tem como *causa* exclusiva a atividade, ainda que regular, ou irregular da

⁹³ CF/88, Art. 37, § 6º. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 nov. 2013).

⁹⁴ MEIRELLES, op. cit., p. 729.

⁹⁵ FREITAS, Juarez. Notas de aula ministrada no Curso de Direito da UFRGS na disciplina de Direito Administrativo II em 2013.

⁹⁶ FREITAS, Juarez. Notas de aula ministrada no Curso de Direito da UFRGS na disciplina de Direito Administrativo II em 2013.

⁹⁷ No mesmo sentido: “O dissídio que lavrou na doutrina sobre a prevalência da teoria do risco integral ou do risco administrativo (exposta no texto) não tem maior relevância, pois os defensores de ambas as correntes aceitam a possibilidade de exclusão ou atenuação da responsabilidade do Estado sempre que provada a atuação de fatores causais estranhos ao Estado, com a culpa exclusiva ou concorrente da vítima” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. 20, n. 59, p. 5-48, nov. 1993. p. 11, nota 16).

Administração; b) o dano deixa de qualificar juridicamente como injusto, e, como tal, não autoriza a indenização, se tem como *causa* exclusiva o fato da natureza, do próprio prejudicado ou de terceiro; c) o dano é injusto, mas sujeito à responsabilidade ressarcitória atenuada, se *concorre* com a atividade regular ou irregular da Administração, como *causa*, fato da natureza, do próprio prejudicado ou de terceiro.⁹⁸ (grifos originais)

3.1.5 As excludentes do nexo de causalidade

Conforme visto anteriormente, como regra, a configuração da responsabilidade extracontratual do Estado, no direito brasileiro, independe de verificação de culpa ou dolo⁹⁹. Existindo *nexo de causalidade* entre a conduta, regular ou não, e os danos sofridos, haverá direito à reparabilidade. O que não significa que o Estado possa ser convertido em segurador universal, devendo arcar com os danos atribuíveis exclusivamente às vítimas ou inerentes a seus riscos negociais¹⁰⁰.

Deste modo, quando a *causa* dos danos não consistir no serviço público prestado ou quando este concorrer com outras circunstâncias, não incidirá a responsabilidade do Estado ou ela será atenuada¹⁰¹, na proporção da sua participação causal¹⁰².

A primeira situação apontada pela doutrina é a culpa da vítima, que poderá ser total (culpa exclusiva da vítima) ou parcial, o que excluirá o nexo causal em parte ou na sua totalidade.

Já no tocante ao caso fortuito ou à força maior, existem controvérsias a respeito das distinções entre as duas expressões¹⁰³. Alguns doutrinadores as diferenciam, considerando que aquele se consubstancia no fato humano necessário, cujas consequências danosas o Estado não consegue evitar ou impedir e esta, no evento ou fato natural *irresistível* cujos danos não se

⁹⁸ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 142.

⁹⁹ Esse é o entendimento da grande maioria dos autores, entre eles, Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.729 e ss). Em sentido contrário, Luís Wanderley Gazoto acentua que “é preciso abandonar a ideia de que a responsabilidade estatal é objetiva, assumindo que ela pode ser objetiva”, bem como que “em regra, aplicam-se à responsabilidade estatal os fundamentos da teoria da *faute du service*, quando então, diante do caso concreto, mesmo sem discutir o dolo ou culpa do agente, poderá o juiz nas atividades não perigosas, avaliar o grau o defeito do serviço público e concluir sobre o dever do Estado em indenizar”, reservando a aplicação das regras da responsabilidade objetiva somente às atividades estatais perigosas (GAZOTO, Luis Wanderley. Responsabilidade estatal por atos jurisdicionais. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Brasília, DF, v. 60, p.45-64, maio/ago. 1990. p. 52).

¹⁰⁰ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa Administração Pública**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.79.

¹⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 712.

¹⁰² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. 20, n. 59, p. 5-48, nov. 1993. p. 42.

¹⁰³ O próprio Código Civil parece equipará-las, ao dispor, no parágrafo único do art. 393, que: “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

é capaz de impedir ou evitar¹⁰⁴. Para esta parte da doutrina, a diferença prática entre os dois institutos reside no fato de que, quanto à força maior irresistível, uma vez configurada, há exclusão do liame causal; já no tocante ao caso fortuito, há aqueles denominados de “internos” que se consubstanciam em deveres mínimos de segurança¹⁰⁵.

Por fim, pode ocorrer que o causador do dano seja terceiro alheio à prestação do serviço público, caso em que não se perfectibilizará o dano juridicamente injusto¹⁰⁶.

3.2 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

3.2.1 Atividade jurisdicional danosa

No direito pátrio, não há previsão legislativa que disponha, genericamente, sobre a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional. Embora já tenha existido iniciativa nesse sentido quando dos trabalhos da Comissão Revisora da Constituição de 1988, que propôs inclusão de dispositivo legal que, de forma expressa, tratasse sobre a matéria¹⁰⁷.

No entanto, visto a existência de previsão específica acerca do erro judiciário, há quem aponte fundamentos diferentes à responsabilidade decorrente desta atividade danosa daquela oriunda de outras hipóteses também causadoras de danos¹⁰⁸.

De qualquer modo, a moderna doutrina vem sustentando a aplicabilidade da previsão genérica do art. 37, §6º, da Constituição Federal aos danos decorrentes das atividades jurisdicionais, sejam eles provenientes de falhas ou omissões¹⁰⁹. Entende-se que o constituinte originário não limitou o dever de indenizar à Administração Pública, porquanto, ao prever a responsabilidade extracontratual do Estado por atos de seus agentes, não fez qualquer distinção quanto ao tipo de serviço prestado, razão pela qual não se pode concluir que o

¹⁰⁴ FREITAS, Juarez. Notas de aula ministrada no Curso de Direito da UFRGS na disciplina de Direito Administrativo II em 2013.

¹⁰⁵ FREITAS, Juarez. Notas de aula ministrada no Curso de Direito da UFRGS na disciplina de Direito Administrativo II em 2013.

¹⁰⁶ FREITAS, Juarez. **Discrecionariade Administrativa e o Direito Fundamental à boa Administração Pública**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 72.

¹⁰⁷ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 470-471.

¹⁰⁸ É o que aponta Yussef Cahali (Ibidem, p. 472-473).

¹⁰⁹ Rui Stoco. “O que se pretende esclarecer é que a indenizabilidade decorrente dos danos causados por força da atividade judiciária como um todo, já encontrava supedâneo na regra geral estabelecida no art.107 da revogada Constituição Federal de 1967 e o encontra no art. 37, §6º da atual.” (STOCO, Rui.. Responsabilidade do Estado por erro judiciário. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 158-167, jul./set. de 2003. p. 165).

serviço judiciário não foi abrangido pelo dispositivo¹¹⁰. Neste sentido, Ruy Rosado de Aguiar Júnior acentua:

O art. 37, §6º, da Constituição da República de 1988 enunciou o princípio da responsabilidade objetiva e direta do Estado por ato de seus agentes. Exercendo o Poder Judiciário um serviço público, e sendo o Juiz o seu agente, seus atos caem no âmbito dessa regra geral¹¹¹.

Contudo, tal orientação ainda não foi acolhida por nossos tribunais. Ao revés, apoiando-se na doutrina tradicional que, sobre diferentes alicerces¹¹², constrói a teoria da irresponsabilidade estatal por ato dos Juízes, a jurisprudência, reiteradamente, limita o dever de indenizar por ato do Poder Judiciário àquelas hipóteses previstas na lei – art. 630, do Código de Processo Penal – ou na Constituição Federal – art. 5º, LXXV¹¹³.

Argumenta-se que a obrigação de indenizar emerge da atividade administrativa dos órgãos públicos exercida por seus *servidores* e não de atos do Estado como entidade política decorrentes da atividade executada pelos *agentes políticos* tais como os magistrados. Por essa razão, o dispositivo constitucional do §6º, art.37, que prevê a responsabilidade objetiva do Estado, não seria aplicável aos atos do Judiciário, os quais só ensejariam responsabilidade em caso de comprovação de culpa manifesta na sua expedição, de maneira ilegítima e

¹¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.198, p. 86-96, out./dez. 1994. p. 90; Por oportuno, reproduz-se a lição de Fabiano André de Souza Mendonça: “Pretender, como muitos o defendem, a responsabilização do Estado apenas por atos do Executivo, é tratar desigualmente os cidadãos ofendidos por atos do Judiciário ou do Legislativo. É desconhecer mesmo a fórmula liberal da igualdade perante a lei. Ora, o poder, tal qual a Jurisdição, é uno e incindível. Sendo característica do Estado como pessoa jurídica de Direito Internacional Público. A chamada *tripartição dos poderes* foi fórmula encontrada e trabalhada pelos teóricos para que a tirania fosse evitada, não para que se cometessem injustiças” (MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Responsabilidade do Estado por ato judicial inconstitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 86, n. 738, p. 11-31, abr. 1997. p. 16).

