



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JAMILE ANTAR SAMPAIO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR PRISÃO
INDEVIDA**

Salvador
2015

JAMILE ANTAR SAMPAIO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR PRISÃO
INDEVIDA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Maurício Requião

Salvador
2015

ATA DE DEFESA ORAL DE MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Nesta data do mês de _____ do ano de dois mil e quinze, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaborahy 989 – em Salvador/Bahia, reuniu-se a banca examinadora para aferição da monografia de final de curso abaixo identificada. Os trabalhos foram iniciados sob a presidência. Os trabalhos foram iniciados sob a presidência do orientador e integrantes que passaram a arguir o aluno (a). A banca examinadora atribuiu ao graduando (a) as seguintes notas:

Aluno (a): JAMILE ANTAR SAMPAIO

Monografia: A responsabilidade civil do Estado por prisão indevida

Prof. Orientador: Maurício Requião

Nota: (_____) Assinatura _____

Membros da Banca:

1. Prof. _____

Nota: (_____) Assinatura _____

2. Prof. _____

Nota: (_____) Assinatura _____

Observações:

Salvador, ____ de _____ 2015

RESUMO

O trabalho realizado objetiva conhecer o posicionamento do Estado diante da prisão indevida, demonstrando a forma de responsabilização, fundamentada na legislação e por força dos princípios constitucionais. A liberdade é um direito fundamental e quando ela sofre privações revela o ônus que o indivíduo sofre perante a sociedade, além dos prejuízos decorrentes de uma prisão indevida, seja na prisão penal ou na custódia cautelar. Faz uma análise da responsabilidade do Judiciário e possibilita conhecer quando o magistrado pode ser responsabilizado pessoalmente; discute a soberania do Poder Judiciário e as circunstâncias em que o Estado pode ser responsabilizado objetivamente perante o erro judiciário. A privação da liberdade física de um indivíduo, quando injustamente aplicada, gera o direito de ser indenizado pelo Estado em decorrência dos danos sofridos, pois não pode ser concedido a ninguém privações injustas.

Palavras-chave: responsabilidade do Estado. Responsabilidade objetiva. Prisão indevida. Prisão cautelar. Prisão penal. Erro judiciário. Indenização.

ABSTRACT

The work aims to meet the state's position on the improper arrest, showing the form of accountability, based on the law and pursuant to constitutional principles. Freedom is a fundamental right and when it is deprived reveals the burden that the individual suffers in society, in addition to losses resulting from an improper arrest, whether in criminal imprisonment or protective custody. It is a judicial responsibility of analyzing and lets us know when the magistrate can be held personally liable; discussing the sovereignty of the judiciary and the circumstances in which the State can be held responsible objectively before the miscarriage of justice. The deprivation of physical liberty of an individual, when wrongly applied, generates a right to be indemnified by the State as a result of the damage, it can not be granted to anyone unjust deprivation.

Keywords: state responsibility. Strict liability. Improper arrest. Precautionary prison. Criminal prison. Miscarriage of justice. Compensation.

SUMARIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 RESPONSABILIDADE CIVIL	9
2.1 Conceito	9
2.2 Evolução histórica	10
2.3 Pressupostos da responsabilidade civil	12
2.3.1 Conduta	12
2.3.2 Dano	12
2.3.3 Nexo de causalidade	18
2.4 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	20
2.4.1 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva	20
2.4.2 Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual	26
2.5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO	28
3 A PRISÃO INDEVIDA	45
3.1 Elementos distintos entre a prisão penal e a prisão processual penal	50
3.2 Espécies de prisão processual e sua (I)legalidade	54
3.2.1 A prisão em flagrante	54
3.2.2 A prisão preventiva	57
3.2.3 A prisão temporária	61
4 INDENIZAÇÃO	63
4.1 Ocorrência de danos patrimoniais e extrapatrimoniais	65
4.2 Direito de regresso	70
5 CONCLUSÃO	75

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Este tema foi escolhido devido a sua relevância em relação a responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes públicos e do Poder Judiciário, pois, quando a prisão é indevida e uma pessoa inocente é confundida com um suposto delituoso, causa danos e sofrimento na vida desse particular. Por isto, o estudo foi realizado objetivando um maior entendimento na responsabilização do Estado em decorrência da prisão indevida.

O sofrimento causado pelo Estado quando um agente público cerceia a liberdade de uma pessoa inocente que foi confundida com um criminoso merece destaque por ser um assunto frequente no Judiciário e que fez o Estado ser responsabilizado civilmente por danos causados ao particular.

A abordagem desse tema tem uma importância significativa para o Direito, quando é demonstrado o tipo de responsabilização imputada ao Estado e aos agentes públicos que cometem o erro no momento em que privam uma pessoa inocente de sua liberdade. Pode contribuir também para o estudo quando demonstrada a amplitude das consequências causadas por esse ato, sendo de tamanha relevância o sofrimento causado injustamente à vítima e a sua família, além de prejudicar o relacionamento com a sociedade e com o ambiente profissional.

A responsabilidade a ser tratada é a responsabilidade extracontratual do Estado; a responsabilidade contratual não será objeto do estudo, mas será abordada com brevidade.

A responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva terão um enfoque mais aprofundado e serão relacionadas num breve contexto histórico. É de fundamental importância a abordagem da responsabilidade civil do Estado e do agente público, nas regras do direito brasileiro atual: responsabilidade objetiva do Estado e responsabilidade subjetiva do agente. E por fim a responsabilidade civil do Estado no âmbito do Poder Judiciário.

Observam-se neste trabalho os pressupostos necessários à responsabilização do Estado: a conduta, o nexo causal e o dano. O dano a ser analisado será o dano patrimonial e o extrapatrimonial. No dano extrapatrimonial, a análise do dano moral terá maior relevância.

