

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

TAINAH MONTELA MARINS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ENCARCERAMENTO
ALÉM DO PRAZO NO QUE TANGE ÀS PRISÕES CAUTELARES**

VOLTA REDONDA

2018

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ENCARCERAMENTO
ALÉM DO PRAZO NO QUE TANGE ÀS PRISÕES CAUTELARES**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do UniFOA como requisito à
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluna:

Tainah Montela Marins

Orientadora:

Marise Baptista Fiorenzano Henrichs

VOLTA REDONDA

2018

FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

Responsabilidade civil do Estado por encarceramento
além do prazo por prisão ilegal

Elaborado por Kaimak Montella Martins apresentado
publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de
Direito.

Aprovada em 24 de maio de 2018

Banca Avaliadora:

Faúse Baptista Almeida

Professor Orientador - Unifoa

[Assinatura]

Professor Avaliador - Unifoa

[Assinatura]

Professor Avaliador - Unifoa

À minha família.

AGRADECIMENTO

Agradeço, primeiramente, aos meus pais por me darem incentivo e apoio em todos os momentos desses 5 anos de faculdade, não me deixando ser vencida pelo cansaço.

Agradeço à minha avó pela paciência e motivação, além do auxílio financeiro que me permitiu cursar essa universidade.

Um agradecimento especial ao meu irmão por mesmo longe, estar sempre presente me dando força e conselhos.

Ao meu namorado que me estimulou durante todo o curso e compreendeu minha ausência pelo tempo dedicado aos estudos.

Agradeço aos meus professores que sempre estiveram dispostos a ajudar e fornecer o melhor aprendizado possível, em especial, minha orientadora, pelo suporte, sua disponibilidade e conselhos dados.

RESUMO

A população carcerária sofre um considerável aumento durante os anos, sendo que uma grande parcela desse número é de presos provisórios. Tendo essa premissa como base, o presente trabalho de conclusão de curso irá abordar a relação desses custodiados com o Estado, analisando quando este terá a obrigação de indenizar por não respeitar algum direito constitucionalmente estabelecido, como a dignidade da pessoa humana ou à liberdade de locomoção, tendo em vista que em determinados casos, os pressupostos que acarretariam a prisão não estão presentes e ainda assim ela é efetuada, caracterizando a prisão ilegal, ou quando os requisitos que levaram a prisão cessaram e os presos não são postos em liberdade, como determina à lei, caracterizando a prisão além do prazo. Assim sendo, em razão da superlotação dos presídios e das arbitrariedades envolvendo as prisões processuais, preventivas ou temporárias, muitos detentos ficam presos além do prazo previsto na pena ou são presos ilegalmente.

Palavra-chave: Responsabilidade Civil do Estado; Prisão indevida; Prisão provisória; Prisão ilegal;

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	08
2. BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	11
3. DAS ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	15
3.1 Responsabilidade Civil e Penal	15
3.2 Responsabilidade Objetiva e Subjetiva	17
3.3 Responsabilidade Contratual e Extracontratual	21
4 DAS MODALIDADES DE DANO	24
4.1 Do dano indenizável	29
5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	31
5.1 Teorias da Responsabilidade Estatal e sua Evolução	32
5.2 Teoria do Risco e a Responsabilidade Objetiva.....	35
5.3 Excludentes da Responsabilidade Estatal	37
5.4 Responsabilidade do Estado por Omissão	38
5.5 Responsabilidade do Estado pela Falha na Vigilância	40
6 MEDIDAS CAUTELARES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	44
6.1 Fundamentos das prisões cautelares	46
6.2 Prisão preventiva	49
6.3 Prisão temporária.....	51
7 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR PRISÕES INDEVIDAS	53
8 CONCLUSÃO	56
9 REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é utilizada quando um indivíduo fere o bem jurídico de outrem lhe causando um prejuízo, de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, desse modo, emprega-se esse instituto para auferir uma reparação e o consequente retorno ao estado em que o lesado se encontrava anteriormente, todavia, para ocorrer a devida compensação, deverá ser comprovado a efetiva ocorrência do dano, decorrente da ação ou omissão e o nexo causal existente entre eles.

O art. 1º da Constituição Federal alçou ao patamar de fundamento da república, a dignidade da pessoa humana, com isso, o instituto da responsabilidade civil foi revisitado, de forma a garantir a dignidade do indivíduo e quando esta for violada, promover a sua reparação. Acontece, porém, que em razão da superlotação dos presídios, dos inúmeros processos sob os cuidados da Defensoria Pública e mais, por arbitrariedade das prisões, preventivas ou temporárias, muitos detentos ficam presos além do prazo previsto na pena ou são presos ilegalmente.

Por conta disso, faz-se justificável um trabalho de pesquisa que aborde a questão do prazo irregular de encarceramento, daí a necessidade de respostas à seguinte indagação: se o Estado, por não concretizar o princípio da celeridade processual e, até mesmo, o princípio da dignidade da pessoa humana, tem sido efetivamente responsabilizado civilmente pelos danos, morais e físicos, causados àquele que está sob sua custódia. Na eventualidade de cabimento do dano moral ao detento, se é cabível a reparação civil por dano ricochete ou reflexo às pessoas ligadas ao preso, tais como cônjuge, companheiro, ascendentes e descendentes, que foram indiretamente prejudicadas.

Antes de adentrar profundamente no tema, no segundo capítulo do presente trabalho, far-se-á essencial apresentar a evolução histórica da responsabilidade civil tanto de um modo geral, quanto no Brasil, no terceiro capítulo serão analisadas as espécies de responsabilidade presentes no ordenamento pátrio, quais sejam a responsabilidade penal, civil, objetiva e subjetiva, além da contratual e extracontratual.

Ademais, o presente trabalho, no quarto capítulo, estudará as modalidades de dano e aqueles que são considerados indenizáveis, adentrando, no quinto capítulo, com a análise da responsabilidade civil do Estado, que dispensa comprovação da culpa, sendo utilizada a modalidade de risco administrativo, pelo entendimento de que o poder estatal assumiu o risco de produzir o ato lesivo por conta do exercício de determinada atividade, assunto previsto pelo artigo 37, § 6º da Constituição Federal.

Valendo ressaltar que há divergência na doutrina sobre qual das teorias do risco são utilizadas, qual seja, a do risco integral, que não abarca as modalidades que poderão causar a exclusão da responsabilidade e, conseqüentemente, do dever de indenizar do Estado ou a do risco administrativo, que já admite tais excludentes, sendo está aceita pela maior parte da doutrina.

Tendo em vista que o Estado é visto como um garantidor e, como tal, possui deveres, como o de vigilância, principalmente sobre aqueles que estão sob sua custódia, pressupostos deverão ser observados para o desempenho das determinações legais, garantia dos direitos fundamentais, além do tempo estipulado para o cumprimento de prisões cautelares, visando não violar o direito à integridade física e/ou moral do custodiado, evitando gerar o dever de recomposição por omissão ou por falha na vigilância, para essa análise serão utilizados julgados, presentes no sexto capítulo.

Sendo assim, no momento em que os pressupostos não estiverem mais presentes e o prazo legal previsto para as prisões preventivas cessarem, elas deverão ser relaxadas, tendo em vista que se tornarão ilegais, podendo, inclusive, suscitar indenização para reparar os prejuízos sofridos pelo detento e sua família, dessa maneira, analisar-se-á as medidas cautelares diversas à prisão e as prisões cautelares em si, com os seus requisitos.

Além disso, o acúmulo de processos sem julgamentos rápidos acarreta na superlotação dos presídios e, conseqüentemente, precárias e desumanas condições em que os detentos se encontram.

Por fim, no sétimo capítulo, será analisado as prisões indevidas que ensejaram no dever de recomposição do dano, àqueles que ficaram presos além do

tempo estipulado legalmente ou por uma decisão judicial, tendo em vista que houve uma violação ao direito constitucional de locomoção e, em determinados casos, à sua dignidade.

2 BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil surge com o objetivo de reparar os danos causados por outrem através de conduta, comissiva ou omissiva, praticada em divergência com o ordenamento jurídico brasileiro, havendo um liame interligando a ação do agente e o prejuízo sofrido pela vítima.

Contudo, nos primórdios da civilização, não havia condutas determinadas para alcançar a reparação do dano, por isso, visando recompor o prejuízo imperava o pensamento de vingança coletiva, como qual um determinado grupo de pessoas agia contra o causador da lesão, ou seja, não buscavam a reparação do dano em si, mas sim a punição do agente que lhe deu causa.

Posteriormente, com o Direito Romano, foi estabelecida a vingança individual, com a qual o causador do dano seria submetido às punições, aplicadas pelo lesado, no momento em que o seu direito fosse violado. Sendo que, quando não dispusesse da possibilidade de uma ação imediata, aplicava-se a pena de Talião, com previsão na Lei das XII Tábuas, que pregava o “olho por olho, dente por dente”, acreditando-se que a reparação do dano seria alcançada através da vingança (GONÇALVES, 2017).

É importante ressaltar, conforme o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves, que há uma diferença conceitual entre pena e reparação, *in verbis*:

A diferenciação entre a “pena” e a “reparação” [...] somente começou a ser esboçada ao tempo dos romanos, com a distinção entre os delitos públicos (ofensas mais graves de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima (GONÇALVES, 2017, p.25).

Em seguida, inicia-se a ideia de compensação do dano, não mais com o lesado ou a sociedade exercendo a justiça, e sim a reparação de maneira econômica, era o chamado período da composição. Entretanto, a prestação pecuniária era estabelecida por quem sofreu a lesão, de forma facultativa (GONÇALVES, 2017).

Mais tarde a compensação em pecúnia, de opcional que era, passa a ser obrigatória, tendo em vista que o Estado passa a proibir a vítima do dano de praticar atos contra o agente que causou o prejuízo a ela, surgindo assim a Lei Aquiliana. Com o seu advento, o direito romano começa a pregar que todo dano sofrido terá um pagamento correspondente, como forma de reparação (GONÇALVES, 2017).

Desse modo, conforme o Estado começou a intervir nas condutas praticadas pelos particulares, as vinganças coletivas e privadas, que eram utilizadas anteriormente, foram se extinguindo, sendo que, do mesmo modo, surgiu um dos pressupostos da responsabilidade civil, a culpa.

O direito francês aperfeiçoou as ideias que eram empregadas pelo direito romano conforme separavam, ainda mais, a ideia de reparação e punição, dando mais ênfase ao pagamento como forma da vítima retornar ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do evento danoso, sem, contudo, deixar de utilizar da responsabilidade civil com culpa (GONÇALVES, 2017).

Já no direito português, no começo, também era empregada a reparação por meio de quantias em pecúnia, entretanto, ainda vigorava concomitantemente à violência como punição, somente em 1966 ocorreu uma modificação, englobando novos entendimentos sobre a responsabilidade civil conhecidos atualmente (GONÇALVES, 2017).

Do mesmo modo que o direito português fazia no início, o direito brasileiro, em 1830, também possuía o código civil e criminal combinados, antes de ocorrer a separação, a recomposição do dano somente seria feita em conjunto com a condenação do agente, que deu causa ao prejuízo, a uma pena crime (GONÇALVES, 2017).

Após a separação, o Código Civil de 1916, em seu artigo 159, utiliza-se da ideia de que “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Observa-se que para dar causa a responsabilidade civil era necessário a cumulação do dano, da conduta ilícita, além do nexos causal entre eles, e a culpa,

esta não poderia ser presumida e sim comprovada, valendo-se da ideia de responsabilidade subjetiva.

No entanto, as modificações que ocorreram na sociedade da época alteraram as teorias empregadas, que passaram a serem vistas de um modo mais objetivo, pois com o crescimento das fábricas, houve um aumento no número de trabalhadores e, conseqüentemente, passaram a ter maior necessidade de proteção, devido ao grande desequilíbrio nas relações, ocasionando o surgimento da teoria do risco.

Desse modo, passou-se a procurar sempre uma forma de indenizar a vítima pelo fato e não simplesmente buscar um culpado, fazendo com que o empregador fique constantemente em alerta para não cometer nenhum erro que possa prejudicar seus empregados.