¹¹¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. 20, n. 59, p. 5-48, nov. 1993. p.32.

¹¹² Os adeptos da teoria da irresponsabilidade estatal por atos jurisdicionais sustentam sua visão com base em diferentes argumentos, quais sejam: a soberania exercida pela autoridade judiciária; a necessidade de garantir a independência dos Juízes; a força incontestável da coisa julgada; a falibilidade contingencial dos juízes; a ausência de texto expresso de lei, e o risco assumido pelo jurisdicionado.

¹¹³ AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p.17; Neste sentido, APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. AUTOR QUE FOI PARTE PASSIVA EM EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL DE FORMA INDEVIDA. PENHORA DE BEM. ALEGAÇÃO DE ERRO JUDICIAL. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATOS DOS JUÍZES. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 37, §6º. HIPÓTESES RESTRITIVAS ESTABELECIDAS PELA CARTA MAGNA. PRISÃO INDEVIDA OU EXCESSO DE PRAZO. CONDUTA DO ESTADO QUE NÃO SE ENQUADRA EM NENHUMA DELAS. ERRO JUDICIAL CONFIGURADO, MAS QUE NÃO É CAPAZ DE GERAR INDENIZAÇÃO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.** (PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 890583-7**. 1ª Câmara Cível, Relator Des. Fabio Andre Santos Muniz, julgado em 15/05/2012, DJE 25/05/2012. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11280374/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-890583-7>>. Acesso em: 10 nov. 2013) (grifo nosso)

lesiva¹¹⁴. Ou que, como a previsão da indenização por erro judiciário e por prisão por tempo superior ao previsto em sentença encontra-se disciplinada em contexto diverso do art.37, §6º, a intenção do constituinte era limitar a responsabilidade do Estado, no que tange ao serviço judiciário, a tais hipóteses¹¹⁵.

Na realidade, as primeiras manifestações a favor da adoção da responsabilidade do Estado por atos de seus Juízes remontam à década de 40¹¹⁶. E desde então, o tema vem merecendo especial atenção de alguns de nossos juristas que, de forma mais consentânea com o Estado Moderno, propagam a ampliação do conceito, o que, segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior é atribuível a razões de ordem política e jurídica. Na esteira de seu pensamento, do ponto de vista político, porque o caminho à plena realização do estado de direito impõe a gradual extinção da noção de irresponsabilidade; e, sob o aspecto jurídico, porque o ato jurisdicional não se distingue ontologicamente das demais atividades que são realizadas pelo Estado que, uma vez presentes os requisitos, originam o dever de indenizar¹¹⁷.

Por outro lado, a responsabilidade do juiz está fixada no art. 49 da Lei Complementar 35, de 14.03.1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional)¹¹⁸ e no art. 133 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.¹¹⁹

¹¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 724, 734; Maria Sylvia Di Pietro refuta tal entendimento, ao afirmar que: “quanto a não ser o juiz funcionário público, o argumento não é aceitável no direito brasileiro, em que ele ocupa cargo público criado por lei e se enquadra no conceito legal dessa categoria funcional. Ainda que se entenda ser ele agente político, é abrangido pela norma do art. 37, §6º, da Constituição Federal, que emprega precisamente o vocábulo *agente* para abranger todas as categorias de pessoas que, a qualquer título, prestam serviços ao Estado.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 724).

¹¹⁵ “Todavia, não é de prosperar tal afirmação. Antes, esse dispositivo foi fruto da intenção do legislador constituinte em privilegiar determinadas hipóteses de responsabilidade e não de limitá-la”. (MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Responsabilidade do Estado por ato judicial inconstitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 86, n. 738, p. 11-31, abr. 1997. p. 22).

¹¹⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. 20, n. 59, p. 5-48, nov. 1993. p. 20.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 20

¹¹⁸ A Lei Orgânica da Magistratura reproduziu o enunciado do art. 133 do Código de Processo Civil, estendendo a sua incidência também aos atos praticados nas demais jurisdições (criminal, eleitoral, trabalhista, militar) (*Ibidem*, p.16).

¹¹⁹ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 10 set. 2013.

Tais artigos, no juízo de alguns autores, devem ser interpretados de acordo com os princípios publicísticos que regem a responsabilidade do Estado, isto é, como hipóteses de responsabilidade direta do Estado e onde se admite a ação regressiva contra o Juiz¹²⁰. Em sentido contrário, afirma-se que, nestas hipóteses, o lesado possui a faculdade de optar em acionar o Estado ou o juiz que, deste modo, poderia responder de forma direta pelos danos decorrentes da violação à esfera jurídica alheia¹²¹.

Enfim, hoje, a maior parte da doutrina reconhece que o Poder Judiciário no exercício da função de jurisdição pode ocasionar danos que devem ser objeto de reparação. E, a fim de melhor elucidar esta questão, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em trabalho apresentado ao “Tercer Congreso Internacional de Derecho de Daños” – Buenos Aires, maio/1993, propõe um sistema em que, partindo da previsão do art.37, §6º, da Constituição Federal, defina-se o alcance da responsabilização estatal pelos parâmetros que lhe são dados pela legislação ordinária e pela própria Constituição que, no art. 5º, LXXV, consagrou o direito fundamental à indenização por tempo superior ao fixado em sentença e por erro judiciário.

Assim, não obstante haja outras hipóteses que podem dar causa ao dever de o Estado indenizar pelos atos danosos praticados no exercício da atividade jurisdicional, passa-se a análise de duas que mais se coadunam com o objetivo que foi proposto ao presente trabalho.

¹²⁰ AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 32-33; Oportuna é a lição de José Cretella Junior que, já na vigência da Constituição Federal de 1946, dispunha: “Pessoalmente, o juiz, num primeiro momento, não é responsável. Nem pode ser. Responsável é o Estado. Juiz é órgão do Estado. Estado e juiz formam um todo indissociável. Se o magistrado causa dano ao particular, o Estado indeniza, exercendo depois o direito de regresso contra o causador do dano.” (CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 99, p. 13-32, 1970. p.18).

¹²¹ SOUZA, José Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 39, n. 164, p. 115-152, jun. 1991. p. 134; José dos Santos Carvalho Filho acentua que, na hipótese, trata-se de responsabilidade individual do juiz, que deve reparar os prejuízos causados e, no seu entendimento, também não deixa de incidir a regra do art. 37, §6º, da Constituição Federal, caso em que ao Estado será assegurado o direito de regresso. E prossegue, concluindo, ao final, que aquele que tenha sofrido danos poderá acionar tanto o Estado como o juiz, ou ambos, visto que, de qualquer forma, terá que provar a conduta dolosa do agente (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013).

3.2.2 O erro judiciário

Trata-se da mais conhecida das atividades danosas do Poder Judiciário e que, tradicionalmente, é associada à sentença penal condenatória injusta. No entanto, o erro judiciário no sentido lato, abarca também “o excesso de pena ou o cumprimento da pena além do tempo fixado na sentença, por força do preceito constitucional contido no art. 5º, LXXXV, da CF/88”¹²², bem como, entre outros, “o erro na prisão preventiva”¹²³, “no recebimento da denúncia”¹²⁴ e “na não concessão do relaxamento do flagrante”¹²⁵. Há ainda o erro fora do âmbito penal, decorrente da atuação jurisdicional em outros ramos do Direito, como o erro no processo civil, trabalhista, eleitoral, etc.