No capítulo da prisão indevida, haverá a diferenciação entre as principais características da prisão penal e da prisão processual penal, o conceito de prisão e o princípio da inocência. As espécies de prisão processual, as suas legalidades e ilegalidades serão desenvolvidas no presente trabalho, demonstrando a importância da sua utilização como instrumento para a garantia do processo e do exercício do *jus puniendi* do Estado. Tendo em vista o caráter excepcional da custódia cautelar, é de fundamental importância agir dentro da legalidade ao seguir todos os requisitos estabelecidos na lei e evitar, entretanto, a sua utilização como forma de antecipação de punição estatal.

Por fim, será estudada a indenização decorrente dos prejuízos causados pelo Estado ao privar a liberdade de um inocente, seja na prisão penal seja na prisão cautelar. O dano tanto patrimonial quanto extrapatrimonial (dano moral e dano pessoal) será abordado, porém o dano moral terá maior destaque.

O direito de regresso também será estudado, pois, se o indivíduo for indenizado pelo Estado (responsabilidade objetiva), o Estado, posteriormente, se possível, poderá atribuir culpa ao agente causador do dano e, com a ação de regresso, reaver o valor despendido com a indenização da vítima. Nesse caso, a responsabilidade do agente será subjetiva.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Conceito

A palavra "responsabilidade" origina-se do latim *re-spondere*, que dá a ideia de segurança, garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado, tendo o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir (GONÇALVES, 2009, p. 18).

A noção jurídica de responsabilidade ocorre quando alguém causa um dano por ter atuado ilicitamente, violando uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), tendo como consequência do seu ato a obrigação de reparar. Para o Direito Privado, a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse particular, obrigando o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior da coisa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 51).

A responsabilidade civil é a segurança jurídica que o particular possui para defender seus interesses quando o seu patrimônio ou a sua moral sofrem ofensa de terceiros, sendo estes obrigados a reparar o dano, devolvendo o bem ofendido no seu estado original; não sendo possível, haverá uma compensação pecuniária ao ofendido com o objetivo de amenizar o dano causado, pois, muitas vezes não é possível recuperar o que foi perdido.

Responsabilidade civil é uma instituição que assegura direitos e um estuário para os insatisfeitos, os injustiçados e os que se prejudicam por comportamento dos outros. É resultado daquilo que não se comportou ou não ocorreu de acordo com a lei. A responsabilidade civil é uma consequência e não uma obrigação original. Toda vez que alguém sofre um dano físico ou moral, que for desrespeitado em seus direitos, lançará mão da responsabilidade civil para ser ressarcido, para ter o conflito retratado (STOCO, 2007, p. 112).

Responsabilidade civil é uma situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposos, de obrigação legal ou contratual, ou imposto por lei. A responsabilidade civil surge devido a um descumprimento obrigacional. O devedor pode deixar de cumprir o que foi estabelecido no contrato, como pode ignorar o sistema normativo regulamentador, ou seja, a responsabilidade civil nada mais é do que o dever de indenizar o dano (OLIVEIRA, p. 34, 2003).

A responsabilidade civil é aplicação de medidas que impõem a alguém uma obrigação de reparar um dano extrapatrimonial ou patrimonial causado a terceiros em razão de um ato próprio imputado, pela imposição legal, de pessoa por quem ele responde, ou de fato, de coisa ou animal sob sua guarda (DINIZ, 2011, p. 50).

Segundo Felipe P. Braga Netto (2008, p. 11):

A responsabilidade civil é uma tutela nitidamente repressiva. Por tutela repressiva, em direito civil, entendemos aquela que é posterior ao dano. Ou seja, aguarda a ocorrência do dano, para, só então, agir, buscando restaurar o estado anterior (*status quo ante*).

A responsabilidade civil está fundada no princípio do *leminem laedere*, que nos recomenda a agir de forma a não lesionar o direito de outrem. Quando o dano ocorre – seja moral, material ou estético –, busca-se compensar, ainda que parcialmente, o equilíbrio perdido. A responsabilidade civil é a obrigação de indenizar um dano injustamente causado (BRAGA NETTO, 2012, p. 19).

2.2 Evolução histórica

Nos primórdios da humanidade, não existiam regras para compensar o dano causado, a reação do ofendido era imediata, ele agia de forma brutal e instintiva, era uma reação contra o mal sofrido, chamada de vingança privada, uma reparação do mal pelo mal (GONÇALVES, 2009, p. 4).

É dessa visão do delito que parte o próprio Direito Romano, que toma tal manifestação natural e espontânea como premissa para, regulando-a, intervir na sociedade para permiti-la ou excluí-la quando sem justificativa. Trata-se da Pena de Talião, da qual se encontram traços na Lei das XII Tábuas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 54).

O instituto foi evoluindo e a Pena de Talião, do "olho por olho, dente por dente", foi sendo evitada, a vítima percebe que existe uma vantagem na compensação econômica e a vingança passa a ser substituída pela composição, a critério da vítima, como forma de reintegração do dano sofrido (GONÇALVES, 2009, p. 4).

Num estágio mais avançado, o legislador veda a vítima em fazer justiça com as próprias mãos e a composição econômica deixa de ser voluntária, tornando-se obrigatória. O Estado assume a função de punir, surgindo a ação de indenização. É na Lei Aquília que surge o princípio geral regulador de reparação do dano e a

concepção de culpa e dolo passa a ser tratada de uma forma imprescindível como requisito essencial para o surgimento do dever de reparar o dano. Nessa época começa a existir uma dissociação entre responsabilidade civil e responsabilidade penal (GONÇALVES, 2009, p. 5).

A inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana foi de encontro ao objetivismo excessivo do direito primitivo e lentamente foi substituindo a concepção de pena pela ideia de reparação do dano sofrido (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 56).

Segundo José Carvalho Filho (2014, p. 553):

A responsabilidade civil tem como pressuposto o dano (ou prejuízo). Significa dizer que o sujeito só é civilmente responsável se sua conduta, ou outro fato, provocar dano a terceiro. Sem dano inexistente responsabilidade civil.

Com o progresso da sociedade, novas necessidades foram surgindo. Com a Revolução Industrial a organização do Estado foi sendo alterada e este passou a intervir mais intensamente na vida privada.