Essa teoria vem expressa no Código Civil atual, em seu parágrafo único do artigo 927, sendo empregada em alguns casos específicos quando a atividade exercida por quem ocasionou o dano implicar risco ao direito de outrem, possuindo a seguinte redação:

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

A teoria do risco se baseia na ideia de que a responsabilidade existe sempre que a atividade exercida transmite algum perigo ao seu praticante, ou seja, o risco tem que ser inerente à atividade, combinado como dano causado por ela mais o ato ilícito, independentemente de culpa. Contudo, não há responsabilidade se comprovado que todas as medidas de cautela, para evitar o resultado e dar mais segurança, foram tomadas (QUIRINO, 1999).

Vale ressaltar que a responsabilidade subjetiva é utilizada em conjunto com a responsabilidade objetiva e, ambas, tiveram maior visibilidade com o advento da Constituição Federal de 1988, que foi responsável por instaurar o princípio da dignidade da pessoa humana, expondo uma maior e crescente preocupação com a preservação da honra, além da integridade física e psíquica.

Em síntese, nota-se que a evolução histórica da responsabilidade civil acompanhou as modificações da sociedade no decorrer dos anos, em vista disso, o Estado passou a intervir e punir aqueles que cometem algum ilícito que ocasiona dano a outrem, além de não confundir violência com reparação da lesão sofrida pela vítima, sendo divididas em espécies, conforme será abordado no próximo capítulo.

3 DAS ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil possui como base o princípio do *neminem laedere* e do *restitutio in integrum*, isto é, a ninguém é permitido lesar um dever jurídico primário de outrem, porém caso isso ocorra, surgirá uma obrigação sucessiva, pela qual buscar-se-ia a reparação integral, fazendo com que o lesado retorne ao estado em que se encontrava antes do ato danoso.

Nessa etapa, é aplicada a responsabilidade civil, tendo em vista que surgiu um direito para a vítima, qual seja, o de buscar uma compensação pelas lesões sofridas e, para quem deu causa ao resultado, nasce um dever de indenizar. Nota-se que a responsabilidade Civil é empregada para buscar a reparação dos danos causados, por um ato omissivo ou comissivo, ao bem jurídico de outrem.

Para adentrar, com maior profundidade, no tema, é necessário apontar algumas espécies de responsabilidade e as diferenças existentes entre elas, como a responsabilidade civil e penal, contratual e extracontratual, objetiva e subjetiva, que serão elucidadas adiante.

3.1 Responsabilidade Civil e Penal

No início, quando a noção de responsabilidade civil ainda se encontrava em fase de formação, as espécies se misturavam, haja vista que a busca pela reparação do dano não possuía como objetivo retornar a vítima ao estado em que se encontrava antes da conduta lesiva, mas sim utilizar meios para o agressor sofrer o mesmo dano que foi causador.

Somente com o advento da Lei Aquiliana que as responsabilidades começaram a se distanciar, momento em que foi atribuída a premissa de recompor o prejuízo por meio da indenização pecuniária, quando o ato praticado não fosse considerado criminoso, entretanto, a responsabilidade mais utilizada ainda era a penal (GONÇALVES, 2017).

Conforme foram ocorrendo às modificações na sociedade e, estas, por sua vez, influenciaram na evolução das normas aplicadas, quando o ordenamento

jurídico atual foi elaborado, passou a diferenciar ambas as responsabilidades e as formas que elas dispõem para reparar uma perda que outrem deu causa.

Dentre as distinções, está o grau de gravidade, isto é, a responsabilidade penal possui um nível de severidade maior do que a civil, além de ensejar uma punição ao agente, que poderá ser privativa de liberdade, restritiva de direito ou pecuniária, ou seja, o próprio ofensor irá arcar de modo pessoal e intransferível.

Vale frisar que o parâmetro utilizado para definir as sanções empregadas pela responsabilidade penal e civil, como mais ou menos gravosa, está de acordo com o grau de reprovação determinado pela sociedade. Nesse sentido, como pontua Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona:

Como sentimento social, a ordem jurídica não se compadece com o fato de que uma pessoa possa causar mal a outra pessoa. Vendo no agente um fato de desequilíbrio, estende uma rede de punições com que procura atender às exigências do ordenamento jurídico [...] como sentimento humano além de social [...] e de solidariedade que a sociedade humana lhe deve prestar (PEREIRA *apud* GAGLIANO; PAMPLONA, 2017, p.53).

Em se tratando de responsabilidade civil, visando fazer com que a vítima retorne ao estado em que se encontrava antes da conduta danosa, o agente deverá repará-la, em sendo possível, esta reparação será convertida em uma prestação em pecúnia, com isso, o patrimônio do agente que irá ser atingido (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017).

Outrossim, como a responsabilidade penal nasce no momento em que o agente infringe uma norma de direito público, seu ato atinge toda a sociedade, e, de antemão, na responsabilidade civil a norma descumprida será de direito privado, por isso, é facultado ao agente decidir se irá ou não querer a reparação (GONÇALVES, 2017).

Dispondo como base essa vertente, vale ressaltar, que de um único fato, pode ensejar responsabilidade de natureza penal e civil por incidir em ambos os campos jurídicos, conforme mencionado por Carlos Roberto Gonçalves, que:

[...] certos fatos põem, em ação somente o mecanismo recuperatório da responsabilidade civil; outros movimentam tão somente o sistema repressivo ou preventivo da responsabilidade penal; outros, enfim, acarretam, a um tempo, a responsabilidade civil e a penal, pelo fato de apresentarem, em relação a ambos os campos, incidência equivalente,

conforme os diferentes critérios sob que entram em função os órgãos encarregados de fazer valer a norma respectiva (DIAS *apud* GONÇALVES, 2017, p. 42).

Observa-se que, em alguns casos, as duas espécies poderão ser utilizadas em conjunto, mas aplicando consequências próprias, por isso, nesta circunstância, não será considerada que sobre uma mesma conduta foram empregadas mais de uma punição.

Seguindo esse sentido, o artigo 935 do Código Civil atual traz a seguinte redação “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Nesse dispositivo fica evidenciado a independência existente entre os dois institutos quando ambos tratarem do mesmo fato, mas em determinados casos há relação entre a esfera cível e a criminal, como por exemplo, quando se tratar de autoria do crime (TARTURCE, 2015).

Desse modo, apesar de haver uma discrepância entre a responsabilidade civil e a penal, tanto esta quanto aquela surge quando o agente agiu em desconformidade com uma norma legal, além de possuírem como mesmo objetivo a diminuição do prejuízo enfrentado pela vítima.

3.2 Responsabilidade Objetiva e Subjetiva

Será concedida indenização à vítima que sofrer um dano causado por uma ação ou omissão de outrem, existindo o nexo causal que irá vinculá-los, observando-se assim que somente há três elementos indispensáveis para a caracterização da responsabilidade, haja vista que a culpa é utilizada somente em determinados casos.

Nesse sentido, para melhor elucidar a noção de culpa, ela poderá ser classificada tanto em sentido amplo, nos casos em que não há uma observação do dever de agir, quanto em sentido estrito, sendo caracterizada quando o agente age com imprudência, negligência ou imperícia, ou até mesmo com dolo, no momento

em que houve uma violação de maneira proposital, conforme a definição de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

Culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua autuação é apenas culposa, em sentido estrito (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017, p. 185).

De acordo com o fundamento, as espécies de responsabilidades podem ser classificadas como subjetiva ou objetiva, dessa forma, a teoria que for utilizada irá exigir o elemento culpa ou não, podendo considerá-la em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia¹) e em seu modo genérico, englobando o dolo.

Em regra geral, levando em consideração a doutrina clássica, um dos pressupostos necessários para a concessão de indenização à vítima é a culpa, sendo observada em seu sentido subjetivo, cabendo ao autor o ônus da prova, pois ele possui o desejo de ter o dano reparado.

Visando comprovar a culpabilidade do agente, é preciso demonstrar que a conduta praticada por ele foi voluntária, com vontade de produzir o resultado danoso ou não. Além disso, deve haver previsibilidade do prejuízo que foi causado devido a violação de um dever de cuidado (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017).

A conduta praticada em desacordo com o ordenamento jurídico, ilícita, também se qualifica pela culpa, tendo em vista que o agente deveria ou poderia ter agido de outra maneira a evitar o evento danoso, sendo esse ilícito considerado como uma fonte indenizatória.

Esse entendimento encontra fundamento no *caput* do artigo 927, do Código Civil, o qual diz que “aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187²), causar dano a

¹ A imprudência se refere a uma conduta positiva do agente que deixou de tomar a devida cautela, enquanto a negligência é uma conduta negativa, o agente deixa de agir quando deveria. Já a imperícia, também diz respeito a uma ação, mas com relação ao conhecimento técnico, ou seja, não possui a habilidade necessária para exercer determinada atividade.

² Art. 186, CC: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187, CC: também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

outrem, fica obrigado a repará-lo”, o dispositivo supracitado define a culpa em sentido amplo.

Entretanto, em determinadas situações especificadas em lei, a culpa, apesar de não ser dispensada, será presumida, trata-se da responsabilidade civil indireta, a qual o agente é legalmente responsável por aquele que provocou diretamente o dano ou responderá pelo fato de animal ou da coisa.

Com isso, inicia-se o processo de distanciamento da culpabilidade como um elemento necessário, além de haver uma modificação no que concerne ao ônus da prova, conforme explica Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

Na tese de presunção de culpa subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distancia da concepção subjetiva tradicional é no que concerne ao ônus da prova. [...] Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida, ocorre uma inversão do *ônus probandi* (PEREIRA *apud* GAGLIANO; PAMPLONA, 2017, p. 62).

No entanto, em algumas hipóteses não será necessário a caracterização da culpa, é a chamada responsabilidade civil objetiva, nela somente será necessário o dano a um dever jurídico primário, o nexo causal e a conduta ilícita para dar ensejo ao dever de indenizar.

Essa teoria foi inserida no Código Civil, em razão da crescente preocupação social e por conta do fundamento empregado pela Constituição Federal, previsto em seu artigo 1º, III, qual seja dignidade da pessoa humana, todavia, somente poderá ser utilizada essa modalidade de responsabilidade, descartando a ideia de culpa, nos casos específicos em lei ou quando a atividade praticada pelo autor do dano implicar em prejuízos para outrem.

Em relação aos casos determinados por lei, pode-se observar a título exemplificativo, a conduta praticada por fornecedores de produtos e prestadores de serviços com seus consumidores, estando esta prevista no Código de Defesa do Consumidor, possuindo como principal fundamento para o emprego da responsabilidade objetiva o desequilíbrio existente entre os sujeitos que participam da relação (TARTUCE, 2015, p. 508).

Em se tratando dos casos que não são previstos em lei, para caracterizar essa responsabilidade, é necessário que o responsável pela lesão desenvolva uma atividade que implique riscos para os direitos de outrem, consagrando assim a teoria do risco.

Visando elucidar quais os pressupostos necessários para uma atividade ser considerada de risco, foi aprovado um enunciado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que determina a presença da prevenção e interesse da sociedade, com a seguinte redação:

Enunciado 446. Art. 927: a responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade.

A referida teoria surgiu por conta do crescimento das indústrias, pois, conforme aumentavam o número de trabalho disponível nas fábricas, de modo diretamente proporcional, houve um crescimento no número de acidentes de trabalho.

Vale ressaltar que a situação de risco deverá ser inerente à atividade desenvolvida e não por conta de um ato da vítima, por isso quem a desenvolve deverá arcar com as consequências, cabendo ao lesado somente a prova do nexo causal (DINIZ, 2014).

Sendo este outro fator determinante para ensejar a indenização, além do risco, tendo em vista que é o liame que interliga o prejuízo sofrido pelo lesado e a atividade em que o lesante é responsável e, por isso, é considerado o elemento essencial em qualquer espécie de responsabilidade que for adotada.