Na sua forma típica, o erro judiciário vem previsto no art.630 do Código de Processo Penal, que afirma que por ocasião da revisão criminal:

Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.
 § 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.
 § 2º A indenização não será devida:
 a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;
 b) se a acusação houver sido meramente privada.¹²⁶

Não obstante a sua previsão em legislação ordinária, o direito à indenização por erro judiciário foi alçado à categoria de direito fundamental do homem pela Constituição Federal, que o previu no art. 5º, inciso LXXV, ao dispor que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.¹²⁷

A par do teor dos dispositivos, avultam algumas questões: a) a ação de revisão criminal constituiria condição indispensável à reparabilidade do dano decorrente de erro judiciário penal? b) o parágrafo 2º do art. 630 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal?

¹²² STOCO, Rui.. Responsabilidade do Estado por erro judiciário. **Revista brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 158-167, jul./set. de 2003. p. 161.

¹²³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Responsabilidade do estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 198, p. 85-96, out./dez. 1994. p. 91.

¹²⁴ Luiz Antonio Hentz *apud* DI PIETRO, op. cit., p. 91.

¹²⁵ Luiz Antonio Hentz *apud* DI PIETRO, op. cit., p. 91.

¹²⁶ BRASIL. **Decreto nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 nov. 2013.

¹²⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 nov. 2013.

Quanto ao primeiro quesito, Yussef Cahali acentua que “a preterição do pedido incidente na revisão criminal, ou a própria inexistência de uma prévia revisão criminal não deve constituir óbice para o exercício da ação indenizatória por erro judiciário”.¹²⁸

Opinião diversa é a de Rui Stoco, conforme se depreende do seguinte excerto:

[...] Também nos filiamos à corrente doutrinária que defende a necessidade de desconstituição e cessação dos efeitos do julgado de que não cabe mais recurso, por meio da revisão criminal, como condição fundamental para o reconhecimento do erro judiciário e a declaração do dever de indenizar do Estado¹²⁹.

Para o ilustre doutrinador, ademais, ainda que haja reversão do resultado condenatório para o absolutório em sede de revisão criminal, para que o interessado obtenha a reparação, faz-se necessário a caracterização e declaração expressa do erro judiciário nesta ação específica¹³⁰.

De fato, o dispositivo processual é limitativo do direito ao ressarcimento do dano decorrente de erro, o que foi superado pela Constituição Federal, ao torná-lo incondicional. Contudo, não vemos como, no ordenamento jurídico, uma sentença condenatória transitada em julgado possa subsistir ao lado de outra sentença que ordene ao Estado o pagamento de indenização a esse mesmo réu, razão pela qual compartilhamos da opinião que sustenta a imprescindibilidade da revisão criminal à indenização por erro judiciário penal típico.

No mesmo sentido é a lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

Havendo sentença condenatória com trânsito em julgado, é pressuposto do pedido indenizatório o prévio desfazimento daquele ato, a ser obtido através de rescisão, no juízo cível, nos caves do art. 485 do CPC, e de revisão no juízo criminal (art.621 do CPP). No crime, a lei autoriza ao Juiz da revisão a deliberação sobre a verba indenizatória; no cível, nada impede a cumulação de pedidos¹³¹.

Quanto à segunda questão por nós erigida, ao tecer comentários ao art.630 do Código de Processo Penal, Damásio de Jesus acentua que “a CF de 1988, em seu art.5º, LXXV, tornou incondicional a indenização por erro judiciário, revogando o §2º”. Neste sentido, Nelson Nery Júnior assevera:

¹²⁸ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 476.

¹²⁹ STOCO, Rui. Responsabilidade Civil por erro judiciário em ação penal condenatória. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 295-302, out./dez. 2002. p. 296.

¹³⁰ Ibidem, p. 297.

¹³¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. 20, n. 59, p. 5-48, nov. 1993. p. 42.

Mais específica do que a garantia de indenização da CF, art.37, §6º, aqui foi adotada a responsabilidade objetiva fundada na *teoria do risco integral*, de sorte que não pode invocar-se nenhuma causa de exclusão do dever de o Estado indenizar quando ocorrer o erro judiciário ou a prisão por tempo além do determinado na sentença¹³².

No ponto, estamos com Yussef Said Cahali, que diverge parcialmente dos autores mencionados. Tal doutrinador, não obstante considere que a ressalva da alínea ‘b’ tenha sido derogada diante do texto constitucional¹³³, quanto à excludente da responsabilidade prevista na alínea ‘a’, assim se manifesta:

[...] Segundo os princípios gerais, e conforme foi observado, a responsabilidade civil do Estado é determinada segundo a regra da *causalidade*; desse modo, se o erro ou a injustiça da condenação encontra sua *causa* em ato ou fato imputável ao próprio impetrante da ação de revisão penal, impõe-se reconhecer que “a indenização não será devida” (grifos originais)¹³⁴.

De fato, há incompatibilização da alínea ‘b’ do parágrafo 2º do dispositivo processual com o texto constitucional¹³⁵, posto que, mesmo que a acusação seja de iniciativa meramente privada, o direito à indenização decorre de erro judiciário do Estado-juiz.

3.2.3 As prisões cautelares indevidas

Trate-se de assunto complexo e controverso. A doutrina mais moderna vem proclamando a extensão do conceito de erro judiciário penal para abarcar outras hipóteses danosas que não somente àquela consistente na sentença penal condenatória injusta. Dai que alguns doutrinadores consideram hipóteses de erro, por exemplo, as prisões cautelares estabelecidas de forma irregular (atos ilícitos) ou mesmo os atos lícitos na sua origem, como a

¹³² NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado, p.83 *apud* LENZA, Predo. **Direito Constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹³³ CAHALI, Yussef. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 488.

¹³⁴ CAHALI, Yussef. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 487. No mesmo sentido Luís Wanderley Gazoto, Para quem “Muito embora seja objetiva a responsabilidade estatal pelo erro judiciário e demais atos lícitos que provocarem danos injustos, ela não é integral, admitindo sua exclusão ou atenuação nos tradicionais casos de culpa exclusiva ou concorrente da vítima (CPP, art.630, §2º, alínea a)”. (GAZOTO, Luís Wanderley. Responsabilidade estatal por atos jurisdicionais. **Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, DF, n. 60, p. 45-64, maio/ago. 1999. p. 59).

¹³⁵ Mário Moacyr Porto considera ser “*estranhável a ressalva constante da letra b, do § 2º, do art. 630: ‘a indenização não será devida... se a acusação houver sido meramente privada’*. Ora, quem julga é o juiz, é o Estado, pouco importando que a ação tenha se instaurado por iniciativa do Ministério Público ou queixa privada. A restrição, ao que parece, é de todo descabida”. (PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade do Estado pelos atos de seus juízes. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 71, n. 563, p. 9-14, set. 1982. p. 14)

prisão cautelar regularmente decretada, mas que, ao final, se mostra injusta, em razão do decreto absolutório.

Outros doutrinadores, não obstante também reconheçam a responsabilidade estatal por prisões cautelares ilegais e por provimentos cautelares cujo *fumus commissi delicti* não é confirmado ao final do processo, não enquadram tais hipóteses como modalidades de erro judiciário¹³⁶.

É neste sentido que Ruy Rosado do Aguiar Júnior, após afirmar que a responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade jurisdicional deve reger-se pela regra geral do art. 37, §6º nos limites indicados no art. 5º, inciso LXXV, acentua:

Além do erro judiciário, reparável após o desfazimento da sentença, devemos incluir no âmbito da reparação civil a prisão preventiva, quando ilegal, e a legal de quem veio a ser finalmente absolvido com fundamento na categórica negativa da existência do fato ou da autoria, ou pelo reconhecimento da licitude do comportamento.¹³⁷

Ressalta-se que, na opinião do autor, no caso de o acusado ter sido absolvido por falta de provas, a reparação do dano é incabível, uma vez que inadmissível o nascimento de uma pretensão indenizatória fundada em ofensa a direito sobre o qual se tem dúvida¹³⁸.