A Revolução Industrial fez aumentar a capacidade produtiva do ser humano, pois, a produção que antes era manual, artesanal, pertencente a um núcleo familiar ou a um número pequeno de pessoas, passou a ser em massa para atender as necessidades decorrentes do crescimento demográfico, gerando o dano em série (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 4).

Surgem novas teorias relacionadas à proteção das vítimas da Revolução Industrial e a teoria do risco ganhou destaque, sem substituir a teoria da culpa. A teoria do risco defende que a concepção tradicional não era suficiente para a proteção da vítima. Então, a responsabilidade passou a ser vista sob o aspecto objetivo: o operário, a vítima de acidente de trabalho, tem sempre direito à indenização, independentemente de culpa. O patrão indeniza porque é dono dos instrumentos de trabalho que provocou o dano (GONÇALVES, 2009, p. 6).

O número de acidentes com maquinários na Revolução Industrial crescia numa proporção muito grande e gerava uma dificuldade em conseguir provar a culpa dos empregadores, dessa forma, começava a surgir a ideia da responsabilidade independente da culpa.

2.3 Pressupostos da responsabilidade civil

Os pressupostos da responsabilidade civil são: conduta humana (ação ou omissão); culpa ou dolo do agente; relação de causalidade e dano sofrido pela vítima. Entretanto, hoje se admite e prioriza a ideia de responsabilidade civil sem culpa, ou seja, na responsabilidade civil objetiva não podemos aceitar a culpa ou o dolo do agente como pressuposto ou elemento essencial da responsabilidade civil.

Hoje, com a evolução do Direito Civil, já não se admite a concepção de que a responsabilidade civil está sempre interligada à culpa. A responsabilidade civil tanto pode se basear na culpa quanto no risco. Vão existir situações em que a culpa não vai ser suficiente para reparar um dano e a teoria do risco se encaixa nos casos em que investigar a culpa não será o bastante para reparar o prejuízo sofrido pelo lesado, é a chamada responsabilidade civil objetiva.

Os pressupostos estudados vão ser os relacionados a responsabilidade civil objetiva, portanto, a atenção se voltará para a conduta humana, a relação de causalidade e o dano sofrido pela vítima.

2.3.1 Conduta

A conduta é um ato humano, comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, voluntário e objetivamente imputável ao agente, a terceira pessoa pela qual se é responsável. A conduta omissiva tem natureza normativa, atribui-se sua responsabilidade pela não prática de um certo ato que deveria realizar. A conduta deve ser voluntária no sentido de ser controlável pela vontade do homem. A imputabilidade é a possibilidade de conferir a determinada pessoa a prática de uma conduta, sendo relevante que ela tenha agido com consciência e voluntariedade quando um ato positivo ou uma omissão advier de uma vontade livre e capaz, ou seja, o agente deve ter capacidade de discernimento e de autodeterminação (SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 23-24).

2.3.2 Dano

Um dos pilares do moderno Direito Constitucional é a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem jurídica, que a lesão aos bens jurídicos de terceiros acarreta para o autor do dano a obrigação de repará-lo (MELLO, 2013, p. 879).

Dano é o prejuízo, de natureza individual ou coletiva, econômico ou não econômico, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada. O dano não resulta necessariamente da violação de uma norma jurídica; tal violação pode ou não ocasionar danos. Só se terá responsabilidade civil quando existir um dano resultante de uma lesão antijurídica decorrente de um ato ou fato antijurídico. Mas existem casos especiais que podem ter danos reparáveis resultantes de atos justificáveis, ou seja, são atos praticados em situações em que seria inexigível outro comportamento (NORONHA, 2013, p. 498).

A ocorrência de um dano, moral ou patrimonial, é o segundo pressuposto da responsabilidade, pois não pode haver responsabilidade civil sem dano. O dano deve ser certo, atual ou futuro, deve atingir um bem ou interesse jurídico tutelado por nosso ordenamento para ser indenizável. Assim, a prova real e concreta da lesão ao bem ou interesse juridicamente protegido é indispensável. O dano tem que ser ilegítimo, ou seja, o titular que sofreu a lesão não possui o dever jurídico de suportá-lo. Pode-se considerar dano como a diminuição ou destruição de um bem jurídico patrimonial ou moral pertencente a uma pessoa (SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 26).

Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 93) conceitua dano como lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado de qualquer natureza, pode ser bem patrimonial ou bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, sua imagem, sua liberdade, etc.

É indispensável a existência de dano ou prejuízo para a configuração da responsabilidade civil. O dano indenizável deve ser certo, atual ou futuro. O dano pode atingir o patrimônio atual do indivíduo, quando ocorre a imediata redução, ou pode atingir seu patrimônio futuro, quando deixa de ganhar benefícios a que teria direito. Desse modo, a indenização deve abranger o que o lesado perdeu e o que deixou de ganhar, incluindo juros, correção monetária, honorários advocatícios e outras despesas necessárias ao processo (ARAÚJO, 2009, p. 769).

A lesão pode consistir num prejuízo patrimonial, quando este for econômico: em efetiva diminuição do valor do patrimônio (dano emergente) ou na frustração de um acréscimo patrimonial esperado (lucro cessante); ou pode reportar-se a valores insusceptíveis de avaliação pecuniária: no primeiro caso têm-se danos patrimoniais;

no segundo, eles serão extrapatrimoniais, também chamados de dano moral (NORONHA, 2013, p. 498).

O dano também pode ser contratual ou extracontratual ou aquiliano. O dano contratual consiste no inadimplemento de um dever contratual, enquanto o dano extracontratual ou aquiliano decorre de uma violação à lei ou a um princípio geral do direito (SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 28).

O artigo 402 do Código Civil estabelece, ao preceituar que: "Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar".

Maria Helena Diniz (2011, p. 79) afirma que o dano individual constitui lesão a patrimônio (dano patrimonial), lesão a direito da personalidade (dano moral) e ainda o dano social (pode ser patrimonial ou moral), que alcança toda a sociedade, podendo gerar uma insegurança, intranquilidade ou redução da qualidade de vida da população. Ou seja, coletividade também é atingida quando o dano patrimonial ou moral é imputado a alguém.