Ademais, o agente é o responsável pela atividade, que possui natureza considerada de risco, assumindo as consequências caso este vier a ocorrer, tendo em vista que retira dela proveito, não sendo necessariamente econômico, além de utilizar-se de laudos médicos para comprovar que o exercício do trabalho poderá vir a causar algum prejuízo ao seu praticante.

Dispondo como objetivo definir o conceito de risco, quando a atividade desenvolvida causar à vítima um ônus maior do que os demais membros da

coletividade, o enunciado da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, com a seguinte redação:

Enunciado 38: Art. 927: a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do artigo 937 do novo Código de Processo Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

Nota-se que apesar da conduta ser lícita, a sua prática habitual, regular, aumenta a chance de ocorrência de lesão ao direito originário de quem a exerce, considerando que a probabilidade do evento acontecer é maior do que em outra atividade (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017).

Em síntese, o Código Civil utiliza tanto a responsabilidade objetiva quanto a subjetiva sem empregar uma supremacia entre elas, entretanto, em determinadas situações, por haver uma dificuldade de comprovar a culpa do agente, a lei estabeleceu hipóteses, em que o lesado terá a recomposição do dano, sem a comprovação ou presunção desse requisito.

3.3 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

O contrato nasce com a manifestação de vontade das partes, formação da ideia e sua exteriorização, com o objetivo de firmar negócio jurídico, podendo ser estabelecido, tanto de modo expresso, verbalmente ou por escrito, ou tacitamente, quando não houver determinação em contrário (GONÇALVES, 2016).

Possuindo como base que as partes que entraram em acordo o fizeram de boa-fé e com consentimento, livre e consciente, os contratantes ficam obrigados a cumprir o que foi constituído, nos moldes do princípio *pacta sunt servanda*, tendo em vista, que no momento da assinatura, o que foi ajustado gera uma obrigação com força de lei para cada um que faça parte (BRAGA NETTO, 2009).

Entretanto, como o contrato se firma no dever de atingir um resultado pré-estabelecido pelas partes, no momento em que uma delas não adimplir com o dever jurídico primário preexistente, surgirá a responsabilidade contratual.

Todavia, para o credor adquirir o direito de receber a indenização é necessário, além do dano causado pelo inadimplemento do contrato e o nexo de causalidade entre eles, a culpa contratual, que, em regra, será presumida, pois o descumprimento poderia ter sido evitado.

Vale ressaltar que havendo inadimplemento, o dever de reparar vai de encontro a vontade do devedor, tendo em vista que a obrigação estabelecida anteriormente é substituída por uma nova, como bem explica Maria Helena Diniz:

A primeira obrigação (contratual) tem origem na vontade comum dos contraentes, ao passo que o dever de reparar o dano resultante da inexecução contratual vai contra a vontade do devedor, que não quer a nova obrigação estabelecida com o inadimplemento da obrigação que contratualmente consentirá (DINIZ, 2014, p.127).

Em sobrevindo o não cumprimento da primeira obrigação acordada, o Código Civil de 2002 estabelece algumas sanções para o devedor, desse modo, este deverá arcar com perdas e danos, além dos juros, conforme o disposto no artigo 389³ do referido dispositivo legal.

Nesse sentido, almejando um cumprimento do contrato de forma como acordado, incluindo tanto a fase pré-contratual, quanto a pós-contratual, os contratantes da relação deverão agir com boa-fé objetiva, tendo em vista que a parte deposita sua crença que a outra agirá nos padrões adequados.

Entretanto, o inadimplente somente será desobrigado quando comprovar caso fortuito, ou seja, acontecimentos provocados por terceiros e alheios à vontade daqueles que firmaram o contrato, ou força maior, fatos provenientes da natureza. Tendo em vista que tais excludentes acarretam à exclusão do nexo causal por conta da inevitabilidade dos eventos.

A outra espécie de responsabilidade de acordo com o fato gerador é classificada como responsabilidade extracontratual ou aquiliana, empregada quando o que resultou no dever de recompor o dano causado for uma conduta praticada em desacordo com o ordenamento jurídico.

³ Art. 389, CC: não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Nesse caso, ao contrário da responsabilidade civil contratual, a relação entre as partes não existia anteriormente, sendo a obrigação de não causar prejuízo a outrem imposta pelo Estado e não por um consentimento entre aqueles que são atingidos, como um contrato.

Há necessidade de que ocorra uma lesão a um direito determinado por lei, para resultar no dever de indenizar, ou seja, a conduta praticada pelo ofensor será negativa, violação de uma norma, devendo a culpa deste ser comprovada por quem possuiu o bem jurídico atingido.

Quanto à sanção, ao passo que quem infringe uma norma se torna inadimplente, na responsabilidade extracontratual ficará obrigado a indenizar, conforme bem pontua Carlos Roberto Gonçalves, indicando a cláusula geral de responsabilidade subjetiva, prevista no art. 186 do Código Civil ⁴:

Quando a responsabilidade não deriva de um contrato, diz-se que ela é extracontratual. Neste caso, aplica-se o dispositivo do art. 186 do Código Civil. Todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo (GONÇALVES, 2017, p. 45).

Em síntese, tanto a responsabilidade civil contratual quanto a extracontratual ou aquiliana são espécies classificadas de acordo com a sua origem, ou seja, o fato que foi violado, pertencente ou não a um contrato, foi responsável por ensejar um dever de recompor um dano causado.

No próximo capítulo, tratar-se-á das modalidades de dano e quais os pressupostos necessários para ele ser considerado indenizável, requisitos estes presentes no ordenamento pátrio.

⁴ Art. 186, CC: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

4 DAS MODALIDADES DE DANO

Em regra, para dar motivação ao emprego da responsabilidade civil, é necessário que a conduta praticada pelo agente, causador da ofensa, seja voluntária, podendo ser comissiva, quando a ação pratica de forma positiva está em desacordo com o previsto pela norma jurídica, ou omissiva, quando age negativamente, ou seja, permanece inerte quando a lei esperava uma ação.

Outro requisito essencial é o nexo de causalidade, sem o qual não surgirá a obrigação de indenizar, realiza-se quando há uma ligação entre a conduta praticada e o prejuízo causado à vítima, desse modo, busca-se comprovar que o evento danoso não ocorreria se o agente não tivesse praticado o ato (DINIZ, 2014).

O dano também é indispensável ao emprego do dever de recompor, englobando tanto a responsabilidade contratual quanto a extracontratual, além da objetiva e subjetiva, nota-se que não importa a espécie de responsabilidade, sempre fará necessária a presença desse pressuposto.

Possuindo como propósito conceituar o prejuízo sofrido pelo lesado, qual seja, o dano, como sendo a lesão a um interesse jurídico protegido pelo ordenamento jurídico pátrio, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona estabeleceram:

[...] poderíamos conceituar o dano ou prejuízo como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator. Nota-se, nesse conceito, que a configuração do prejuízo poderá decorrer da agressão a direitos ou interesses personalíssimos (extrapatrimoniais), a exemplo daqueles representados pelos direitos da responsabilidade, especialmente o dano moral (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017, p. 86).

Tratando-se da lesão, ela poderá ser classificada como direta, referindo-se àquela que causou o prejuízo imediato, em decorrência da conduta provocada contra o bem jurídico da própria vítima e indireta, equivalendo àquele que é considerado uma consequência do dano principal, direto, sendo suportado pela mesma vítima (DINIZ, 2014).

Entretanto, quando a pessoa que suportar o dano direto for distinta daquela que foi acometida pelo indireto, a lesão será considerada como reflexa ou em

ricochete, haja vista que um terceiro que possui uma relação próxima com a vítima do evento principal foi atingido, como por exemplo, a família de um detento que por conta da falta da devida vigilância do poder estatal faleceu.

Destaca-se, que para haver a reparação, o dano deverá ser comprovado por quem teve o seu direito atingido, devendo mostrar que o prejuízo causado a outrem o afetou de algum modo por conta da relação de dependência existente. Para elucidar o tema, vale observar o exemplo adotado por Felipe Peixoto Braga Netto, em que o ofensor é obrigado a pagar pensão por morte de homem, à sua ex-cônjuge, ainda que o dano não tenha lhe sido direto:

Se, no exemplo clássico , o homem que paga mensalmente pensão alimentícia à antiga esposa vem a falecer em virtude de atropelamento culposo, o responsável pelo atropelamento , ainda que nenhum dano direto tenha causado à antiga esposa do atropelado , poderá, segundo a teoria em questão, ser condenado a indenizá -la. Isso, naturalmente, em virtude da cessação da percepção mensal da pensão decorrente do falecimento do ex-marido (BRAGA NETTO, 2009, p. 66).

O dano reflexo poderá ser fundamentado no inciso II do artigo 948 do Código Civil de 2002, em caso de homicídio, em razão de estabelecer que “na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”, conforme o exemplo utilizado acima.

Vale destacar que se aplicará a tabela do IBGE, para calcular a expectativa de vida que a vítima do evento danoso atingiria se o agente estivesse tomando os devidos cuidados no momento em que deu causa ao resultado.

O prejuízo ocasionado poderá acontecer tanto na esfera material ou patrimonial, quanto no âmbito moral ou extrapatrimonial, enquanto este a ofensa à vítima será em seu campo pessoal, em seu íntimo, quando da ocorrência daquele o patrimônio corpóreo do lesado será afetado.

Para a recomposição do dano patrimonial, o agente se obrigará a retornar ao sujeito o bem como se encontrava antes da ocorrência do evento que lhe destruiu integral ou parcialmente ou efetuar o pagamento em dinheiro, sendo que este somente poderá ser utilizado quando não houver possibilidade de retornar ao *status quo ante* (DINIZ, 2014).

Dispondo como objetivo retornar à vítima a integralidade do prejuízo sofrido, o ressarcimento do dano material englobará tanto o dano emergente, quanto o lucro cessante, isto é, o que foi efetivamente perdido, sem presunção, e o que o agente deixou de arrecadar por conta do evento.

Apesar do valor que o lesado irá receber a título de lucro cessante, não poderá causar-lhe enriquecimento sem causa, para isso o cálculo deverá ser feito com razoabilidade e proporcionalidade, atingindo o mais perto possível do lucro que auferiria.

No tocante ao dano extrapatrimonial ou moral, ao contrário do que ocorre no dano material, o prejuízo sofrido pelo lesado não é corpóreo, mas sim um dano ocasionado tanto em sua dignidade como em sua personalidade, sendo este um direito previsto na Constituição Federal, preceituado em seu artigo 5º, incisos V e X, *in verbis*:

Inciso V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
Inciso X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Contudo, não é preciso comprovar sentimentos negativos, como determina o enunciado 445 da V Jornada de Direitos Civil do Conselho da Justiça Federal estabeleceu que “o dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”, haja vista que a pessoa jurídica também poderá ser passível de receber danos morais, conforme súmula 227 do STJ.

Em relação ao prejuízo causado à imagem da pessoa jurídica, para o valor do dano moral ser arbitrado, analisará o grau de notoriedade que ela possui perante a sociedade e o modo que o fato ilícito praticado afetou a reputação da empresa, haja vista que a imagem também é um direito inerente à personalidade.

No caso de uso indevido de imagem da pessoa natural, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, na súmula 403, a qual pontua que “independe de prova do prejuízo à indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

Como o dano foi causado em direito intangível, a vítima, pessoa física ou jurídica, não possui como objetivo uma compensação pecuniária e sim uma reparação, visto que não há como determinar por meio de avaliação qual o valor que seria necessário para arcar com a lesão sofrida (TARTUCE, 2015).

Encontrar a melhor forma de reparar o dano extrapatrimonial é a grande dificuldade, em razão da complicação do magistrado possuir a certeza do dano, além de que, em havendo certeza, o valor pecuniário estabelecido, dependendo do caso concreto, nunca será o suficiente para recompor a psique da vítima.

Com isso, portando o objetivo atingir uma reparação justa ao lesado, o magistrado notará desde a repercussão que o fato possuiu na sociedade até a diferenciação que tomará para estimar o valor do montante de indenização em casos parecidos ou distintos, sempre considerando as provas e a situação econômica dos envolvidos, para não dar base a um enriquecimento sem causa (DINIZ, 2014).