Da mesma forma, para Luiz Antonio Soares Hentz, a prisão indevida também constitui categoria autônoma, pois independe de erro judiciário. Para o autor, a obrigação de indenizar por prisão injusta que, no seu entendimento, corresponde àquela sem base em uma sentença definitiva, ante a legitimidade da prisão cautelar, não decorrendo, pois, de exercício irregular da potestade estatal, é fruto da assunção de responsabilidade pelo Estado por força de dispositivo legal que prevê o dever de indenizar a quem ficar preso indevidamente. Ao assumir o risco de violar o direito de liberdade de alguém para garantir a efetividade da persecução penal, o ato se torna antijurídico quando, posteriormente, não lhe corresponda sentença condenatória definitiva, visto que, em nome de atividade exercida em prol de todos, agravou-se desigualmente a situação de determinado indivíduo, ferindo-o concretamente na

¹³⁶ Segundo o autor, quando uma pessoa inocente ou que assim se presuma sofra danos por ter sido privada de sua liberdade em razão de prisão cautelar, caso ocorra a sua absolvição (ou procedência da revisão criminal) ou o arquivamento do inquérito policial em que seja suspeito, deverá por isso ser indenizada. Contudo, acentua que, no caso, “não se trata de erro judiciário, pois todos os atos judiciais foram corretos: tinha-se base jurídica para decretar uma prisão cautelar e ela foi decretada, não se tinha base para um decreto condenatório, não se condenou o réu”. (GAZOTO, Luís Wanderley. Responsabilidade estatal por atos jurisdicionais. **Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, DF, n. 60, p. 45-64, maio/ago. 1999. p. 58).

¹³⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. 20, n. 59, p. 5-48, nov. 1993. p. 39-40.

¹³⁸ Ibidem, p. 40.

sua esfera de direitos protegidos¹³⁹. De qualquer modo, a responsabilidade pública por prisão indevida, no ordenamento jurídico brasileiro, decorreria diretamente da lei, já que, no seu entendimento, a redação da segunda parte do art. 5º, LXXV, ao prever que o Estado indenizará aquele que “ficar preso além do tempo fixado na sentença”, não obstante tenha a pretensão de coibir a possível cassação à liberdade de modo ilícito, abarca todas as formas de prisão, bastando que à mesma não “corresponda em definitivo, uma condenação com imposição de pena privativa de liberdade a ser cumprida no regime fechado”¹⁴⁰. No caso, a indenização, mais do que caráter reparatório, possuiria natureza de sanção a ser imposta ao Estado quando do suprimento indevido da liberdade individual e, portanto a mesma seria devia pelo só fato de o indivíduo não ter podido se locomover livremente, independentemente dos danos morais e materiais sofridos.

Sobre o tema, Rui Stoco, ao entender pela não taxatividade da regra constitucional que assegura o direito à indenização por erro judiciário ou por excesso de prisão, dá exemplos de outros casos que também justificariam a reparação por prisão indevida, ainda que não se subsumam perfeitamente à hipótese prevista na segunda parte do inciso LXXV, do art. 5º, da Constituição Federal. Refere-se, por exemplo, ao indivíduo mantido preso injustamente, sem motivação aparente, que tenha sido detido pela autoridade policial com abuso de poder ou que esteja cumprindo pena de outro indivíduo seu homônimo. Aduz igualmente que, conforme o caso e as circunstâncias, a prisão temporária e a prisão preventiva sem que ocorra a instauração da ação penal podem converter-se em erro judicial (e não judiciário) ensejador da prisão indevida¹⁴¹.

De fato, a prisão cautelar ou provisória é uma das instituições mais polêmicas do sistema penal¹⁴². Trata-se da mais agressiva medida que se impõe a pessoa juridicamente considerada inocente. Dai que a decretação desta providência, por resultar em restrição à liberdade individual, há de ser sempre em caráter excepcional e dar-se-á somente quando presentes os pressupostos de cada espécie de prisão cautelar e à sua indubitável necessidade.

¹³⁹ Nas suas palavras: “Há um risco contínuo e imanente no poder de privação da liberdade física dos indivíduos. Isso implica a verificação posterior da ilegalidade no agir. A prisão, a que não sucede uma condenação, será tida por indevida *a posteriori*”.

¹⁴⁰ HENTZ, Luiz Antonio Soares. Indenização da prisão indevida. **Boletim Ibccrim**, São Paulo, n. 44, p. 7, 1996; HENTZ, Luiz Antonio Soares. Responsabilidade do Estado por prisão indevida. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun.2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1092>>. Acesso em: 16 set. 2013.

¹⁴¹ STOCO, Rui. Responsabilidade do estado por erro judiciário. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 21. p 91-101, jan./mar.1998. p. 100.

¹⁴² SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 289-335, set./out. 2010. p. 290.

Esta, por sua vez, há de aferida segundo relevante finalidade a ser encontrada no âmbito constitucional, qual seja a necessidade de preservação da efetividade do processo¹⁴³.

Deste modo, autores há que sustentam que os danos decorrentes das prisões cautelares devidamente decretadas não ensejam o dever reparatório a cargo do Estado¹⁴⁴. Isto é, uma vez observados todos os pressupostos previstos em lei para a decretação da medida, bem como tendo a mesma se mostrado imprescindível à finalidade cautelar de garantia do normal desenvolvimento do processo penal, não há que se falar em pretensão indenizatória. Segue esta linha, Rogério Chaves, ao afirmar que:

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

Não creio que pelo só fato de ter advindo sentença absolutória, a prisão preventiva renda ensejo à indenização. Todos os cidadãos, desde que presentes indícios de autoria e materialidade, estão sujeitos à detenção preventiva. Nesses casos, a prisão não passa de exercício regular de direito do Estado, com vistas a assegurar não só a ordem pública e a paz social, como também garantir a regular instrução processual.¹⁴⁵ (grifo nosso).

Não perfilha desse entendimento Yussef Cahali. Sustenta o autor que a *prisão injusta* não coincide necessariamente com a noção de *prisão ilegal*, porquanto esta última visa restaurar o *status libertatis* do sujeito, enquanto que a primeira pretende definir eventual responsabilidade do Estado pelos danos sofridos por aquele em razão da prisão¹⁴⁶. Nesta perspectiva é que preso a qualquer título o indivíduo, antes ou durante o processo-crime, sendo, ao final absolvido e solto, o só fato da privação da liberdade, objetivamente, caracterizaria *prisão indevida*, hábil a ensejar a responsabilidade indenizatória do Estado.

Nesta linha de pensamento, é a lição de Luiz Wanderley Gazoto: “[...] A demonstração de culpa do Estado é despicienda, pois, apesar das suspeitas e evidências que justificaram a

¹⁴³ PACHELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 492.

¹⁴⁴ De fato, como acentua Fabiano André de Souza Mendonça, quanto à responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da jurisdição penal, existe grande debate acerca da possibilidade ou não de indenização devido à prisão preventiva, de índole cautelar, quando o réu venha a ser inocentado, dado o elevado interesse de ordem pública presente em tal ato de privação da liberdade. (MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Responsabilidade do Estado por ato judicial inconstitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 86, n. 738, p. 11-31, abr. 1997. p. 20).

¹⁴⁵ CHAVES, Rogério Marinho Leite. A responsabilidade do Estado-Juiz. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 127, p. 267-274, jul./set.1995. p. 273.

¹⁴⁶ CAHALI, Yussef. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 479.

movimentação do aparelho de repressão estatal, se incomodou alguém cuja responsabilidade penal não se logrou comprovar”¹⁴⁷.

Em suma, no que tange ao tema da possibilidade ou não de indenização dos danos provindos da submissão a prisões cautelares, divergem os autores. Para alguns, a prisão a este título só gera ao Estado a obrigação de reparar quando ilegal, isto é, no caso de a privação da liberdade ter se dado fora dos casos legais ou não terem sido observados todos os pressupostos de sua decretação em decisão devidamente fundamentada (art.93, IX, da Constituição Federal), assim como as formalidades legais exigidas à sua execução. Outros afirmam que nascerá uma pretensão indenizatória quando provier posterior decreto absolutório com fundamento na ausência de autoria e materialidade, *contrario sensu*, dando-se a absolvição por motivo de insuficiente material probatório, não há que se falar em responsabilidade do Estado. Por último, há quem entenda que preso cautelarmente o indivíduo, se ao final restar absolvido, a simples restrição da liberdade individual caracterizaria, objetivamente, prisão indevida e razão suficiente para que seja possível responsabilizar o Estado pelos danos daí decorrentes.

Diante deste quadro, adota-se aqui o entendimento segundo o qual, embora a prisão cautelar seja medida necessária às finalidades do sistema processual penal, cuja decretação e execução deve se fazer em fiel observância ao princípio da legalidade, seja no que atine às restritas hipóteses legais em que cabíveis, ou aos pressupostos, requisitos e formalidades contidos na lei, a mesma se torna *ilegítima* quando sucedida pelo decreto absolutório. Isto porque o Estado não pode fugir à responsabilidade de reparação dos nefastos danos causados pelas prisões cautelares que se mostrem indevidas, ônus que, provindo de atividade estatal de risco, consistente na persecução penal voltada ao interesse de todos, não pode ser suportado de forma *desigual* por um indivíduo específico.