O dano patrimonial é aquele dano que atingiu um bem físico, de valor mensurável, a reparação pode ser feita por meio de reposição natural. O dano moral é diferente, a honra violada não tem como ser restituída à situação anterior. A reparação nas duas situações resulta no pagamento de uma soma pecuniária para que o lesado seja compensado pelo prejuízo sofrido, minimizando as consequências da lesão (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 101-102).

A responsabilização civil por danos materiais se orienta a eliminar os efeitos patrimoniais nocivos produzidos pelo evento danoso. Isso significa o dever de restabelecer a situação ao estado em que se encontrava antes do dano, ou, não sendo possível, indenizar perdas e danos, o que abrange os danos emergentes e os lucros cessantes (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1355).

O dano material, não sendo possível o retorno ao *status quo ante*, é indenizado pelo equivalente em dinheiro, enquanto o dano moral, por não ter equivalência patrimonial, é compensado com um valor convencional. Caracteriza-se como um afago, um agrado ou uma compensação à vítima para que esqueça

mais rapidamente os aborrecimentos e os males da alma que suportou (STOCO, 2007, p. 128).

O atual ordenamento jurídico, em vigor desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, garante tutela especial e privilegiada a toda pessoa humana, em suas relações extrapatrimoniais, ao estabelecer como princípio fundamental, ao lado da soberania e da cidadania, a dignidade humana. Com isso, como regra geral, pode-se dizer que nas relações privadas conflituosas entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial a primeira deverá prevalecer, pois os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana têm valor superior no sistema (MORAIS, 2003, p. 120).

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade, com isso, aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Não é também qualquer dissabor banal da vida que pode acarretar a indenização. É importante observar o critério objetivo do homem médio, ou seja, não levar em conta o psiquismo do homem extremamente sensível, que se aborrece com fatos contínuos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino (VENOSA, 2006, p. 36).

O dano moral em sentido amplo é uma agressão a um bem da personalidade e, em sentido estrito, é agressão à dignidade humana. Deve-se reputar ao dano moral a dor, o vexame, sofrimento ou humilhação que interfiram intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, tendo como consequência um desequilíbrio no seu bem estar em decorrência das aflições e angústias (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 111).

Felipe P. Braga Netto (2008, p. 26-27) assegura que na jurisprudência existem duas posições em relação ao dano moral: uma defende a ocorrência do dano moral quando existe lesão à personalidade moral do ser humano - é imprescindível algo substancialmente grave para atingir os direitos da personalidade; a outra posição defende que o aborrecimento, desde que gere transtornos consideráveis, seria indenizável como danos morais, ainda que não agridam a chamada personalidade moral do ser humano.

O dano psíquico é modalidade inserida na categoria de danos morais para efeitos de indenização. O dano psicológico pressupõe modificação de personalidade, com sintomas palpáveis, inibições, depressões, bloqueios, etc. O dano moral, em sentido lato, não abrange somente os danos psicológicos; não se traduz unicamente por uma variação psíquica, mas também pela dor ou pelo padecimento moral, que não aflora em outro sintoma. A dor moral insere-se no amplo campo da teoria dos valores. Desse modo, o dano moral é indenizável, ainda que não resulte em alterações psíquicas, o desconforto anormal decorrente de conduta do ofensor é indenizável (VENOSA, 2006, p, 38).

A experiência jurídica brasileira, pela própria ausência de definição ou limite legislativo, vem sendo, diante do reconhecimento dos danos extrapatrimoniais, obrigada a fechar-se gradativamente, em busca de uma noção menos abrangente de dano ressarcível, que permita a seleção dos interesses merecedores de tutela indenizatória (SCHREIBER, 2013, p. 109).

O dano moral pode ser direto ou indireto. O dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial, contido nos direitos da personalidade, como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem, etc., ou nos atributos da pessoa, como o nome, a capacidade, o estado de família. O dano moral indireto deriva de uma lesão patrimonial, com reflexos na esfera moral do indivíduo (SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 29).

Demonstrar o dano moral é muito mais complexo quando comparado à caracterização do dano material, porque é difícil estabelecer os contornos e prejuízos. A personalidade pode ser entendida como componente dos direitos fundamentais da pessoa, como a vida, a integridade física, os sentimentos, a honra, a liberdade. Existem danos que atingem apenas a imagem social da pessoa, a extensão social, e outros afetam a parte psíquica da vítima (OLIVEIRA, 2003, p. 32).

Para que um dano seja efetivamente reparável ou compensável é necessária a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa e a certeza do dano, pois somente o dano certo e efetivo é indenizável. O fato de não poder apresentar um critério preciso, para que seja mensurado economicamente o prejuízo causado à vítima, não significa que o dano não seja certo. Pode-se verificar essa situação quando a calúnia causa dano certo à honra da

vítima, não se podendo mensurar quanto vale o sentimento de dignidade, ou, no caso de dano patrimonial, em relação ao lucro cessante (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 84-85).

A prova do dano moral, por se tratar de aspecto imaterial, deve ser mensurada com pressupostos distintos do dano material. Não há como, regra geral, avaliar por testemunhas ou mensurar em perícia a dor pela morte, pela agressão moral, pelo desconforto anormal ou pelo desprestígio social. A razão da indenização do dano moral reside na própria conduta do ofensor. Deverá ser levada em conta, também, para estabelecer o montante da indenização, a condição social e econômica dos envolvidos. O sentido indenizatório será mais amplamente alcançado à medida que economicamente fizer algum sentido tanto para o causador do dano como para a vítima (VENOSA, 2006, p. 38).

O dano moral tem duas funções, serve para compensar a vítima e punir o agressor. A jurisprudência no Brasil vem aplicando de forma significativa a função punitiva, embora encontre oposição de parcela da doutrina. Se a conduta do agressor revela pouca consideração para os valores mínimos de convivência social, pouco apreço à pessoa humana ou um potencial danoso para a sociedade, é possível a imposição da indenização punitiva. A função punitiva, podendo também ser pedagógica, tem como objetivo exercer uma pressão psicológica contra o agressor, para não haver reincidência ou contra eventuais agressores futuros, tendo como objetivo uma prevenção geral da conduta danosa (BRAGA NETTO, 2008, p. 63).