Todavia, o mero incômodo não poderá ser verificado como forma de justificativa, tendo em vista que não é qualquer lesão ou sofrimento emocional que dará ensejo a ele, como previsto pelo enunciado 159 da III Jornada de Direito Civil, que possui a seguinte redação: “o dano moral, assim compreendido todo dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material”.

É importante salientar que as pessoas próximas a outrem que sofreu o dano moral diretamente também poderão querer o ressarcimento, com o objetivo de atenuar as consequências causadas pela lesão, todavia, mesmo podendo considerar como indeterminado o número de atingidos, dependendo das circunstâncias será compreensível a delimitação.

Tanto quanto os atingidos diretamente, como as pessoas que possuíam relações com eles e que consideram que também possuíam o seu direito à personalidade violado, somente terão a indenização efetuada, depois que ficar comprovado que o psicológico sofreu danos (GONÇALVES, 2017).

No tocante ao dano estético, ao contrário do dano moral, é visível, ou seja, é possível observá-lo apenas olhando a vítima, caracterizando assim o prejuízo à aparência, quando causar deformações permanentes e perceptíveis, com isso, a forma de comprovar o é mais simples, podendo ser feito por fotos ou pessoalmente.

Visando elucidar quais danos poderão ser associados ao prejuízo estético, tais como feridas e cicatrizes, dentre outros que ocasionam lesões à imagem e a dignidade da vítima, Flávio Tartuce classifica que:

Tais danos, em regra, estão presentes quando a pessoa sofre feridas, cicatrizes, cortes superficiais ou profundos em sua pele, lesão ou perda de órgãos internos ou externos do corpo, aleijões, amputações, entre outras anomalias que atingem a própria dignidade humana (TARTUCE, 2015, p. 458).

Desse modo, é viável a diferenciação entre os danos, apesar de ambos estarem no campo do dano extrapatrimonial, não são mais considerados sinônimos, tendo em conta que enquanto o estético é exteriorizado, o moral atinge o interior do lesado, por isso, permite-se a cumulação do dano moral, material e estético, desde que o mesmo fato tenha dado causa.

Outra modalidade de dano que está sendo bastante utilizada é o social, sendo considerado como aquele que atinge toda a sociedade, acarretando diminuição da segurança, da tranquilidade e até mesmo da qualidade de vida da população.

Para o magistrado configurar o dano social, além da comprovação do prejuízo, a coletividade terá que efetuar o pedido no momento da propositura da ação, observa-se que essa modalidade não poderá ser requerida em uma demanda individual, por conta do prejuízo difuso, atingindo um grupo indeterminado.

Quando comprovada a ocorrência do ilícito e for estipulado um valor relativo a indenização, este deverá, segundo entendimento majoritário da doutrina, ser depositado em um fundo social para uma instituição de caridade, possuindo como fundamentação o parágrafo único do artigo 883 do Código Civil de 2002⁵ (TARTUCE, 2015).

⁵ Art. 883, CC: não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei. Parágrafo único: no caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

Destaca-se que há diferença entre o dano social e os danos morais coletivos, estes as pessoas atingidas pelo ilícito recebem a indenização pelos vários direitos inerentes a sua personalidade atingidos, além disso, as vítimas se não forem determinadas, poderão ser, o que não acontece no dano social.

Vale ressaltar que apesar do dano ser um pressuposto essencial para o emprego da responsabilidade civil, em algumas situações, mesmo com sua presença não dará embasamento para a indenização, fazendo-se necessária a presença de alguns requisitos, que serão explicitados a seguir.

4.1 Do dano indenizável

Dano é o resultado da conduta praticada em desconformidade com o ordenamento jurídico, que lesionou um bem originário amparado por disposições legais, causando uma diminuição no patrimônio do lesado, ensejando um dever sucessivo, qual seja o de indenizar.

Entretanto, o dano somente será considerado passível de sofrer composição quando presentes alguns requisitos, como em qual bem jurídico a lesão foi propiciada, havendo necessidade de ter sido em um interesse protegido pelo Estado, moral ou material, pertencente tanto a uma pessoa física quanto a uma pessoa jurídica (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017).

Além disso, o prejuízo que já foi recomposto não poderá ser objeto de uma nova compensação, com isso, não haverá necessidade de ajuizar uma ação de responsabilidade civil contra o agente que já reparou o prejuízo espontaneamente. Todavia, se a vítima retornou ao estado em que se encontrava antes por conta de uma conduta sua ou de terceiro, a responsabilidade do lesante continua.

Alguns doutrinadores colocam a legitimidade da parte como um dos pressupostos para o dano ser indenizável, o pedido de ressarcimento poderá ser feito pela própria vítima ou por seus dependentes econômicos, tanto no dano patrimonial quanto no extrapatrimonial, como Maria Helena Diniz pontua:

A legitimidade, pois a vítima, para que possa pleitear a reclamação, precisará ser titular do direito atingido. Os titulares poderão ser os lesados,

ou seus beneficiários, isto é, pessoas que dele dependam ou possam reclamar alimentos (DINIZ, 2014, p. 65).

Outro requisito é a convicção, isto é, o prejuízo deverá ser certo, não existindo a obrigação de reparar em caso de presunção do dano, dessa forma, para haver a certeza é preciso comprová-lo, inclusive quando se trata dos danos extrapatrimoniais.

A não abstrativização do dano é o principal fundamento para o mero aborrecimento não predispor em indenização, tendo em conta que é um mal cotidiano que não dá motivação efetiva ao detrimento do direito da personalidade ou dignidade da pessoa atingida.

No entanto, a teoria da perda de uma chance relativiza a certeza do dano, dado que a expectativa que a pessoa possui e que poderia, de acordo com logicidade, ocorrer é que foi prejudicada pela ação ou omissão de outrem. Vale ressaltar, que as chances deverão ser existentes, sérias e reais.

Como os outros danos, a perda da chance também deverá ser comprovada, principalmente, que a probabilidade de acontecer o fato era séria, mas foi perdida a possibilidade de extrair ou evitar algo por conta do agente, somente assim poderá dar causa a recomposição.

Visando explicitar que a referida teoria poderá ensejar tanto a responsabilidade material quanto a moral, sendo séria e real, foi aprovado o enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil, *in verbis*:

A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

Em suma, o dano indenizável não poderá ter sido reparado anteriormente pelo lesante, deverá ter certeza de sua ocorrência, além de ter atingido um bem tutelado pelo Estado, para somente depois ensejar em uma obrigação de indenizar, tanto para particulares quanto para o Estado, conforme será apresentado no próximo capítulo.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade surge no momento em que o agente dá causa a uma ação ou omissão que venha a atingir um bem de outrem tutelado pelo ordenamento jurídico, findando-se, no momento em que ocorre a indenização, isto é, o retorno do bem ao estado em que a vítima se encontrava antes da ocorrência do evento danoso.

Seguindo esta mesma vertente, o Estado também será responsabilizado de forma objetiva (extracontratual), devendo, portanto, indenizar terceiro que teve seu direito lesado por conta de uma atividade ou omissão de seus agentes, como pontua Maria Sylvia Zanella di Pietro:

[...] a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos (DI PIETRO, 2017, p. 873).

Dessa maneira, o Estado deverá sempre agir de acordo com as autorizações legais, conforme prevê o princípio da legalidade, para que não cause nenhum prejuízo a outrem, haja vista que, caso venha a ocorrer, será responsabilizado como qualquer cidadão, de acordo com o princípio da isonomia.

O emprego da responsabilidade civil do Estado encontra embasamentos em outros princípios jurídicos, tal como o da preservação, que deve ser observado para que os agentes que exerçam a tarefa de risco ajam com prudência e seriedade, buscando a redução ou até extinção do perigo da atividade praticada.

Contudo, em algumas atividades mesmo com todas as medidas preventivas adotadas podem ocasionar danos a terceiros, desse modo, o princípio da equidade deverá ser utilizado, tendo em vista que há uma relação desigual entre o Estado e os indivíduos, por isso, aquele deverá ser responsabilizado de forma objetiva, suportando o ônus econômico.

Vale ressaltar, conforme entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, que “o Estado, como pessoa jurídica, é um ser intangível. Somente se faz presente no mundo jurídico através de seus agentes, pessoas físicas, cuja conduta é a ele

imputada. O Estado, por si só, não pode causar danos a ninguém” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 585).

Com isso, apesar do evento danoso ter sido causado por um agente público, que representa o poder estatal, no momento em que exerce determinada atividade, depois de decorrido o dano a outrem, o princípio da reparação integral e da solidariedade será empregado para que o Estado receba a sanção devida, sempre de ordem pecuniária, e recomponha o bem jurídico lesado em sua totalidade retornando ao estado em que se encontrava anteriormente.

Entretanto, até alcançar os princípios e as teorias utilizadas hodiernamente, houve adaptações, conforme transcorriam evoluções na sociedade e no modo em que o indivíduo era visto perante o Estado, desse modo, os princípios foram evoluindo e de forma proporcional as teorias vinculadas à matéria foram formuladas e modificadas para melhor explicitar e adequar a sanção aplicada ao Estado, o que será esmiuçado no próximo tópico.

5.1 Teorias da Responsabilidade Estatal e sua Evolução

Nos primórdios, quando a noção de responsabilidade começava a ser estabelecida, imperava a teoria da irresponsabilidade do Estado, desse modo, por conta de sua soberania, acreditava-se que não cometia erros, empregando-se assim a não responsabilização estatal, concedendo a ele uma espécie de imunidade perante aos atos praticados.

Após os direitos individuais serem firmados, houve uma modificação e o Estado passa a ser responsabilizado, mas somente pelos atos de gestão praticados para com seus empregados, sendo essas condutas tidas como semelhante às adotadas por particulares, como bem explica Odete Medauar:

Na época se afirmava que, ao praticar atos de gestão, o Estado teria atuação equivalente à dos particulares em relação aos seus empregados ou prepostos: como para os particulares vigorava a regra da responsabilidade, nesse plano o Estado também seria responsabilizado, desde que houvesse culpa do agente. Ao editar atos de império, estreitamente vinculados à soberania, o Estado estaria isento da responsabilidade (MEDAUAR, 2014, p. 416).

Nota-se que os atos considerados de império eram aqueles que nasciam de um ato totalmente relacionado com a soberania estatal, por isso, não poderiam ser praticados por indivíduos comuns, não gerando, assim, o dever de indenizar, surgindo a chamada teoria civilista.

Devido à grande dificuldade encontrada para a distinção entre os dois atos que poderiam ser praticados, a teoria adotada sofreu modificações, tendo como base a culpa, além de diferenciar os atos que deveriam ou não ensejar em um dever de indenizar.

Com isso, é admitida a responsabilização estatal por algumas de suas condutas, entretanto, esta só ocorreria caso fosse comprovado que o servidor público, causador do dano, agiu com culpa, passando a ser chamada de teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva (DI PIETRO, 2017).

Assim, já com a concepção da responsabilização estatal em vigor, as teorias publicistas surgem trazendo a ideia de que o lesado deveria comprovar o mau funcionamento da atuação administrativa, além do dano e nexo causal, para então ter o seu direito ressarcido, ocasionando uma dificuldade para a vítima que muitas das vezes não recebia a indenização que lhe era devida.

Essa era a denominada culpa anônima ou falta do serviço, podendo incluir, além do não funcionamento adequado, a inexistência ou até mesmo o retardamento do serviço, sendo em todos os casos seriam reconhecida a culpa do agente, como pontua José dos Santos Carvalho Filho:

A falta do serviço podia consumir-se de três maneiras: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço. Em qualquer dessas formas, a falta do serviço implicava o reconhecimento da existência de culpa, ainda que atribuída ao serviço da Administração. Por esse motivo, para que o lesado pudesse exercer seu direito à reparação dos prejuízos, era necessário que comprovasse que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado atuado culposamente. Cabia-lhe, ainda, o ônus de provar o elemento culpa (CARVALHO FILHO, 2017, p. 587).