Assim, estamos com Luz Flávio Gomes quando acentua que quem fica privado da liberdade e depois é reconhecido inocente, em regra, deve ser indenizado, mas que possível responsabilidade do Estado tem de ser analisada caso a caso¹⁴⁸.

Partimos então à análise do tratamento jurisprudencial que é deferido às prisões cautelares quando não correspondam à sentença definitiva e, por essa razão, possa nascer para

¹⁴⁷ GAZOTO, Luís Wanderley. Responsabilidade estatal por atos jurisdicionais. **Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, DF, n. 60, p. 45-64, maio/ago. 1999. p. 59.

¹⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Prisão Cautelar. Absolvição. A polêmica da indenização**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2011/05/18/prisao-cautelar-absolvicao-a-polemica-da-indenizacao/>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

o indivíduo atingido em sua esfera jurídica protegida, uma pretensão indenizatória em desfavor do Estado.

Por fim, faz-se alusão à detração, que consiste no abatimento, na pena ou medida de segurança a ser executada, do tempo de prisão provisória ou de internação já cumprido pelo condenado¹⁴⁹. Contudo, restringe-se o estudo do instituto no que aqui é de nosso interesse: o movimento jurisprudencial no sentido de admitir a detração do tempo de constrição em outro processo, que não aquele em execução, que tenha resultado em absolvição ou extinção da punibilidade, como uma espécie de indenização pelo erro judiciário, ou seja, como forma de supressão da “segregação” imposta.

3.3 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA

3.3.1 A visão jurisprudencial do problema

No que atine às prisões cautelares, os julgados, na sua ampla maioria, ao analisar se o Estado tem o dever de indenizar pelos danos decorrentes da privação da liberdade, apreciam o direito ao ressarcimento em função das circunstâncias e condições da prisão e dos fundamentos da sentença ou decisão que teriam determinado a libertação ou a absolvição.

É assim que, verificada a validade e legalidade da custódia cautelar, entende-se que a posterior absolvição ou impronúncia não consiste em elemento suficiente a respaldar uma pretensão indenizatória¹⁵⁰. Da mesma forma, “ocorrendo a prisão ilegal, em desatendimento

¹⁴⁹ DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 8.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 238.

¹⁵⁰ **Ementa:** RECURSO DE APELAÇÃO RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO ATO ILÍCITO PRISÃO CAUTELAR ABSOLVIÇÃO POSTERIOR NO JUÍZO CRIMINAL POR FALTA DE PROVAS - PRETENSÃO À INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS IMPOSSIBILIDADE. 1. A **Constituição Federal de 1988 somente autoriza a indenização ao condenado por erro judiciário, ou por excesso de prazo caracterizado pela sua permanência além do tempo fixado na sentença penal condenatória (artigo 5º, LXXV)**. 2. **Preceito constitucional que não faz alusão à prisão cautelar, referindo-se, apenas e tão-somente, à segregação oriunda de provimento jurisdicional definitivo, sendo certo que o dever de indenizar poderia eventualmente ser acolhido quando o Órgão Jurisdicional, na apreciação da decretação, ou manutenção da custódia provisória de alguém, age com abuso de poder, ou ilegalidade**. 3. **Decretação da prisão cautelar devidamente fundamentada** pelo Juízo Criminal, tendo em vista o reconhecimento pessoal e fotográfico do acusado da prática do crime de roubo no Inquérito Policial. 4. **Prisão que tem por objetivo assegurar a efetividade do curso da ação penal e garantir a eventual punição do réu**. 5. **Circunstância que não enseja reparação de danos porque revestida de legalidade**. 6. Precedentes Jurisprudenciais. 7. Ação de indenização julgada improcedente. 8. Sentença mantida neste aspecto. 9. Recurso de apelação apresentado pela parte autora desprovido. RECURSO DE APELAÇÃO AÇÃO DE INDENIZAÇÃO ONUS DE SUCUMBÊNCIA IMPOSIÇÃO À PARTE VENCIDA NA LIDE, BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA POSSIBILIDADE. 1. A concessão dos benefícios da gratuidade judiciária não impede a imposição dos ônus decorrentes da sucumbência à parte beneficiada, vencida na demanda. 2. Adimplemento condicionado à cessação da hipossuficiência econômica. 3.

aos pressupostos que informam a flagrância, como notória repercussão negativa pela mídia, cabe ao Estado o dever de indenizar, em vista da responsabilidade objetiva do Estado, ainda que o dano decorra de um ato judicial”¹⁵¹.

Ou compreende-se que o Estado eventualmente poderá ter que responder pelos danos decorrentes da prisão cautelar decretada de acordo com os ditames legais dependendo do motivo pelo qual se deu a absolvição do réu. Neste sentido é a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja ementa aqui se reproduz, ao fixar o entendimento de que cabe indenização por prisão preventiva injusta quando o fundamento da sentença absolutória residir na comprovação da ausência de autoria ou de materialidade delitiva e não por insuficiência de provas:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO PENAL E DECRETÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA SOBREVINDO SENTENÇA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM RELAÇÃO A ALGUNS DOS CRIMES IMPUTADOS E SENTENÇA ABSOLUTÓRIA POR NÃO HAVER PROVA DA EXISTÊNCIA DO FATO (ART. 386, INC. II, CPP) EM RELAÇÃO AO OUTRO CRIME OBJETO DA ACUSAÇÃO. HIPÓTESES EM QUE A REPARAÇÃO DO DANO É INCABÍVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU EXCESSO. 1. O direito à reparação somente cabe quando a prisão cautelar é decretada ou mantida quando já estava extinta a punibilidade pela prescrição e não quando há incidência superveniente à prisão cautelar de uma causa extintiva da punibilidade, pois neste caso não existe a possibilidade de qualquer valoração sobre a injustiça da custódia cautelar ou de erro judiciário. 2. A absolvição criminal por não haver prova da existência do fato (inc. II, do art. 386, CPP) revela âmbito de incerteza sobre a existência do fato ou da autoria, tanto que o ordenamento jurídico não veda o ajuizamento de ação civil para, com outras provas novas, postular a demonstração da ocorrência do ilícito. Sendo assim, não se pode afirmar que o acusado era inocente por ter sido colhida prova da inexistência do fato delitivo ou de que dele não participou, mas sim escapou da persecução penal estatal porque o juiz não encontrou prova da existência do fato ou da autoria. Dito de outro modo, afastou-se o ilícito penal, mas não o ilícito civil, tanto que permanece cabível a

Inteligência do artigo 12 da Lei Federal nº 1.060/50. 4. Precedentes jurisprudenciais. 5. Ação de indenização julgada improcedente. 6. Condenação da parte autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios. 7. Sentença parcialmente reformada neste aspecto. 8. Recurso de apelação da parte ré provido para tal fim. (grifo nosso). (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 0008125-25.2010.8.26.0157**. 5ª Câmara de Direito Público, Relator Des. Francisco Bianco, julgado em 30/09/2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=4FC4005DD4DA8F0A52368B37DF8FEDC6.cjsg1>>. Acesso em: 10 nov. 2013).

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL Prisão preventiva - Pronúncia - Tribunal do Júri - Absolvição - Danos morais e materiais - Impossibilidade: - **A absolvição não torna a prisão, realizada com as formalidades legais, fruto de excesso ou de erro judiciário, circunstâncias a serem aferidas segundo os elementos de fato e de direito existentes no momento da prática do ato judicial.** - Não configuradas as hipóteses do art.5º, inciso LXXV, da Constituição Federal. (grifo nosso). (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 994.06.151332-0**. 10ª Câmara de Direito Público, Relatora Des. Teresa Ramos Marques, julgado em 23/03/2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 10 nov. 2013).