Uma das principais funções da responsabilidade civil, atualmente, é a prevenção dos danos. O direito no século XXI não se satisfaz apenas com a reparação dos danos. Mais importante do que tentar reparar, sempre imperfeitamente, os danos sofridos, a tutela mais adequada, e mais conforme à Constituição, é a tutela preventiva, que busca evitar que os danos ocorram ou continuem a ocorrer. Restabelecer a situação anterior ao dano é importantíssimo, é uma das funções da justiça, mas também é de fundamental importância prevenir lesões ao invés de esperar que elas ocorram para só depois agir. A responsabilidade civil no que se refere ao dano moral traz hoje a função preventiva como algo relevante a sua configuração, podendo assumir, em determinados casos, uma função pedagógica (BRAGA NETTO, 2012, p. 50).

No dano moral, quando a lei não estabelece os critérios de reparação, a compensação pela ofensa não deve ser fonte de enriquecimento sem causa para quem recebe, nem causa de ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão pequena que não sirva de punição e desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua para a superação do agravo recebido (STOCO, 2007, p. 128).

2.3.3 Nexo de causalidade

No direito brasileiro, tanto na responsabilidade civil objetiva quanto na responsabilidade civil subjetiva, o dever de reparar depende da presença do nexos causal entre o ato culposo ou a atividade objetivamente considerada e o dano a ser demonstrado em princípio por quem alega (TEPEDINO, 2001, p. 3).

O nexos de causalidade é o vínculo que liga o dano à conduta ou à atividade explorada pelo agente. A responsabilidade civil não pode existir sem a relação de causalidade, sendo que a prova de tal pressuposto está a cargo do autor da demanda indenizatória. Na responsabilidade objetiva, basta estar presente o vínculo causal entre o fato lesivo decorrente da atividade de risco explorada pelo agente e o dano injusto para exsurgir o dever de indenizar. Na responsabilidade subjetiva, a prova do dano indenizável, da conduta imputável ao responsável e do nexos causal entre ambos se acresce a caracterização da culpa (SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 31).

Qualquer que seja a espécie de responsabilidade civil sob análise – objetiva ou subjetiva, por ato próprio ou ato de outrem, regida pelo Código Civil ou pelo Código de Defesa do Consumidor – tem-se que defrontar com a questão do nexos causal. O nexos causal há de estar presente, mesmo na responsabilidade objetiva. O STJ explicitamente reconheceu que a teoria adotada no Brasil, em relação ao nexos causal, é a teoria do dano direto e imediato, também chamada teoria da interrupção do nexos causal (BRAGA NETTO, 2012, p. 170).

É necessária a verificação do nexos causal entre o dano e a conduta do agente, de modo que a exclusão do dever de indenização do Estado pode ser declarada sempre que houver fatores aptos a romper essa relação de causalidade (ANDRADE, 1996, p. 184).

O caso fortuito e a força maior são excludentes do nexo causal, assim como a culpa exclusiva da vítima. No caso fortuito e na força maior, inexistente relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso. Na culpa exclusiva da vítima, também não aflora o dever de indenizar, porque se rompe o nexo causal (VENOSA, 2006, p. 42).

O conceito de nexo causal é flexibilizado, com vistas a permitir a efetivação do princípio da reparação integral. Em face dos princípios constitucionais, não é mais possível exigir da vítima, diante de certas circunstâncias, a prova cabal e absoluta da relação de causalidade. Assim, embora o nexo causal constitua, tal qual o dano, um dos elementos da responsabilidade civil, exige-se, com fundamento na nova ordem constitucional, que em certas situações o liame causal seja até presumido. Esse é o grande problema do nexo causal na atualidade (MAEDA, 2011, p. 2).

O conceito de nexo causal, nos últimos tempos, tornou-se mais flexível, com vista a possibilitar uma maior proteção à vítima do dano injusto. À luz dos princípios constitucionais, nos casos em que a prova do nexo causal se torna muito difícil, não se exige mais a demonstração cabal da relação de causalidade, para que se configure a obrigação de indenizar. A necessidade cede lugar à probabilidade. Em certas hipóteses, a prova do nexo de causalidade não precisa ser necessariamente direta, mas pode ser feita por meio de presunções, tornando-se mais efetivo o ressarcimento do dano (CRUZ, 2005, p. 260-261).

Verificando-se a impossibilidade de resolver em termos mais ou menos científicos o problema da causalidade, os juristas passaram a procurar encará-lo em termos mais flexíveis e práticos. Afinal nem a alusão a efeitos diretos e imediatos, nem a efeitos necessários, bastava para caracterizar o nexo de causalidade que o jurista deve apurar. Desse modo, busca resolver o problema em termos de razoabilidade e previsibilidade do dano. Parte da observação daquilo que comumente acontece na vida e afirma que uma condição deve ser considerada causa de um dano, quando, segundo o curso normal das coisas, poderia ocorrer. Essa condição seria a causa adequada do dano; as demais condições seriam circunstâncias não causais (NORONHA, 2003, p. 64-65).

Para provar o nexo de causalidade, um dos pressupostos da responsabilidade civil, o lesado não é obrigado a fazer sempre a prova de que o

dano sofrido era uma consequência inevitável do fato do lesante; em princípio, bastará que ele faça prova de que não teria sofrido o dano, se não fosse o fato daquele e de que tal fato pode ser considerado, em geral, causa adequada do dano verificado, por ainda ser normalmente previsível que este pudesse ocorrer, mesmo que não fosse provável que isso viesse a suceder. Se o lesante praticou um fato suscetível de causar o dano, ou se esse fato aconteceu dentro da sua esfera de risco, sobre ele deve recair o ônus de provar que, apesar da condicionalidade, não houve adequação entre tal fato e dano (NORONHA, 2013, p. 638).