Mais modificações ocorreram e, de forma diretamente proporcional, a preocupação com o lado mais fraco na relação aumentou, com isso, a culpa ou dolo

que deveria ser demonstrada não é mais um requisito essencial, surgindo a responsabilidade objetiva do Estado.

Com relação ao direito brasileiro, tanto na Constituição Federal de 1824 quanto na de 1891, não havia possibilidade de responsabilização estatal, somente imputava o dever de indenizar ao funcionário público e, em alguns casos, o Estado poderia ser responsabilizado solidariamente (MAZZA, 2016).

Todavia, o Código Civil de 1916, em seu artigo 15, utilizava-se da teoria subjetiva civilista, pela qual seria determinado ao Estado o pagamento de indenização para os atos que seus representantes efetuavam e que iam de encontro a uma determinação prevista em lei ou por deixar de observar corretamente um dever legal, ocasionando prejuízos a outrem, esse artigo gozava da seguinte redação:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Com o advento da Constituição de 1934 e, posteriormente, a de 1937, apesar de continuarem com a aplicação da teoria subjetiva, foi instituída a responsabilidade solidária, o que antes só era encontrado em algumas leis vigentes no país, com isso, o Estado deveria arcar, juntamente com seus funcionários, com os danos causados por estes no exercício de suas funções (MAZZA, 2016).

Somente com a implementação da Constituição de 1946 que a teoria objetiva começou a ser posta em prática, descartando assim o elemento culpa, e revogando o artigo 15 do Código Civil de 1916, essa ideia de responsabilização prosseguiu por outras Constituições até chegar à promulgada em 1988, utilizada atualmente.

Hoje, a Constituição Federal, em seu artigo 37, § 6º e com o reconhecimento pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 43, a responsabilidade objetiva passou a ser vista de modo mais concreto no ordenamento jurídico pátrio, todavia aplica-se a responsabilidade subjetiva nas ações regressivas, sendo esta proposta pelo Estado em face do agente público após sua devida condenação e o trânsito em julgado da

decisão, sendo imprescindível a presença dos quatro elementos: conduta, dano, nexo causal e a culpa.

Com todas as modificações que ocorreram durante os anos, nota-se que somente haverá responsabilidade sem a necessidade de comprovação da culpa em duas hipóteses: quando estiver expresso em lei o uso da responsabilidade objetiva ou quando do exercício, pelo autor do dano, de uma atividade que possa acarretar algum prejuízo, risco, ao direito de outrem (TARTUCE, 2017).

Vale ressaltar, que com as evoluções a possibilidade de comprovação do dano e eventual ressarcimento à vítima foram sendo gradativamente descomplicados, principalmente, com a utilização da responsabilidade objetiva, que passou a ser utilizada por meio das teorias do risco, que serão desenvolvidas no próximo tópico.

5.2 Teoria do Risco e a Responsabilidade Objetiva

A responsabilidade objetiva é a mais empregada, no que concerne à responsabilidade civil do Estado, com o seu implemento se tornou desnecessário a comprovação pela vítima da culpa ou do mau funcionamento do serviço fornecido pela administração, todavia, torna-se imprescindível a existência do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, conforme assinala de Ricardo Alexandre e João de Deus:

[...] a responsabilização do Estado requer apenas: conduta oficial, existência de dano (patrimonial, moral ou estético) e nexo causal. Não importa se houve culpa do agente público ou se a Administração Pública praticou um ato lícito ou ilícito (ALEXANDRE; DEUS, 2017, p. 652).

Essa modalidade de responsabilidade tem como base a teoria do risco, a qual concede o dever de recomposição pelo Estado, no momento em que uma determinada ação ou omissão sua ocasionar algum prejuízo a um indivíduo, impondo a ele um ônus diverso do que o restante suporta.

O principal argumento para a utilização da responsabilidade objetiva foi a percepção de que o Estado detêm o lado mais forte de sua relação com a sociedade e, em determinados casos, com um cidadão específico, havendo por isso a

necessidade de obrigá-lo a arcar com os riscos naturais oriundos de suas atividades (DI PIETRO, 2017).

A teoria do risco, por sua vez, possui diversas modalidades, uma delas é a modalidade da teoria do risco excepcional, ela concederá direito ao recebimento de indenização quando o dano causado for oriundo de uma atividade que não era comumente exercida pelo lesado.

Outra modalidade é a do risco proveito, pela qual o grau de periculosidade que há no desenvolvimento de determinados produtos, produzidos com o objetivo de retirar alguma vantagem econômica, poderá dar direito ao recebimento de indenização caso venha a causar dano a outrem, como nos casos de medicamentos.

Essa subespécie delimitaria o dever de indenizar somente àqueles que exerceriam atividade empresarial, encaminhando-se assim para a teoria do risco criado, segundo a qual para haver o ressarcimento basta a ocorrência do dano, não sendo necessário existir qualquer proveito econômico da atividade exercida, ou seja, quem explora determinada atividade que poderá acarretar dano a outrem, deverá responsabilizar-se por este.

Por sua vez, a teoria do risco da atividade, justifica as indenizações por acidentes de trabalho, sendo utilizada sempre que o evento danoso decorrer da profissão da vítima, não se fazendo necessária a comprovação da culpa do empregador, o que devido a grande dificuldade de prova pela vítima, poderia não ensejar em uma recomposição, conforme pontua Sérgio Cavalieri Filho:

Foi ela desenvolvida especificamente para justificar a reparação dos acidentes ocorridos com os empregados no trabalho ou por ocasião dele, independentemente de culpa do empregador. [...] A desigualdade econômica, a força de pressão do empregador, a dificuldade do empregado de produzir provas, sem se falar nos casos em que o acidente decorria das próprias condições físicas do trabalhador, quer pela sua exaustão, quer pela monotonia da atividade, tudo isso acabava por dar lugar a um grande número de acidentes não indenizados, de sorte que a teoria do risco profissional veio para afastar esses inconvenientes (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 217).

Além das modalidades acima, encontra-se também a teoria do risco integral e a do risco administrativo, sendo aquela considerada como a mais radical das

subdivisões, haja vista que o Estado deveria arcar com a recomposição do dano sempre que ele ocorrer, independentemente do nexos causal, além de não poder servir-se das excludentes, não sendo adotada no direito positivo brasileiro (MAZZA, 2016).

Todavia, em algumas situações excepcionais, a teoria do risco integral será aplicada, como, por exemplo, no caso do seguro DPVAT (danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres), onde o lesado deverá apenas comprovar o acidente e o dano derivado, determinação constante no artigo 5º da Lei nº 6.194/74 ⁶.

Contudo, apesar de não auferir a vítima tanta vantagem, quanto à modalidade anterior, por não possuir um caráter tão absoluto, a teoria mais empregada para responsabilizar objetivamente o Estado é a do risco administrativo, a qual se faz necessária a presença do nexos de causalidade ligando a conduta e o dano causado, podendo afastar o dever do Estado de indenizar se comprovado a existência de alguma excludente do nexos causal, essas quais serão detalhadas no próximo tópico.

5.3 Excludentes da Responsabilidade Estatal

A responsabilidade objetiva com base na teoria do risco administrativo é a adotada no sistema jurídico brasileiro, desse modo, basta ao lesado a comprovação do prejuízo sofrido e do nexos de causalidade. Todavia, apesar de dispensar o elemento subjetivo, admite a inversão do ônus da prova, em vista disso, não haverá recomposição do dano se o Estado comprovar alguma das excludentes de responsabilidade, quais sejam, culpa exclusiva da vítima, força maior ou fato exclusivo de terceiro.

No que concerne à culpa exclusiva da vítima, o poder estatal, exonerar-se-á totalmente de arcar com a obrigação se conseguir efetuar a comprovação que o lesado, por conta de sua conduta deu causa ao evento danoso, aproveitando-se do serviço público prestado. Não obstante, se tanto a vítima quanto o agente público tiverem uma conduta que contribua para a produção do resultado, culpa

⁶ Art. 5º, Lei 6.194/74: o pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado.

concorrente, não se excluirá o nexo de causalidade, conforme previsão do artigo 945 do Código Civil.

Especificamente nos casos de culpa bilateral, dos dois polos da relação, o Estado será responsabilizado somente pela parte em que colaborar com o prejuízo, podendo ocorrer assim, um aumento ou uma diminuição do *quantum* indenizatório, de acordo com a proporção da culpa, tendo em conta que o elemento subjetivo terá que ser considerado, nesse caso, aplica-se a teoria subjetiva (MAZZA, 2016).

Conquanto, em certas situações, os agentes públicos não serão encarregados de recompor o dano, apesar de ser constatada a sua ocorrência, quando atestada a culpa de terceiros, considerando-se este como qualquer um que não seja a vítima em si ou o agente público, devendo arcar com o prejuízo causado, tendo em vista que excluiu o nexo de causalidade entre a vítima e o agente.

Em outros casos, nem o agente no exercício de sua atividade nem terceiros serão responsabilizados, pois o evento que acarretou algum dano ao lesado se deu por conta da natureza, isto é, era imprevisível, por essa razão o poder estatal não teria como evitá-lo.

Todavia, tratando-se de caso fortuito, não haverá a exclusão do nexo causal, pois uma falha em uma atividade exercida internamente auxiliou na ocorrência do resultado, ou seja, o risco é inerente à atividade, consagrando-se a responsabilização estatal por um ato praticado por seu agente (NADER, 2016).

Nota-se, que o Estado deixará de se responsabilizar pelo prejuízo sofrido pela vítima quando estiver presente algum dos requisitos que excluem o nexo de causalidade, um dos elementos essenciais para imputar o dever de indenizar, porém, em alguns casos, apesar do agente não ter praticado nenhuma ação será responsabilizado, são as condutas omissivas, que serão elencadas no próximo tópico.

5.4 Responsabilidade do Estado por Omissão

Dentre os pressupostos geradores do dever de indenizar, encontra-se à conduta praticada por agentes no exercício de suas funções públicas, as quais são

consideradas como comissivas ou omissivas. Tratando-se de ações, conduta positiva, terá de haver o nexo causal interligando-a com o resultado para então dar origem a obrigação de indenizar, dispensando-se a averiguação da culpa.

Já com relação às omissões, condutas negativas, são classificadas como genérica ou específica, com previsão no artigo 13, §2º, alíneas “a” e “b” do Código Penal, respectivamente, aquela ocorre quando há um dever de agir estipulado legalmente, isto é, o modo como o agente deverá se comportar quando colocado à frente de determinada situação, mas diante dela permanece inerte e, por conta disso, acaba por dar causa ao evento danoso.

Por outro lado, a conduta omissiva específica se refere aos garantidores, aqueles que de uma maneira convencional, intrínseca, acabam por se tornar guardiões, de acordo com o caso concreto, e possuem a obrigação de proteger, dessa forma, ficaram responsáveis por evitar que seus tutelados sofressem algum prejuízo, como no caso de descumprimento de ordem judicial estipulando uma conduta (CAVALIERI FILHO, 2015).

Ambas as modalidades de omissão trazem uma determinada obrigação que não foi cumprida, imputando-se a quem deveria agir o dever de indenizar, nesse sentido as doutrinas não são uníssonas, parte delas entendem que se referindo as omissões específicas, não será preciso a demonstração da culpa, com base no artigo 37, §6º da Constituição Federal, utilizando-se assim a teoria objetiva.

No tocante às omissões genéricas, a responsabilização dar-se-á pela teoria subjetiva, sendo necessária a comprovação da culpa, além desse elemento poderá ser constatada a existência de negligência, deixar de agir diante da situação, ou imperícia, falta de qualificação necessária para atuar diante do caso concreto, o que poderá ser considerado como maneiras de contribuição para a ocorrência da falha no serviço prestado, levando ao prejuízo sofrido pela vítima, conforme entendimento de Paulo Nader:

Se o dano ocorrer em consequência de omissão genérica, ter-se-á responsabilidade subjetiva, devendo a parte, necessariamente, provar não apenas os danos, o nexo causal, como ainda o dolo, negligência ou imperícia (NADER, 2016, p. 353).