¹⁵¹ ESPIRITO SANTO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 24.920.057.684**. Terceira Câmara Cível, julgado em, 01/08/1995, RT 727/251 *apud* CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

possibilidade de ajuizamento de ação indenizatória na esfera civil contra o acusado. Ademais, cabe considerar que o Estado pelos órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário nada mais fez do que exercer o direito constitucional da tutela jurisdicional conferido pelo art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Também não se constitui em ato ilícito aquele praticado no exercício regular de um direito, como prevê o art. 188, inc. I, do Código Civil de 2002. Logo, não tendo ocorrido qualquer injustiça ou excesso no exercício constitucional da atividade de persecução penal do crime e na atuação jurisdicional dos órgãos Estatais, não se enquadra o caso em tela na hipótese de erro judiciário. 3. **É cabível indenização por prisão preventiva injusta se comprovada categoricamente na sentença criminal absolutória a inexistência do fato ou de comprovada não-participação no fato delitivo, mas, pelo contrário, não é admissível a reparação se o acusado foi absolvido por falta de prova da participação no fato imputado (art. 386, inc. II, CPP) ou por falta de provas (art. 386, VI, CPP), porquanto em hipóteses de incerteza jurídica e onde não há óbice à reparação na esfera civil contra o autor do ilícito, resulta incabível cogitar de valoração sobre eventual erro judiciário.** 4. Improcedência da ação e sucumbência mantida. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME.¹⁵² (Grifo nosso)

Por outro lado, já foi reconhecido pelo STJ que “assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário a restrição preventiva de alguém que posteriormente vem a ser absolvido”¹⁵³. No referido julgamento, também restou estabelecido que: “forçoso, assim, concluir, que quando preso preventivamente o cidadão e depois é absolvido, *in casu*, pelo Tribunal do Júri, também se configura situação em que houve erro judiciário, sem que tenha havido condenação”, bem como que “a absolvição futura revela da ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos (*notoria non eget probationem*)”. Contudo, ressalta-se que, no caso, restou comprovado que o verdadeiro autor do delito tratava-se de pessoa que já se encontrava presa.

Felizmente, a posição adotada neste julgamento revela uma evolução da jurisprudência pátria no sentido de reconhecer a responsabilidade do Poder Público pela prisão indevida, que não pode ser entendida apenas como aquela decorrente de erro judiciário penal típico ou mesmo a que se estendeu por prazo superior ao *quantum* estabelecido em sentença. Isto é, deve-se ter em conta o art. 5º, LXXV em sua amplitude, pois, uma vez que tem por escopo garantir o direito à indenização por supressão injusta da liberdade individual, não pode deixar de abranger a prisão de índole cautelar quando a mesma se mostrar indevida pela posterior absolvição. Em outra ocasião, já havia sido reconhecida a similitude das situações, conforme se vê do julgado:

¹⁵² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70016088361**, 9ª Câmara Cível, Relator Des. Odone Sanguiné, julgado em 20/12/2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70016088361&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 10 nov. 2013.

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 427.560 – TO**. 1ª Turma do STJ, Relator Min. Ministro Luiz Fux, Julgado em 05/09/2002, DJ 30/09/2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201303732701&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO PENAL. COMPUTO DE TEMPO DE PRISÃO IMPOSTA EM OUTRO PROCESSO. POSSIBILIDADE. CONDIÇÕES. CP, ART. 42. LEP, ART. 111. CF, ART. 5., XV E LXXV. **A CONSTITUIÇÃO DE REPÚBLICA, EM RAZÃO DA MAGNITUDE CONFERIDA AO "STATUS LIBERTATIS" (ART. 5., XV), INSCREVEU NO ROL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS REGRA EXPRESSA QUE OBRIGA O ESTADO A INDENIZAR O CONDENADO POR ERRO JUDICIÁRIO OU QUEM PERMANECER PRESO POR TEMPO SUPERIOR AO FIXADO NA SENTENÇA (ART. 5., LXXV), SITUAÇÕES ESSAS EQUIVALENTES A DE QUEM FOI SUBMETIDO A PRISÃO PROCESSUAL E POSTERIORMENTE ABSOLVIDO.**

- EM FACE DESSE PRECEITO CONSTITUCIONAL, O ART. 42, DO CÓDIGO PENAL, E O ART. 111, DA LEI DAS EXECUCÕES PENAIS, DEVEM SER INTERPRETADOS DE MODO A ABRIGAR A TESE DE QUE O TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA, IMPOSTA EM PROCESSO NO QUAL O REU FOI ABSOLVIDO, SEJA COMPUTADO PARA A DETRAÇÃO DE PENA IMPOSTA EM PROCESSO RELATIVO A CRIME ANTERIORMENTE COMETIDO. - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E DESPROVIDO.¹⁵⁴

Também em razão da disposição inserta no art. 5º, LXXV do texto constitucional é que a jurisprudência, com apoio na doutrina, vem interpretando de forma ampla o art. 42 do Código Penal que dispõe sobre o instituto da detração da pena, permitindo o cômputo do tempo em que o indivíduo estivera preso provisoriamente na reprimenda penal, ainda que se trate de processos distintos e desde que o crime cuja pena esteja sendo executada tenha sido cometido anteriormente à prisão processual que resultou indevida. É o estudo que se segue.

3.3.2 Admissibilidade da detração por prisão ocorrida em processo diverso que tenha resultado em absolvição ou em extinção da punibilidade como forma de indenização pela segregação indevidamente imposta

O art. 42 do Código Penal dispõe sobre a detração, que consiste no abatimento na pena privativa de liberdade ou na medida de segurança, do tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação em estabelecimentos psiquiátricos. Preceitua, pois, que o tempo de prisão cautelar deve ser computado, após a condenação, para fins de detração e, por isso, descontado da pena imposta na sentença para efeito de sua execução.

No entanto, a dicção do artigo não deixa claro se há necessidade de nexos processual entre o motivo da prisão cautelar e o fato ensejador da pena que está sendo cumprida.

Destarte, a jurisprudência, com o respaldo de parte da doutrina e com supedâneo no art. 5º, LXXV, que prevê o direito à indenização por erro judiciário e pela prisão que se

¹⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 61.899-1/SP**. 6ª Turma, Relator Min. Vicente Leal, julgado em 26/03/1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

estendeu por tempo superior ao *quantum* estabelecido em sentença, bem como com fulcro no art. 111 da Lei de Execuções Penais¹⁵⁵, vem entendendo que “é admissível a detração do tempo de prisão processual ordenada em outro processo em que o sentenciado foi absolvido ou declarada a extinção da sua punibilidade, quando a data do cometimento do crime de que trata a execução seja anterior ao período pleiteado”¹⁵⁶.

Defendemos que essa interpretação resulta numa espécie de “supressão” ou “indenização” pela segregação indevida. Outro não é o entendimento de Mirabete:

Tem-se, porém, admitido ultimamente, tanto na doutrina como na jurisprudência, a detração por prisão ocorrida em outro processo, desde que o crime pelo qual o sentenciado cumpre pena tenha sido praticado anteriormente a seu encarceramento, numa espécie de fungibilidade da prisão. Essa interpretação é coerente com o que dispõe a Constituição Federal, que prevê a indenização ao condenado por erro judiciário, assim como àquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV), pois não há indenização mais adequada para o tempo de prisão provisória que se julgou indevida pela absolvição do que ser ele computado no tempo da pena imposta por outro delito.¹⁵⁷

No mesmo sentido, o seguinte julgado:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO PENAL. INVIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PRISÃO ANTERIOR AO DELITO PELO QUAL SE CUMPRE PENA. Art. 42 do CP estabelece a possibilidade de detração da pena, computando-se na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, bem como o de prisão administrativa e o de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou similar. **Necessidade de indenização por erro judiciário estabelecida no art. 5º, inciso LXXV, da CF, que permite a aplicação do benefício da detração referente a processo diverso da pena executada.** Inviável, todavia, a detração penal em relação a crimes cometidos posteriormente à prisão cautelar, sob pena de criar-se uma espécie de salvo conduto para o cometimento de ilícitos, ou seja, uma espécie de “conta-corrente de pena”. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO EM EXECUÇÃO. UNÂNIME.¹⁵⁸

Neste acórdão de relatoria do Desembargador Odone Sanguiné, reconheceu-se que há uma tendência em aceitar que o indivíduo preso equivocadamente no curso do processo tenha

¹⁵⁵ LEP, Art.111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição. (BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 18 nov. 2013).