2.4 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A doutrina costuma classificar a responsabilidade civil em razão da culpa e da natureza jurídica da norma violada. No primeiro caso, a responsabilidade civil pode ser objetiva, quando é dispensável a ideia de culpa, não sendo pressuposto necessário para reparar o dano. E na responsabilidade civil subjetiva, a culpa é elemento fundamental para que um dano seja indenizável.

Em relação à natureza jurídica da norma violada, ela pode ser dividida em responsabilidade contratual e extracontratual.

2.4.1 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva

A responsabilidade subjetiva é a obrigação de reparar danos causados por ações ou omissões dolosas, ou seja, intencionais; ou culposas, isto é, negligentes, imprudentes ou imperitas, que violem direitos alheios. É ela que constitui o regime-regra da responsabilidade civil, de acordo com o artigo 927, *caput*, do Código Civil: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo." Essa responsabilidade nasce de atos ilícitos, que são ações ofensivas de direitos alheios, proibidas pela ordem jurídica e imputáveis a uma pessoa de quem se possa afirmar ter procedido culposamente, ou mesmo de forma intencional (NORONHA, 2013, p. 508).

A responsabilidade civil objetiva ganha uma posição de destaque no novo Código Civil, refletindo as mudanças da sociedade moderna, com os seus avanços tecnológicos, em que os riscos das atividades desempenhadas são cada vez mais frequentes. A busca de proveitos econômicos decorrentes das atividades de risco é potencialmente danosa.

O dano é presença certa na responsabilidade civil, não há responsabilidade civil sem dano, ainda que ele possa assumir formas diferenciadas. A prova da culpa pode ser necessária ou não, vai depender da modalidade da responsabilidade. Se fundada na cláusula geral do artigo 186 do Código Civil, é fundamental a sua prova para que o sujeito seja indenizável. Se a responsabilidade for objetiva, apenas o dano e o nexo de causalidade precisam ser provados. Se a culpa for presumida, o ônus da prova se inverte, cabendo ao autor do dano provar que não agiu culposamente, podendo se eximir do dever de reparar, caso consiga fazer tal prova (BRAGA NETTO, 2008, p. 58).

Existem três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, relacionados com o artigo 186 do Código Civil. No caso de ato ilícito há um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 33).

A responsabilidade subjetiva tem como pressuposto o elemento culpa. Em sentido amplo, a culpa advém da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, com observância na paz social. Se o agente atuou com dolo, a violação foi proposital; se a conduta decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a atuação é culposa, em sentido estrito (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 177-178).

Segundo Maria Helena Diniz (2011, p. 57):

No nosso ordenamento jurídico vigora a regra geral de que o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente. O comportamento do agente será reprovado ou censurado quando, ante circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente.

De acordo com o princípio da culpa, só deveria haver obrigação de reparar danos quando o agente causador tivesse procedido de forma censurável, isto é, quando fosse exigível dele um comportamento diverso. Ou seja, ele só deveria ser obrigado a indenizar quando tivesse procedido com culpa ou dolo (NORONHA, 2013, p. 457).

A responsabilidade subjetiva constitui regra geral em nosso ordenamento jurídico, baseado na teoria da culpa. Dessa forma, para que o agente indenize, para

que responda civilmente, é necessária a comprovação da sua culpa genérica, que inclui o dolo e a culpa em sentido restrito (TARTUCE, 2012, p. 457-458).

O Código Civil atual prevê uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva. O artigo 186 do Código Civil de 2002 define ato ilícito como sendo “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Com isso, pode-se observar que a culpa é relevante para a responsabilização do ato praticado pelo agente e surge desse modo, a obrigação de reparar o dano, mas existem fatos que são analisados independentemente da culpa e o legislador, diante desses casos especiais, impõe a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa.

Alguns fatos serão geradores de responsabilidade subjetiva, enquanto outros produzirão responsabilidade objetiva. Os primeiros são os atos ilícitos, enquanto outros decorrem de fatos variados: atos objetivamente ilícitos praticados por inimputáveis, certos acontecimentos naturais lesivos, ligados à atividade desenvolvida por outra pessoa, e até atos justificados, quando atingem terceira pessoa, diversa daquela que criou a situação implicativa da necessidade de intervenção (NORONHA, 2002, p. 40).

Para aplicar o artigo 186, não é suficiente que se tenha violado um direito, ou que se tenha causado dano, ou que se tenham feito as duas coisas. Será necessário que as tenha feito por meio de “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência.” O que o artigo dispõe é que, se alguém causar dano a outrem de forma culposa ou dolosa, este alguém cometeu ato ilícito (JORDÃO, 2009, p. 283).

Observam-se no Código Civil de 2002 dois importantes artigos correspondentes com a responsabilidade objetiva, são eles: o artigo 927, parágrafo único, que está relacionado com a teoria do risco, e o artigo 187, que está relacionado com o abuso de direito.

Sem abandonar a regra geral, o Código Civil de 2002, no parágrafo único do seu artigo 927, estabelece que: “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”.

Enquadra-se no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil toda atividade que contenha risco inerente à própria natureza da atividade, à sua qualidade ou a seu modo de realizá-la, de tal forma que não se possa exercer essa atividade sem enfrentar certo risco, excepcional ou não. Pela teoria do risco ou risco da atividade, todo aquele que se disponha a exercer atividade empresarial ou profissional tem o dever de responder pelos riscos que ela possa expor a insegurança e incolumidade de terceiros, independentemente de culpa. Esse artigo é uma norma aberta de responsabilidade objetiva, que transfere para a doutrina e jurisprudência a conceituação da atividade de risco no caso concreto. Não há, a priori, como especificar exhaustivamente quais são as atividades de risco, mas pode-se adotar o critério do risco inerente como elemento orientador (CAVALIERI FILHO, 2013, p. 537-538).

A inovação do artigo 927 do Código Civil é significativa e sem dúvida representa um avanço em matéria de responsabilidade civil. A admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para os direitos de outrem possibilitará ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável (GONÇALVES, 2014, p. 61).

O escopo do parágrafo único do artigo 927 é impor responsabilização com base no elevado risco produzido por certa atividade, o que não se verifica em quaisquer espécies de prestação de serviços, mas apenas naquelas hipóteses em que houver uma alta possibilidade do dano (SCHREIBER, 2013, p. 25).