Vale ressaltar que não são todas as condutas omissivas que poderão gerar o dever de indenizar, desse modo, não responsabilizará, devido a exclusão do nexo de causalidade, quando comprovado que as medidas devidas para evitar a ocorrência do sinistro foram tomadas e mesmo assim não conseguiu evitá-lo ou quando uma força imprevisível acarretou no ato lesivo (MARINELA, 2017).

Contudo, alguns doutrinadores não diferem as modalidades de omissão, aplicando a todas as condutas omissivas a responsabilidade subjetiva, esse raciocínio encontra embasamento no artigo 927 do Código Civil⁷ e no 37, §6º da Constituição Federal⁸, os quais não trazem uma determinação expressa, no que concerne às condutas omissivas do poder estatal, desse modo, aplicar-se-ia a responsabilidade objetiva nas condutas comissivas e a subjetiva em caso de omissão (CARVALHO FILHO, 2017).

Percebe-se que o Estado somente será obrigado a indenizar quando não praticar uma conduta diante de uma situação, violando um dever de agir, ocasionando a ocorrência de um dano que poderia ter sido evitado, todavia, quando se referir aos casos de presos que estão sob a custódia do Estado, entende-se que havendo algum prejuízo ao custodiado, omissão específica, a responsabilidade imputada será a objetiva, fato que será esclarecido no próximo item.

5.5 Responsabilidade do Estado pela Falha na Vigilância

O Estado, como visto anteriormente, poderá ser responsabilizado tanto por suas condutas comissivas, quanto omissivas, entretanto, estas, em sua modalidade específica é aplicada de uma maneira peculiar, tendo em vista que a relação existente entre o agente estatal e a então vítima do evento danoso é diferenciada

⁷ Art. 927, CC: aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁸ Art. 37, CF: a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º: as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

das demais relações existentes com o restante da sociedade, à medida em que o Estado se torna garantidor da integridade física e moral daqueles que estão sob sua custódia, conforme a previsão do art. 5º, XLIX da Constituição Federal.

No momento em que a responsabilidade sobre o custodiado se inicia, o poder estatal adquire o dever de protegê-lo, podendo ser responsabilizado de maneira objetiva, independente de culpa, caso algum dano venha a ser praticado contra àqueles que estão sob sua guarda. Sendo que o prejuízo poderá ser causado por um agente público ou não, dessa maneira, fato de terceiro não excluirá a obrigação de recompor o prejuízo, como em caso de morte de detento por outro (MAZZA, 2016).

Além de cumprir a garantia constitucional de tutelar a integridade da pessoa, o Estado também deverá assegurar que o preso cumprirá sua pena de forma digna, humana, por isso, quando o custodiado sofrer algum dano que acarretar sua morte, o nexo causal estará presente somente por essa relação de custódia já existir, não sendo necessária a comprovação de quem vitimou o detento, haja vista que a proteção deverá ser feita inclusive contra ele mesmo, em caso de suicídio, por enforcamento, por exemplo, conforme entendimento firmado no julgado do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Junho de 2017:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SUICÍDIO. DETENTO. CADEIA PÚBLICA. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DANO MATERIAL. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 1. Trata-se de pedido de indenização por dano material e moral contra o Estado de São Paulo em decorrência de suposto suicídio de detento por autoenforcamento, ocorrido em cela da Delegacia de Investigações Gerais da cidade de Marília/SP. 2. O Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que a responsabilidade civil do Estado pela morte de detento em delegacia, presídio ou cadeia pública é objetiva, pois é dever do estado prestar vigilância e segurança aos presos sob sua custódia, portanto mostra-se equivocada a interpretação realizada pelo egrégio Tribunal bandeirante. 3. A melhor exegese da norma jurídica em comento é no sentido de que o nexo causal se estabelece entre o fato de o detento estar preso, sob proteção do Estado, e o seu subsequente falecimento. Não há necessidade de se inquirir sobre a existência de meios, pela Administração Pública, para evitar o ocorrido e, muito menos, se indagar sobre a negligência na custódia dos encarcerados (BENJAMIN, Herman - ministro relator - STJ, REsp 1671569 SP 2017/0098132-0,2017).

Observa-se que além dos próprios presos, que sofreram o prejuízo direto do dano, em caso de morte, seus familiares, respeitando a ordem de sucessão prevista

no código civil, terão o direito de receber indenização, haja vista que indiretamente foram atingidos pelo evento danoso, que ocasionou a perda de um ente querido, acarretando prejuízos psicológicos e, em alguns casos, até mesmo financeiros, essa modalidade de dano é conhecida como dano reflexo ou em ricochete.

Seguindo essa vertente, em 2011, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário nº 580.252, que possuía o Ministro Ayres Britto como relator, estabeleceu o entendimento de que os custodiados que estiverem em situação degradante em celas superlotadas também terão o direito de receber indenização do Estado por danos morais, por não estarem cumprindo uma pena de maneira justa e sem a preservação de sua dignidade:

LIMITES ORÇAMENTÁRIOS DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. EXCESSIVA POPULAÇÃO CARCERÁRIA. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL. Possui repercussão geral a questão constitucional atinente à contraposição entre a chamada cláusula da reserva financeira do possível e a pretensão de obter indenização por dano moral decorrente da excessiva população carcerária (BRITTO, Ayres – relator - STF, RG RE 580252 MS, 2011).

Nessa mesma vertente, o informativo 854 do STF, em seu item 4, resume o voto proferido pelo relator Ministro Teori Zavascki, pelo qual afirma caracterizar o dever de indenizar do Estado quando os detentos que estão sob sua custódia sofrem algum tipo de dano quando submetidos a condições desumanas e sem o mínimo de dignidade, ou seja, não possuindo seus direitos constitucionalmente constituídos preservados, afirma ainda, que apesar da indenização aos detentos não eliminar o problema, ela é devida, tendo em vista a situação dos presídios brasileiros, desse modo, o informativo possui a seguinte redação:

Em seguida, consignou que a matéria jurídica está no âmbito da responsabilidade civil do Estado de responder pelos danos, até mesmo morais, causados por ação ou omissão de seus agentes, nos termos do art. 37, § 6º, da CF, preceito normativo autoaplicável, que não se sujeita a intermediação legislativa ou a providência administrativa de qualquer espécie [...] Frisou que Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto ali permanecerem detidas, e que é seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir os danos que daí decorrerem. Ademais, asseverou que as violações a direitos fundamentais causadoras de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não poderiam ser relevadas ao argumento de que a indenização não teria o alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, dependente da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição

legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Sustentou que admitir essa assertiva significaria justificar a perpetuação da desumana situação constatada em presídios como aquele onde cumprida a pena do recorrente.

Desse modo, nota-se que não importa se a morte do detento foi ocasionada por homicídio ou suicídio, por terceiros ou por falta de cuidado do agente público, em todos os casos, o Estado será responsabilizado objetivamente, por conta, principalmente do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal, sendo este um direito que não é descartado quando imposta ao agente o cumprimento de determinada pena, estas quais serão melhores analisadas no próximo capítulo.

6 MEDIDAS CAUTELARES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

As penas são utilizadas no ordenamento jurídico como uma sanção em resposta a condutas praticadas em desacordo com uma determinação legal e, conseqüentemente, quando aplicadas visam coibir que ações semelhantes aconteçam, contudo, apesar do Estado possuir poder punitivo, esse direito não é absoluto, devendo respeitar os princípios constitucionais fundamentais, como a dignidade da pessoa humana.

Desse modo, nota-se que a responsabilidade imputada ao agente pelo direito penal é subjetiva, pois além de ter sua dignidade respeitada, quando estiver com o seu direito de locomoção cerceado, o devido processo legal (artigo 5º, LIV da Constituição Federal) e a ampla defesa sempre estarão presentes, isto é, um processo justo, respeitando todas as etapas necessárias, para possuir validade, razões pelas quais a pena de morte, de trabalho forçado, de banimento, cruéis e a prisão perpétua são vedadas no ordenamento jurídico pátrio, conforme previsto no artigo 5º, XLVII da Carta Magna (BITENCOURT, 2017).

O poder estatal de aplicar sanção é orientado e delimitado pelas leis, de acordo com o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio* e, por isso, possui caráter subsidiário, somente sendo invocado quando necessário, interferindo o menos possível na vida em sociedade, tendo em vista que sua sanção é a mais grave comparada com outras presentes no ordenamento jurídico brasileiro (GRECO, 2015).

Conquanto, não são todas as condutas praticadas que serão abarcadas pelo direito penal, devido ao seu caráter fragmentário, para isso transcorrer a sociedade não deve considerá-las aceitáveis, mas levando em conta que conforme as evoluções comportamentais vão ocorrendo, determinada conduta pode deixar de ser tipificada penalmente, como ocorreu com o adultério, desse modo, nota-se que o sistema penal está sujeito a uma adequação social.

Concomitante com os princípios constitucionais, teorias são utilizadas para definir a finalidade das penas, são as teorias absolutas, que definem a pena como a

retribuição do mal pelo mal, e as teorias relativas, a qual busca a prevenção, retorno do indivíduo ao convívio na sociedade, além de sua retirada dessa vivência social. Sendo ambas utilizadas pelo sistema penal brasileiro, tanto para retribuir quanto para prevenir, teoria mista, conforme previsão do artigo 59 do Código Penal ⁹ (GRECO, 2015).

Nesse sentido, as prisões poderão ser classificadas como pena ou processuais (cautelares), aquelas se dividem em: restritivas de direito ou aplicadas em pecúnia, como a multa, ambas são penas alternativas às privativas de liberdade, esta se aplica à detenção e à retenção, privando o agente de sua liberdade, entretanto, todos os direitos, incluindo a preservação de sua integridade física e moral, serão tutelados pelo Estado, como afirma o dispositivo 38 do Código Penal, *in verbis*: “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

Utilizando-se dos princípios e teorias constitucionais, as medidas cautelares, diversas das prisões, definidas pelo artigo 319 do Código de Processo Penal ¹⁰, poderão ser empregadas, cumulativamente ou não, quando o tipo penal permitir, de acordo com a necessidade e com a sua gravidade, haja vista que a regra é tentar evitar o encarceramento do agente antes do trânsito em julgado da sentença

⁹ Art. 59, CP: o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

¹⁰ Art. 319, CPP: são medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

condenatória, desse modo, quando possível, não se aplicará as prisões cautelares, utilizando as somente em caso de descumprimento da medida imposta (CAPEZ, 2014).

Com relação às prisões processuais, apesar de também privar o indivíduo de sua liberdade de locomoção, diverge da prisão-pena, pois ainda não houve o trânsito em julgado da ação, isto é, uma sentença condenatória ainda não foi prolatada, e, por isso, possui uma natureza cautelar com um caráter provisório, tendo em vista que buscam assegurar e proteger a seguridade do processo que ainda não teve o seu fim, respeitando alguns requisitos, como será demonstrado no próximo tópico.

6.1 Fundamentos das prisões cautelares

As prisões cautelares vão, em um primeiro momento, de encontro ao princípio da presunção de inocência, determinado pelo artigo 5º, LVII da Carta Magna, *in verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, desse modo, possuindo esse dispositivo como base, medidas cautelares diversas à prisão deverão ter prioridade, somente se não for possível sua aplicação ou em caso de descumprimento delas, que as prisões cautelares serão empregadas, entretanto, pressupostos deverão ser observados para não ferir direitos constitucionais dos agentes.

Conforme o Judiciário efetuar o exame da ação, deverão constatar a presença de dois requisitos essenciais para a aplicabilidade da medida cautelar, primeiro é o *periculum libertatis*, ou seja, a liberdade do réu poderá causar algum prejuízo ao processo ou a sociedade, se ele continuar a praticar crimes. Outro pressuposto é o *fumus comissi delicti*, este deve estar presente em qualquer das modalidades de prisão cautelar, quando há indícios concretos do delito e de que o agente foi o responsável por sua ocorrência (PACELLI, 2017).