¹⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 594042/MG**. Sexta Turma, Relator Min. Celso Limongi, julgado em 02/02/2010, DJe 22/02/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=594042&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

¹⁵⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁵⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo nº 70036139129**, Terceira Câmara Criminal, Relator: Odone Sanguiné, julgado em 02/09/2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

direito à indenização estatal, a qual pode ser concedida na forma de detração da pena privativa de liberdade imposta na sentença condenatória, ainda que a prisão indevida decorra de processo diverso, pois seria a indenização mais justa ao condenado.

De fato, realmente não há indenização mais adequada pra o tempo de segregação cautelar imposta em processo no qual o sujeito tenha sido absolvido do que o cômputo deste período em outro processo no qual ele tenha sido condenado haja vista, entre outros aspectos, o tratamento degradante a que frequentemente são submetidos os presos brasileiros.

Acrescenta-se a isso que, não obstante entendamos que a Justiça penal não se satisfaz com a injustiça da aplicação da prisão provisória a quem posteriormente vem a ser absolvido por sentença definitiva, sabemos que o tema não é pacífico. Aliás, como salientado no acórdão proferido pela 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁵⁹, por constituir-se em instituto previsto no ordenamento jurídico brasileiro, se observado todos os requisitos legais, dificilmente o preso será ressarcido pelos nefastos danos que o aprisionamento produz sobre a vida pessoal e profissional do indivíduo, ainda que seguido de uma absolvição.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a prisão preventiva não enseja indenização se presentes todos os requisitos que a autorizam, ainda que o réu seja absolvido posteriormente. Contudo a matéria ainda é objeto de discussão, haja vista, por exemplo, o acórdão no Recurso Extraordinário 505.393-8.

No caso, apesar de o órgão não ter se pronunciado acerca da decisão recorrida no ponto em que reconheceu devida indenização pelo período em que o indivíduo permanecera preso provisoriamente, uma vez que o recorrente não se contrapôs a esse trecho do acórdão, foi estabelecido que:

[...] o que hoje se discute muito é o problema da prisão preventiva indevida; são outras hipóteses de indenização por decisões errôneas ou por *faute de service* da administração da Justiça, que não estão efetivamente previstos no art. 5º LXXV, da Constituição, que não barra a discussão infraconstitucional da matéria, porque o art.5º, LXXV, é uma garantia. Portanto, um mínimo que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias em hipóteses que não a de erro judiciário *stricto sensu*, mas de evidente falta objetiva do serviço público, como é o doloroso caso objeto do Recurso Extraordinário nº 70.121, a que me referi¹⁶⁰.

¹⁵⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo nº 70035386135**. Sétima Câmara Criminal; Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 10.06.2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 505.393/PE**. Segunda Turma, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 26/06/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2413197>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

Por outro lado, e abstraída toda a discussão acerca dos diferentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito da aplicabilidade da detração referente a processo diverso da pena executada, o fato é que, com a condenação, o período em que o indivíduo estivera preso a título cautelar é reconhecido legalmente como cumprimento efetivo de pena. Isto é, sobrevindo sentença condenatória com trânsito em julgado, há uma equiparação da prisão cautelar decretada durante o processo à pena privativa de liberdade.

Destarte, indaga-se se o sujeito que posteriormente venha a ser reconhecido inocente deverá ter direito a uma reparação pelos danos morais e, porventura, patrimoniais sofridos com a prisão injusta. Com efeito, diante da primazia dada pelo texto constitucional à proteção à liberdade individual e à presunção de inocência em detrimento do interesse punitivo da persecução penal, não é de se esperar que tal indivíduo seja indenizado pelos prejuízos sofridos ainda que a medida que lhe fora imposta fosse, à época, necessária?

3.3.3 O encarceramento provisório e o direito à indenização ao inocente

Como exposto, preso cautelarmente o indivíduo e, após, condenado por sentença com trânsito em julgado, tem ele o direito de que o período em que estivera detido, para fins de detração, seja-lhe computado da pena imposta para efeito de seu cumprimento. Com base nisso, sustentamos que, ocorrendo posterior absolvição, sobretudo com fundamento nos incisos I e IV do art. 386 do Código de Processo Penal, tal fato poderia, em tese, fazer nascer uma pretensão indenizatória àquele detido injustamente.

Neste sentido é a lição de Francesco Carrara, o qual, parafraseando Fichte, defende que o Estado tem o dever moral e jurídico de reparar os danos injustos causados ao sujeito que, após ter sido preso provisoriamente, é declarado inocente. Veja-se o seguinte excerto:

No ha faltado quien lo ataque apelando a la conocida regla *non videtur damnum inferre qui suo jure utitur* [no se considera que infiere daño el que usa de su propio derecho]; y suponiendo que la sociedad *suo jure utitur* cuando detiene a um inocente tan solo por las sospechas contra él suscitadas, se concluye que no está obligada a reparar daños. El error de este raciocinio consiste en confundir lo que se hace contra el derecho, *quod fit contra jus*, y lo que se hace sin derecho, *quod fit sine jure*. La sociedad no obra *contra jus* cuando detiene a un inocente de quien hay motivos para sospechar; pero si se llegare después a conocer que no era culpable, resulta que ella obró *sine jure*, y es repugnante aplicarle la regla *suo jure utitur* al que, aunque no actuó *contra jus*, si consta que lo hizo *sine jure*¹⁶¹.

¹⁶¹ CARRARA, Francesco. **Programa del curso de Derecho Criminal**. Buenos Aires: Depalma, 1944-1949. Opúsculo 4, p. 2. Disponível em: <<http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/02/47carrara.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

De fato, o ordenamento jurídico brasileiro, ao lado da previsão do devido processo legal e da presunção de não-culpabilidade, admite a custódia cautelar na medida em que a sua finalidade consista em assegurar a eficácia do processo penal ou a utilidade de seus resultados. No entanto, certo é que os danos sofridos pelo indivíduo que fora detido provisoriamente e posteriormente declarado inocente devem ser reparados como forma de justiça a quem suportou prejuízo certo e específico por atividade de risco exercida pelo Estado em benefício de todos.

Na esteira desse pensamento, tratando do “erro judiciário” na aplicação das medidas cautelares pessoais, mostra-se oportuno referir os ensinamentos de Romeu Pires de Campos Barros acentua:

Se é certo que a principal finalidade do processo penal reside na repressão da delinquência, no interesse da coletividade, menos certo não é que deve-se nele velar pelos direitos de liberdade do cidadão. Por isso o direito do Estado de impor a ordem jurídica desenvolve-se através do processo, e surge da prática de um ato aparentemente criminoso, mas se nessa operação que tem um início e um fim, sacrificar direitos fundamentais de um de seus membros, justo não é que a errônea operação realizada, por um de seus órgãos, quando causou injustos prejuízos ao suposto culpado, sejam estes suportados, apenas pelo último, quando certo é dividir os riscos entre ambos¹⁶².

E distinguindo o erro por defeito de conhecimento do que se podia conhecer do erro concebido como falta de conhecimento do que não se podia conhecer, acentua que:

[...] A sentença de absolvição plena daquele que se encontra preso preventivamente admite, implicitamente, que a medida cautelar não deveria ser aplicada: como tal, essa situação oferece a prova irrecusável da existência de uma deformidade entre aquilo que aconteceu, e aquilo que não deveria ter acontecido¹⁶³.

Outra não é a visão de Carnelutti para quem o processo penal, quando conclui com uma sentença absolutória, alcança a declaração negativa de certeza do delito, o que, em verdade, não é outra coisa senão o descobrimento e a declaração de um erro judicial. A seu juízo, sendo o próprio processo uma pena, a proclamação posterior de inocência não exclui o castigo sofrido, importando a declaração negativa do delito na constatação da disparidade entre o resultado do processo e a sua finalidade¹⁶⁴.

¹⁶² BARROS, Romeu Pires de Campos. O erro judiciário no processo penal cautelar. In: MESQUITA, José Ignácio Botelho de; PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes (Coords.). **Estudos em homenagem a Joaquim Canuto Mendes de Almeida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.p. 228.

¹⁶³ Ibidem, p. 228.

¹⁶⁴ CARNELUTTI, Francesco. Leciones sobre el Proceso Penal, v.1, p. 153-154.apud BARROS, Romeu Pires de Campos. O erro judiciário no processo penal cautelar. In: MESQUITA, José Ignácio Botelho de; PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes (Coords.). **Estudos em homenagem a Joaquim Canuto Mendes de Almeida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.p.229.