O objeto dessa análise não será a matéria que está sendo discutida no processo e sim, o processo em si, buscando sempre assegurar a sua efetividade, por isso, mesmo antes da sentença o agente poderá ter o seu direito de locomoção cerceado, conquanto, se os pressupostos forem devidamente observados, o

princípio da presunção da inocência não será violado, pois mesmo após a sua decretação, o processo principal segue até a sentença definitiva.

Entretanto, mesmo depois de confirmado a presença dos requisitos necessários para imputar ao agente a sanção, não significa que foi efetuado o reconhecimento da culpa do agente, o que feriria o princípio constitucional, até porque não foi alcançado o fim do processo e a avaliação foi feita pelo grau de periculosidade que ele poderia oferecer ao processo ou à sociedade (RANGEL, 2016).

À vista de não haver a presunção da culpabilidade do agente, quando confirmada a presença dos requisitos para a imposição das prisões processuais, os custodiados que a ela se submeterem, não ficarão juntos dos presos que já possuírem a sentença definitiva dos seus processos prolatas, essa determinação está prevista no artigo 300 do Código de Processo Penal ¹¹ e artigo 84, *caput* da Lei de Execução Penal ¹². Vale ressaltar que a obrigatoriedade dessa medida só se tornou possível após a Lei 12.403/2011, antes era facultativa a separação dos detentos (NUCCI, 2017).

Levando-se em consideração que a prisão é sempre uma exceção, somente será efetuada diretamente em caso de flagrante delito, isto é, o agente é visto praticando o crime, é encontrado com objetos que foram usados para a prática do crime ou quando é perseguido ininterruptamente até o momento da prisão, sendo devidamente encaminhado para o judiciário posteriormente, mas se comprovado for que houve uma preparação para ocorrer a prisão em flagrante, será considerada ilegal, conforme súmula 145 do STF: “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Nesse sentido, sendo efetuada uma prisão considerada ilegal, poderá ser decretado relaxamento de prisão concedendo liberdade ao agente, conforme previsto no artigo 5º, LXV da Constituição Federal, esse instituto poderá ser utilizado

¹¹ Art. 300, CPP: as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal. Parágrafo único. O militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes.

¹² Art. 84, Lei 7.210/84: o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

em qualquer espécie de prisão e não somente na prisão em flagrante delito, desde que devidamente comprovada a sua ilegalidade, todavia, apesar de conseguir o direito de liberdade, se presente os requisitos que permitam o emprego de medidas cautelares, que não à prisão, poderão ser utilizados.

Porém, quando for considerado legal o motivo que ocasionou a prisão do agente, mas não havendo mais necessidade de mantê-lo sob custódia, usando o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, poderá ser decretada sua liberdade provisória, com ou sem fiança, conforme o artigo 5º, LXVI da Constituição Federal, sendo esta uma medida de contracautela, haja vista que a cautela é a prisão, ou seja, outra maneira de devolução do direito de locomoção do acusado, conforme pontua Paulo Rangel:

Diz-se liberdade provisória porque pode, a qualquer momento, ocorrendo determinadas hipóteses previstas em lei, ser revogada e o acusado recolhido à prisão. Trata-se de uma contracautela, pois a cautela é a prisão; a liberdade provisória é a sua contraposição. O antecedente lógico da liberdade provisória é a prisão cautelar (RANGEL, 2016, p. 862).

Visando determinar quando essa medida será aplicada junto com a fiança ou não, far-se-á necessário observar a pena imposta, desse modo, sendo inferior à 4 anos, poderá ser utilizado o instituto da fiança, de acordo com o artigo 322 do Código de Processo Penal, possuindo uma relação entre o valor estipulado e o delito praticado, contudo, em determinados crimes, como o racismo, tortura, prisão civil ou militar, os agentes não poderão se utilizar desse benefício, conforme previsão dos artigos 323 e 324 do Código de Processo Penal.

Outra forma de decretação da liberdade provisória é a vinculada, aplicada quando for comprovado que o agente agiu em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito, conforme previsão do artigo 310, § único do Código de Processo Penal, entretanto, essa medida poderá ser revogada caso o acusado não compareça em juízo quando solicitado (PACELLI, 2017).

Em sendo revogada alguma medida cautelar imposta, que visava a não privação de liberdade do agente ou aplicada a revogação da liberdade provisória por conta do descumprimento injustificado de determinada ordem (artigo 350, CPP),

será convertida e aplicada pena privativa de liberdade, conforme previsão do artigo 282, § 4º do CPP, cumulado com o artigo 312, § único do mesmo dispositivo legal, admitindo-se assim a conversão em prisão preventiva, caso se encontrem presentes os requisitos desta cautelar, que serão melhor analisados no próximo tópico.

6.2 Prisão Preventiva

A prisão preventiva é uma modalidade de prisão cautelar, tendo em vista que é empregada antes do trânsito em julgado do processo penal, desse modo, a sua utilização só será possível caso tenha se esgotado todas as medidas cautelares diversas à prisão ou se as imputadas não foram devidamente cumpridas, justificando o seu caráter subsidiário, por isso, antes da sua aplicação pressupostos previstos em lei deverão ser respeitados e observados para não ferir princípios constitucionais daqueles que serão submetidos a ela.

Para ocorrer a decretação dessa modalidade de prisão processual, será preciso que haja um perigo para a sociedade caso o agente continue em liberdade ou a comprovação de que ele possa causar algum prejuízo para a investigação e, conseqüente, ao resultado útil do processo, além disso, será preciso que tenha certeza da ocorrência do delito e provas de que o agente, que será submetido à essa pena, foi o autor do fato, requisitos estes presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Vale frisar que quando presentes os requisitos, a prisão preventiva não irá ferir o princípio da presunção de inocência quando o custodiado aguarda o julgamento do recurso, uma vez que possui previsão constitucional, entretanto, deverá sempre ser decretada por decisão fundamentada do juiz, como determinação da súmula 9 do STJ, *in verbis*: “a vigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência” (CAPEZ, 2017).

Quando aplicada ao agente, este passará a cumprir pena privativa de liberdade até os pressupostos cessarem ou a sentença definitiva ser prolatada, sendo que, se for condenado, levará em consideração o tempo em que o acusado ficou preso provisoriamente, de acordo com a previsão do § 2º do artigo 387 do

Código de Processo Penal¹³. Todavia, sendo absolvido de todas as acusações, não terá direito de receber indenização por parte do Estado, desde que tenha sido respeitado todos os seus direitos fundamentais e requisitos legais para decretação, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO PREVENTIVA. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, DIANTE DO ACERVO FÁTICO DA CAUSA, ENTENDEU NÃO TER OCORRIDO ERRO JUDICIÁRIO, AFASTANDO A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO (MAGALHÃES, Assusete – ministra relatora - STJ, AgInt no AREsp 838382 SP 2016/0000132-1,2017).

Apesar de possuir caráter subsidiário e ser uma exceção à liberdade, em determinados casos, previstos no artigo 313 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada mesmo não havendo uma medida cautelar anterior, aplicar-se-á, como por exemplo, no agente que já foi condenado anteriormente por crime doloso, em sentença transitada em julgado, menos se já estiver transcorridos 5 anos desde a data dessa condenação à data da prática do novo delito, só sendo dispensada a sua aplicação se comprovada alguma das excludentes de ilicitudes, posto que não haverá prejuízo ao processo.

Vale ressaltar que se presentes as excludentes da ilicitude do delito e for decretada a prisão, esta será ilegal e, portanto, caberá seu relaxamento. Porém, se todos os requisitos estiverem presentes para comprovar a sua legalidade e validade, e, conseqüentemente, acarretando na decretação, os pressupostos deverão continuar presentes, senão deverá ser revogada, conforme explica Eugênio Pacelli:

Como toda medida cautelar, também a prisão preventiva tem a sua duração condicionada à existência temporal de sua fundamentação. Em outros termos: a prisão preventiva submete-se à cláusula da imprevisão, podendo ser revogada (característica da revogabilidade das cautelares) quando não mais presentes os motivos que a ensejaram, bem como renovada quando sobrevierem razões que a justifiquem (art. 316, CPP) (PACELLI, 2017, p. 563).

¹³ Art. 387, CPP: o juiz, ao proferir sentença condenatória: § 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

Nota-se que apesar dessa modalidade de prisão cautelar não possuir prazo estipulado em lei, o artigo 10 do Código de Processo Penal, estipula período de 10 dias para a conclusão do inquérito policial, caso o acusado esteja sob prisão preventiva, tendo em vista que é vedada que se alongue demais, já que possui natureza cautelar, não sendo a pena definitiva, possuem uma duração razoável.

Essa modalidade de prisão cautelar é a única que será decretada enquanto o processo ainda estiver em curso, tendo em vista que a prisão temporária será aplicada na fase de inquérito e a prisão em flagrante será convertida em preventiva quando do curso processual, caso presentes os pressupostos essenciais para sua decretação (RANGEL, 2016).

Nesse sentido, a prisão preventiva poderá ser revogada quando cessarem os requisitos que a tornaram válida ou, sendo considerada ilegal, quando ultrapassar um prazo razoável de sua decretação, poderá ser imputado o seu relaxamento, o mesmo ocorrerá caso seja ultrapassado o prazo cabível para a prisão temporária, o que será analisado no próximo tópico.

6.3 Prisão Temporária

A prisão temporária, uma das prisões cautelares, está prevista na Lei nº 7.960/89, e por ter natureza provisória deverá possuir requisitos para sua decretação, o *fumus commissi delictis*, qual seja a prova de que o acusado participou do delito ou é o autor dele (artigo 1º, III da Lei) e do *periculum libertatis*, presente quando à liberdade do agente poderá ocasionar algum prejuízo para o processo em curso ou quando o suspeito não possuir residência fixa e não fornecer informações para sua identificação, previsão constante no artigo 1º, I e II, respectivamente, da Lei 7.960/89.

Ademais, não são todos os delitos que poderão ensejar a decretação dessa modalidade de prisão provisória, podendo ser imputada somente aos suspeitos de praticarem os crimes elencados nas alíneas “a” à “o” do artigo 1º, III, da referida lei, como por exemplo, crime de estupro ou estupro de vulnerável, extorsão, roubo, atentado violento ao pudor, dentre outros, abrangendo, inclusive os crimes hediondos, como por exemplo, tortura.

Ao contrário da prisão preventiva, na temporária, há prazo de 5, (cinco) dias, prorrogáveis por igual período (art. 2º, Lei 7.960/89), tratando-se dos delitos comuns, em sendo crimes hediondos, o prazo aumentará para 30 (trinta) dias, também podendo ser prorrogável por igual período, determinação prevista no artigo 2º, § 4º da Lei dos crimes hediondos, 8.072/90, conquanto, a prorrogação só será possível se comprovado a extrema necessidade da manutenção da medida (PACELLI, 2017).

No momento em que findar o período estipulado legalmente, o agente deverá ser posto em liberdade, caso contrário perderá o seu caráter legal, ingressando inclusive em crime de abuso de autoridade (artigo 4º, “i”, da Lei 4.898/65), desse modo, poderá ser requerido o relaxamento da prisão, vale ressaltar, que também será possível sua revogação se cessarem os requisitos que a fizeram necessária. Entretanto, não será preciso efetuar a soltura do custodiado quando a prisão temporária for convertida em prisão preventiva, após a averiguação dos pressupostos essenciais (artigo 2º, § 7º da Lei 7.960/89).

Por conseguinte, nota-se que não será possível o recebimento de indenização por parte do poder estatal caso os pressupostos para a decretação da prisão estiverem sidos respeitados, contudo, seu prazo deverá ser observado, visando, como sempre, preservar o direito de locomoção do agente e sua liberdade, caso contrário, será considerada indevida, assunto que será tratado com mais afinco no próximo capítulo.

7 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR PRISÕES INDEVIDAS

Comprovada a necessidade de aplicação de uma pena privativa de liberdade ao agente, o juiz que aplicá-la deverá observar seus requisitos, sua validade e legalidade, entretanto, os direitos constitucionais dos que forem atingidos pela sanção penal deverão ser considerados, como a dignidade da pessoa humana e a preservação da sua integridade física e moral, além de outros direitos previstos no artigo 41 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84).

Considerando-se que todos os direitos presentes no artigo acima mencionado são de fundamental importância para a sanção imputada ao agente ter um de seus objetivos devidamente cumprido, qual seja, sua ressocialização, tanto ao preso provisório quanto ao que possui sentença com o trânsito em julgado, o Estado deverá fornecer a ele um julgamento justo e célere com um ambiente digno para buscar o retorno de seu custodiado ao convívio social (GRECO, 2015).

Os requisitos para aplicação da pena e direitos dos custodiados terão que ser considerados tanto no momento do pré-julgamento, no julgamento em si, quanto no pós-julgamento, acarretando na absolvição ou conseqüente condenação, neste caso, por retirar o direito de locomoção do agente é uma exceção empregada com limitações, apesar de buscar a preservação da ordem social, haja vista, que eventual erro poderá ensejar em uma ação indenizatória, conforme previsão do artigo 5º, LXXV da Constituição Federal, *in verbis*: o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim com o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Conforme as prisões cautelares ganharam força no ordenamento jurídico pátrio, de forma diretamente proporcional, as ações indenizatórias adquiriram maior visibilidade, tendo em vista que aqueles que foram submetidos às prisões cautelares e, após o trânsito em julgado, foram absolvidos, ingressam requerendo esse direito ao Estado, porém, somente será devida indenização quando se restar comprovado erro, desrespeito aos preceitos constitucionais, qual seja, abuso de autoridade ou ilegalidade (CAVALIERI, 2015).

Tratando-se de erro judiciário, vale destacar que não será caracterizado tal fato caso o acusado depois de cumprir prisão cautelar seja absolvido por falta de provas, entretanto, de acordo com o artigo 630 do Código de Processo Penal, se o

prejudicado assim quiser, poderá pleitear pedido de recomposição quando a sentença que o condenou possuir algum erro, com a devida comprovação da culpa do magistrado, porém não terá o direito de receber a indenização se o fato foi provocado por ele, como por exemplo, ocultação de provas.

Já no âmbito civil, José dos Santos Carvalhos Filho (2017, p. 613), entende que não será possível pleitear o pedido de indenização por parte do poder estatal, tendo em vista o grande rol de recursos disponíveis para evitar que a parte sofra qualquer dano, porém, será imputado o dever de indenização se o prejuízo possuir como causa algum ato praticado pelo magistrado fora do processo, como atrasar o andamento sem motivo determinado, neste caso, de acordo com o artigo 143 do Código de Processo Civil, o juiz responderá e, se for considerado como causa de responsabilidade estatal, este terá direito de regresso sobre o magistrado.

Com relação aos detentos que ficam sob a custódia do Estado e que não são postos em liberdade quando findado o prazo para o cumprimento da pena estipulado em sentença, também terão o direito de receber indenização, tendo em vista que caracteriza o encarceramento indevido, conforme julgado de 2017 do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL. PRISÃO ALÉM DO PRAZO. VALOR FIXADO EM 80.000,00. COMPENSAÇÃO RAZOÁVEL PELOS DANOS SOFRIDOS PELO ENCARCERAMENTO EXCESSIVO. INEXISTÊNCIA DE EXORBITÂNCIA. REEXAMANTE DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. 1. Trata-se de pedido de indenização por danos morais contra o Estado do Espírito Santo em decorrência de este ter demorado 635 dias para cumprir o mandado de soltura do recorrido, que cumpria prisão preventiva pelo crime de tentativa de homicídio. O juiz monocrático fixou a indenização em R\$ 25.000,00, contudo o Tribunal capixaba reformou a sentença e retificou a condenação para o valor de R\$ 80.000,00 (BENJAMIN, Herman – ministro relator - STJ, REsp 1695725 ES/2017 0194977-5, 2017).

Nesse seguimento, quando ultrapassado o prazo para prisão temporária ficar em vigor, quando não houver os requisitos necessários para sua conversão em prisão preventiva ou se ela for decretada tendo como base um crime que não a admite, além dessa prisão poder ser objeto de relaxamento, o custodiado deverá ser posto em liberdade, tendo em vista que ela assumirá um caráter ilegal, podendo gerar ao Estado o dever de indenizar. O mesmo ocorrerá com a prisão preventiva que possuir seus requisitos de vigência cessados ou que se prolongar demais.

Á vista do cumprimento prolongado de pena, será considerado abuso de autoridade, previsto na Lei nº 4.898/65, todo e qualquer ato praticado por uma autoridade com excesso, ultrapassando os limites previstos em lei, no artigo 4º do mencionado dispositivo legal, traz um rol de algumas condutas praticadas que são consideradas abusivas, como a alínea “i” do referido artigo, *in verbis*: prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

Conforme esse entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado de Piauí, em 2015, considerou como configurado abuso de autoridade por cercear a liberdade de locomoção do acusado sem o devido auto de prisão em flagrante, ou seja, prisão sem motivo justificado, tendo em vista que não foi configurado o crime imputado à ele, desse modo, restou-se caracterizado a responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal, conforme caso abaixo:

PRISÃO ILEGAL – DESACATO NÃO CONFIGURADO – ABUSO DE AUTORIDADE – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVO DO ESTADO – CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Ausente prova que evidencia o desacato à autoridade policial, e inexistindo auto de prisão em flagrante tendente a investigar o ato da vítima, afigura-se injustificada a prisão, dando azo ao nexo de causalidade exigido para a configuração da responsabilidade civil do Estado e a consequente obrigação de indenizar. 2. Houve manifesta violação aos direitos da personalidade da vítima, que experimentou dor moral em situação aflitiva, angustiante, vexatória e profundamente constrangedora (E SILVA NETO, Fernando Lopes – relator desembargador - TJ-PI - AC: 00039101320138180031 PI 201500010009031,2015).

Nesse sentido, nota-se que o Estado ao imputar uma pena privativa de liberdade ao agente, tanto cautelar quanto após o trânsito em julgado de sentença condenatória, terá que observar se não é possível o emprego de outra medida, visando evitar que o seu direito de locomoção seja suprimido ou ainda, analisar todos os requisitos e direitos essenciais para que o custodiado cumpra a pena de modo digno e que, com isso, consiga atingir os objetivos dessa sanção, sempre com a razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVII da CF/88), para atingir a celeridade e efetividade processual.

8 CONCLUSÃO

O direito de locomoção é a regra no ordenamento jurídico pátrio, podendo somente ser suspenso por determinado período, se presentes os requisitos essenciais para a decretação de uma medida cautelar alternativa à prisão até a imputação de uma pena por meio do trânsito em julgado de uma ação, haja vista, o ensejo do dever de indenizar por parte do poder estatal.

Desse modo, como o cárcere é a exceção, não pode ser utilizado como uma resposta do Estado ao clamor popular, auxiliando, assim, na diminuição do número de presos cautelares, haja vista que as prisões provisórias serão uma última alternativa, pois poderá, caso se faça possível, ser imputadas outras medidas cautelares diversas a ela.

À vista que a Constituição Federal elevou o princípio da dignidade da pessoa e o devido processo legal ao patamar de fundamento constitucional, sendo, portanto, direitos fundamentais, ninguém poderá ser privado de sua liberdade, nem de seus bens, sem um julgamento justo, razoável e nos limites da lei. Nesse sentido, em observância aos direitos supracitados, as prisões cautelares, apesar de serem impostas antes do julgamento, estão de acordo com as formalidades exigidas pelo ordenamento jurídico.

Contudo, quando os prazos se estendem, os requisitos cessam e os agentes não são postos em liberdade, o encarceramento se torna abusivo, violando, assim, os dispositivos legais, haja vista que apesar das prisões preventivas serem consideradas constitucionais, mesmo sendo antes do trânsito em julgado, com elas o Estado não oferece ao detento e nem a sua família uma resposta definitiva, ocasionando o dever de indenizá-los caso haja uma demora ou algum dano sofrido.

Desse modo, o encarceramento ilegal ou além do prazo importa na infringência de direitos de quem se encontra sob a custódia do Estado, tanto por não respeitar determinações legais referentes ao tempo determinado para o cumprimento da prisão cautelar, quanto às condições precárias e, por vezes, desumanas em que os detentos ficam sujeitos. Assim, devido aos danos causados, de forma direta, o preso terá o direito de receber indenização por parte do poder

estatal, enquanto, quando impossibilitados, suas famílias, pela modalidade de dano em ricochete, serão devidamente indenizadas.

9 REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito Administrativo Esquematizado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BENJAMIN, Herman (ministro relator). STJ. Recurso especial: REsp 1695725 ES/2017 0194977-5. DJ: 16/11/2017, JusBrasil, 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/533527991/recurso-especial-resp-1695725-es-2017-0194977-5>. Acesso em: 29/03/2018.

BENJAMIN, Herman (ministro relator). STJ. Recurso especial: REsp1671569 SP 2017/0098132-0. DJ: 30/06/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/482799093/recurso-especial-resp-1671569-sp-2017-0098132-0>. Acesso em: 23 de Março de 2018.

BRAGA NETTO, Felipe. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRITTO, Ayres (ministro relator). STF. Repercussão geral no recurso extraordinário nº 580.252/MS – Mato Grosso do Sul. DJ: 17/02/2011. JusBrasil, 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629732/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-580252-ms-mato-grosso-do-sul?ref=juris-tabs>. Acesso em: 17 de Março de 2018.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 3071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 14/02/2018.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 14/02/2018.

_____. **Código Penal**. Decreto lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 20/02/2018.

_____ Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22/03/2018.

_____ **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30/03/2018.

_____ **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 20/02/2018.

_____ **Código de Processo Penal**. Lei nº 3.689/41. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 30/03/2018.

_____ **Lei nº 4.898/65**. Regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4898.htm. Acesso em: 30/03/2018.

CAPEZ, Fernando. **Processo Penal Simplificado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____ **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 06 de abril de 2018.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 38**. I Jornada de Direito Civil, 2002. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/699>. Acesso em: 29/10/2017.

_____ **Enunciado 445**. V jornada de direito civil, 2011. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>. Acesso em: 03/11/2017.

_____ **Enunciado 159**. III jornada de direito civil, 2004. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/274>. Acesso em: 04/11/2017.

_____ **Enunciado 444**. V jornada de direito civil, 2011. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362>. Acesso em: 05/11/2017.

_____ **Enunciado 446**. V jornada de direito civil, 2011. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/371>. Acesso em: 27/10/2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____ **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral, Volume 1**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

MAGALHÃES, Assusete (ministra relatora). STJ. Agravo interno no agravo em recurso especial: AgInt no AREsp 838382 SP 2016/0000132-1. DJ: 16/05/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465084930/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-838382-sp-2016-0000132-1>. Acesso em: 25/03/2018.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, volume 7: responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil Comentado**. 10. ed. São Paulo: Manole, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA NETO, Fernando Lopes e (desembargador relator). TJ-PI. Apelação civil: AC: 00039101320138180031 PI 20150001000903. DJ: 29/09/2015, JusBrasil, 2015. Disponível em: <https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/291950632/apelacao-civil-ac-39101320138180031-pi-201500010009031>. Acesso em: 30/03/2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Gen e Editora Método, 2015.

_____ **Manual de Direito Civil:** volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2017.

QUIRINO, Arnaldo. **Prisão Ilegal e Responsabilidade Civil do Estado.** São Paulo: Atlas, 1999.

STF. **Súmula 145.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2_119. Acesso em: 19 de março de 2018.

STF. **Informativo 854.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo854.htm>. Acesso em: 16 de abril de 2018.

STJ. **Súmula 9.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em: 24 de março de 2017.

STJ. **Súmula 227.** Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt. Acesso em: 04 de novembro de 2017.

STJ. **Súmula 403.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-403,25406.html>. Acesso em: 20 de março de 2017.