Destarte, ainda que didaticamente se diferencie a prisão-pena da prisão provisória, fato é que, embora com finalidades distintas, na prática, sobretudo pela sua identidade estrutural, as prisões cautelares acabam frequentemente por infligir ao acusado sofrimento físico e moral tão grave quanto aquele a que se impõe ao condenado. Dai que, ao que nos parece, os danos assim causados não podem ficar isentos de qualquer reparação por parte do Estado, sobretudo quando ao final do processo se chegue à conclusão de que o indivíduo não concorreu para a infração penal ou mesmo que inexistiu o fato que lhe foi imputado.

4 CONCLUSÃO

Foi visto que a adoção da tese da responsabilidade civil do Estado pelo ato jurisdicional, não obstante defendida por meio de notáveis estudos efetuados pelos mais renomados juristas, ainda não é reconhecida de forma ampla por nossos tribunais. Sobretudo no que tange à matéria das prisões cautelares indevidas, as controvérsias se agigantam.

No entanto, pode-se observar que há um movimento tímido na jurisprudência no sentido de aceitar que o sujeito preso equivocadamente a título cautelar tenha direito à indenização dos danos jurídicos e anômalos que lhe foram causados. Tal se dá, seja em razão da consagração no texto constitucional do direito fundamental do cidadão à indenização por erro judiciário e pela prisão além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV, CF), seja por força da regra geral estabelecida no art. 37, §6º. Dai que, por exemplo, como espécie de indenização por erro judiciário, vem se reconhecendo a possibilidade de detração do tempo de constrição em outro processo, que não aquele em execução, que tenha resultado em absolvição, ainda que se exija que o crime cuja pena esteja sendo cumprida tenha sido cometido anteriormente à custódia cautelar.

Com supedâneo em abalizada doutrina, sustentou-se que, ainda que a questão da possibilidade de reparação dos danos causados na decretação das prisões provisórias deva merecer tratamento casuístico, o reconhecimento do dever de indenizar é medida de justiça, a par de possivelmente servir como meio de desestímulo à banalização da prisão provisória e fazer com que haja cautela redobrada na sua decretação, reservando-se a sua utilização aos casos em que ela for efetivamente cautelar e indubitavelmente necessária. Isso, ao final, vai ao encontro dos propósitos da Lei 12.403/2011, que conformou a sistemática das medidas cautelares pessoais ao texto constitucional e cuja razão máxima de política criminal é exatamente esta: realizar a efetiva diminuição da população carcerária no que tange aos presos provisórios, sobretudo preventivos, o que pretende fazer ao reservar à prisão preventiva o caráter de *extrema ratio* da *ultima ratio*, ao restringir a sua aplicação a determinadas hipóteses elencadas na lei e também ao dispor aos julgadores de outros instrumentos que possam tutelar o regular andamento do processo, bem como assegurar a utilidade do provimento final de forma menos gravosa ao direito de liberdade do indivíduo.

Defendeu-se ainda com fulcro em parte da jurisprudência pátria que é cabível a indenização por prisão preventiva injusta, sobretudo nos casos em que a sentença absolutória tenha por fundamento a comprovada inexistência do fato ou a negativa da autoria ou participação delitiva. A nosso ver, o sujeito que mais tarde é reconhecido inocente, ainda que

tenha o Estado agido de modo previsto no ordenamento jurídico, possui o direito de ser indenizado, posto que não deva suportar sozinho e, portanto, de forma desigual, os prejuízos que lhe foram causados pela atividade de persecução penal, permeada pelo interesse público e, portanto, exercida em prol de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. 20, n. 59, p. 5-48, nov. 1993.
- ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. Anotações sobre a Lei nº 12.403/2011. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v.14, n.81, p. 9-35, ago./set. 2013.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 113, p. 71-82, set. 2011.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Campos Jurídico, 2009. t. 2.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. O erro judiciário no processo penal cautelar. In: MESQUITA, José Ignácio Botelho de; PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes (Coords.). **Estudos em homenagem a Joaquim Canuto Mendes de Almeida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 nov. 2013.
- BRASIL. **Decreto nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 nov. 2013).
- BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 10 set. 2013.
- BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 18 nov. 2013.
- BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre a prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm>. Acesso em: 10 nov. 2013.
- BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.
- BRASIL. **Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995**. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

(**Revogada**). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9034.htm>. Acesso em: 10 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 55011/SP**. Sexta Turma, Relator Min. Thereza de Assis Moura, julgado em 06/02/2007, publicado em 12/02/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200600363822&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 427.560 – TO**. 1ª Turma do STJ, Relator Min. Ministro Luiz Fux, Julgado em 05/09/2002, DJ 30/09/2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201303732701&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 594042/MG**. Sexta Turma, Relator Min. Celso Limongi, julgado em 02/02/2010, DJe 22/02/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=594042&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 61.899-1/SP**. 6ª Turma, Relator Min. Vicente Leal, julgado em 26/03/1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 505.393/PE**. Segunda Turma, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 26/06/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2413197>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

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

CAHALI, Yussef. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARRARA, Francesco. **Programa del curso de Derecho Criminal**. Buenos Aires: Depalma, 1944-1949. Opúsculo 4, p. 2. Disponível em: <<http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/02/47carrara.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

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

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

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 8.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.198, p. 86-96, out./dez. 1994.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à boa Administração Pública**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância In: FREITAS, Juarez (coord.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

FREITAS, Walmer. **Prisão temporária**. 2. ed rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAZOTO, Luis Wanderley. Responsabilidade estatal por atos jurisdicionais. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Brasília, DF, v. 60, p.45-64, maio/ago. 1990.

GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Prisão Cautelar. Absolvição. A polêmica da indenização**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2011/05/18/prisao-cautelar-absolvicao-a-polemica-da-indenizacao/>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. Indenização da prisão indevida. **Boletim Ibccrim**, São Paulo, n. 44, p. 7, 1996.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. Responsabilidade do Estado por prisão indevida. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun.2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1092>>. Acesso em: 16 set. 2013.

JESUS, Damásio de. **Código de processo penal anotado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 6. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LACERDA, Thiago Almeida. **Condução coercitiva no inquérito policial**. Disponível em: <www.sindepominas.com.br/index.php/2013-04-29-17-41-50/artigos/146-conducao-coercitiva-no-inquerito-policial>. Acesso em: 10 nov. 2013.

LENZA, Predo. **Direito Constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LOPES JUNIOR, Auri. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n.203, p. 8-9, out. 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal e sua conformidade com a constituição**. 3.ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Responsabilidade do Estado por ato judicial inconstitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 86, n. 738, p. 11-31, abr. 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 890583-7**. 1ª Câmara Cível, Relator Des. Fabio Andre Santos Muniz, julgado em 15/05/2012, DJE 25/05/2012. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11280374/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-890583-7>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade do Estado pelos atos de seus juízes. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 71, n. 563, p. 9-14, set. 1982.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da Lei nº 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 223, p. 10-11, jun. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo nº 70035386135**. Sétima Câmara Criminal; Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 10.06.2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo nº 70036139129**, Terceira Câmara Criminal, Relator: Odone Sanguiné, julgado em 02/09/2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70016088361**, 9ª Câmara Cível, Relator Des. Odone Sanguiné, julgado em 20/12/2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70016088361&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v.3, n.10, p.113-119, 2003.

SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 289-335, set./out. 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 0008125-25.2010.8.26.0157**. 5ª Câmara de Direito Público, Relator Des. Francisco Bianco, julgado em 30/09/2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=4FC4005DD4DA8F0A52368B37DF8FEDC6.cjsg1>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 994.06.151332-0**. 10ª Câmara de Direito Público, Relatora Des. Teresa Ramos Marques, julgado em 23/03/2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

SICA, Leonardo. **Prisão preventiva para garantia da ordem econômica**. p.189-197 Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/78/prisaopreventiva_Sica.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 nov. 2013.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 2.

SOUZA, José Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 39, n. 164, p. 115-152, jun. 1991.

STOCO, Rui. Responsabilidade Civil por erro judiciário em ação penal condenatória. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 295-302, out./dez. 2002.

STOCO, Rui.. Responsabilidade do Estado por erro judiciário. **Revista brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 158-167, jul./set. de 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VALENTE, Rodolfo de Almeida. As boas novidades da Lei 12.403 de 2011. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 225, p. 9, ago. 2011.