De acordo com o princípio do risco, ninguém poderia ser obrigado a suportar danos incidentes sobre a sua pessoa ou sobre o seu patrimônio, desde que tivessem sido causados por outrem, ainda que sem qualquer culpa ou que tivessem simplesmente acontecido em conexão com certas atividades desenvolvidas por outra pessoa. Esses danos deveriam ficar a cargo do respectivo causador ou da pessoa que desenvolvia a atividade, sem a necessidade de verificar culpa ou dolo. Cada pessoa tem uma esfera jurídica que deve ser tutelada, desse modo, todos nós temos o direito de não ser afetado por atuações de outras pessoas, ainda que estas procedam com todas as cautelas exigíveis. Os riscos de cada atividade devem ficar com a pessoa que a realiza (NORONHA, 2013, p. 457-458).

Na fase da responsabilidade civil de pós-modernidade o que se leva em conta é a potencialidade de se ocasionar danos, ou seja, é a atividade ou conduta

do agente que resulta por si só na exposição a um perigo. Leva-se em conta o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza e pela natureza dos meios adotados. A teoria da responsabilidade civil objetiva demonstra o avanço da responsabilidade civil nos séculos XIX e XX. Foram repensados e reestruturados muitos dogmas, a partir da noção que só havia responsabilidade com culpa. O âmbito da responsabilidade sem culpa tem um aumento significativo em vários segmentos dos fatos sociais, desse modo, nota-se a amplitude permitida pelo artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, acima transcrito (VENOSA, 2008, p. 38-39).

Em diversas situações denominadas comumente de responsabilidade civil objetiva, não há qualquer ilicitude na conduta do agente. Ao contrário, traduz-se em verdadeira conduta lícita, mas, mesmo assim, se houver dano, nasce dessa conduta lícita, em razão do seu risco, o dever de indenizar (RODOVALHO, 2014, p. 355).

Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 59-60) afirmam existir uma regra geral dual de responsabilidade civil, em que se tem a responsabilidade subjetiva, regra geral que prevalecia no sistema anterior, coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente quando existe uma atividade de risco desempenhada pelo autor do dano.

Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 7) entende que atividade de risco está classificada de acordo com a natureza da atividade, referente a sua qualidade e seu modo de realizá-la, não podendo ser exercida sem oferecer riscos. Com isso, o agente que se submete ao risco da atividade e expõe a segurança de terceiros deve responder independentemente de culpa.

De acordo com a responsabilidade objetiva, aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes. Essa responsabilidade tem como fundamento a atividade exercida pelo agente, pelo perigo que pode causar dano à vida, à saúde ou a outros bens, criando risco de dano para terceiros. Logo, todo aquele que desenvolve atividade lícita que possa gerar perigo para outrem deverá responder pelo risco, exonerando-se a vítima de provar a culpa, ela apenas prova o nexo causal (DINIZ, 2011, p. 68-69).

A teoria do risco aparece na história do Direito com base no exercício de uma atividade, dentro da ideia de que quem exerce determinada atividade e tira proveito direto ou indireto dela responde pelos danos que essa atividade causar,

independentemente de culpa. O princípio da responsabilidade sem culpa firma-se em um princípio de equidade, ou seja, quem auferir os proveitos de uma situação deve também suportar os incômodos. O exercício de uma atividade que possa representar um risco obriga por si só a indenizar os danos causados por ela (VENOSA, 2008, p. 41).

O artigo 187 do Código Civil de 2002 que trata do abuso de direito, prevê: "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".

É certo que o ordenamento jurídico brasileiro prevê a responsabilidade objetiva para os danos decorrentes do abuso de direito (JORDÃO, 2009, p. 284).

O fundamento principal do abuso de direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina. O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-o em ato substancialmente ilícito (CAVALIERI FILHO, 2013, p. 537).

A teoria da culpa já não era suficiente para solucionar todas as hipóteses que apareciam. Como a vítima necessita de uma proteção maior, nasce a culpa presumida, assim, inverte-se o ônus da prova, com o objetivo de solucionar a dificuldade daquele que sofreu o dano, sendo difícil demonstrar a culpa do autor da ação ou omissão, o qual gerou o prejuízo. Então, desconsidera a culpa como elemento indispensável, nos casos expressos em lei, surgindo a responsabilidade objetiva, quando não é relevante saber se o ato é culpável (STOCO, 2007, p. 157).

As presunções de culpa foram passando, por meio da atuação jurisprudencial, de presunções relativas para presunções absolutas, de tal modo que o juiz, ao final, já presumia de forma tão definitiva a culpa do ofensor que a dispensava para fins de responsabilização. Por toda parte, as presunções de culpa vêm sendo empregadas de forma cada vez mais abrangente e rigorosa, de modo a reduzir ao máximo a importância da culpa, alcançando a responsabilização objetiva (SCHREIBER, 2013, p. 31-32).

Na responsabilidade objetiva, como regra geral, leva-se em conta o dano, em detrimento do dolo ou da culpa. Dessa maneira, basta a ocorrência do dano e do nexo causal, dispensando-se da prova da culpa (VENOSA, 2006, p. 15).

Com a relativa perda da importância da culpa e do nexo causal como obstáculo ao ressarcimento dos danos sofridos, um maior número de pretensões indenizatórias passou, gradativamente, a ser acolhido pelo Poder Judiciário. Em outros tempos, não se aceitavam ações judiciais providas sem demonstração de culpa ou nexo causal, deixando a vítima sem qualquer forma de compensação, hoje, emitem provimentos jurisdicionais favoráveis em virtude de uma manipulação mais flexível. Essa flexibilização indica uma alteração gradativa e eminentemente jurisprudencial na estrutura da responsabilidade civil, quando valora a função compensatória e a crescente necessidade de assistir a vítima. Nesse contexto, os pressupostos da responsabilidade civil relacionados à imputação do dever de indenizar (culpa e nexo causal) perdem relevância em face do dano (SCHREIBER, 2013, p. 83).

A responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que a autorize no julgamento do caso concreto, na forma facultada pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. Portanto, na ausência de lei expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois esta é ainda a regra geral no Direito brasileiro (VENOSA, 2008, p. 40).

O objetivo da responsabilidade civil é reparar o dano sofrido pela vítima. Apesar das diferentes classificações da responsabilidade civil, é interessante buscar um equilíbrio entre elas para solucionar os conflitos existentes, reparando o dano sofrido pela vítima da melhor forma possível.

2.4.2 Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual

O dano moral é indenizável, pouco importa se a origem da relação entre o ofensor e a vítima é ou não um contrato. O inadimplemento do contrato gera consequências financeiras de ordem patrimonial, não precisando ser provadas, basta a prova do não cumprimento contratual para resultar em perdas e danos. Os danos morais no inadimplemento contratual não acontecem de forma automática

como nos danos patrimoniais, a vítima precisa provar as circunstâncias do caso para estabelecer a configuração (BRAGA NETTO, 2008, p. 47).

O mero inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico, por si só, não agride a dignidade humana e por isso não deve configurar o dano moral. Diferente seria se o inadimplemento contratual causasse aborrecimento em decorrência da perda patrimonial e se isso vier a atingir a dignidade do lesado o dano moral pode ser configurado (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 112).

Tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual, com frequência, se interligam, ou seja, quem viola um dever de conduta, com ou sem negócio jurídico, pode ser obrigado a ressarcir o dano. O dever violado será o ponto de partida, não importando se dentro ou fora de uma relação contratual (VENOSA, 2006, p. 18).

O comportamento por dolo ou culpa pode contrariar um dever geral do ordenamento jurídico, caracterizando a responsabilidade extracontratual; ou pode contrariar uma obrigação em concreto quando há o inadimplemento de uma obrigação ou um contrato, caracterizando a responsabilidade contratual. O ilícito é como fato gerador da responsabilidade, para que haja ato ilícito é necessária a existência de uma ação, a violação da ordem jurídica, a imputabilidade, a penetração na esfera de outrem. Desse modo, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause um dano à vítima, pela ofensa a bem ou direito dela. (STOCO, 2007, p. 127).

A responsabilidade extracontratual decorre de um ato ilícito praticado pelo agente infrator, causando prejuízo quando um dispositivo legal é violado. Já na responsabilidade contratual, as partes envolvidas estão vinculadas a uma norma jurídica contratual e quando existe um descumprimento das obrigações estabelecidas no contrato o dano é caracterizado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 61).

Na responsabilidade contratual existe uma relação jurídica preexistente entre as partes, existe um dever jurídico previsto no contrato e sua violação gera inadimplemento ou ilícito contratual, pois a norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever de cada um deles. Na responsabilidade

extracontratual o dever jurídico vai estar previsto na lei e na ordem jurídica, não no contrato (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 33).

A responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana decorre de violação legal sem que haja vínculo contratual entre o autor do dano e a vítima. Como regra, funda-se na culpa que deverá ser demonstrada para a obtenção da reparação do dano sofrido. Poderá também caracterizar a responsabilidade sem culpa, baseada na ideia do risco (DINIZ, 2011, p. 465).

2.5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO

Diogenes Gasparini (2010, p. 1000) conceitua responsabilidade civil do Estado como "a obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável".

Responsabilidade civil do Estado é a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las (MEIRELLES, 2013, p. 724).

A responsabilidade civil do Estado consiste no dever de compensar os danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1324).

Antigamente, no Estado absolutista, quando um agente público causava um prejuízo ao administrado, a ação indenizatória era proposta contra o autor do dano, o Estado se mantinha distante do problema e não era responsabilizado de forma alguma. Acontecia que a vítima não era ressarcida, pois, na maioria das vezes, o agente era insolvente e a ação indenizatória quase sempre resultava frustrada (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 283).

Com a evolução histórica, houve a ocorrência de diversas teorias e a irresponsabilidade do Estado foi perdendo força. Hoje, há uma ampla responsabilidade dos danos causados pelo Estado e faz progressivas conquistas.

A teoria do risco administrativo foi acolhida como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, pois condicionou a responsabilidade

objetiva do poder público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, nos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 291).

Segundo Rui Stoco (2007, p. 129):

O exercício da atividade perigosa, por força da teoria do risco, conduz à obrigação de reparar, independentemente da sua qualificação jurídica no plano subjetivo, pois basta a ação ou omissão causadora do perigo e que conduza ao dano, ligada a esse resultado, para que surja o dever de reparar.

Acarretam responsabilidade civil do Estado não só os danos produzidos no próprio exercício da atividade pública do agente, mas também aqueles que só puderem ser produzidos se o agente prevalecer na condição de agente público. Não importará, para efeitos de responsabilidade estatal, estabelecer se o agente atuou culposa ou dolosamente. O que importará é saber se a sua qualidade de agente público foi determinante para conduta lesiva (MELLO, 2013, p. 892).

A responsabilidade civil do Estado não pode ser caracterizada quando o fato danoso não tem nenhuma conexão com a condição de agente público. Porém, mesmo fora de serviço, a ação ou omissão do agente público pode, em circunstâncias excepcionais, desencadear a responsabilidade civil do Estado (BRAGA NETTO, 2012, p. 86).

Além do dano e do nexos causal, para que haja responsabilidade do Estado é necessária a atuação estatal direta exercida pelas pessoas jurídicas de direito público ou por meio de pessoa jurídica de direito privado que execute serviços tipicamente estatais. A responsabilidade civil do Estado, nas condições preconizadas pela lei maior, proporciona uma justa repartição dos encargos econômicos necessários para reparar o dano ao lesado. Atente ao conceito de isonomia material e equidade, tendo em vista que, por meio das contribuições tributárias arrecadadas pelo Estado, este indenizará quem foi lesado por uma intervenção estatal, que traz consigo a presunção de obediência ao interesse público (MELO, 2013, p. 496).

A responsabilidade civil do Estado pode decorrer tanto de atos lícitos como de atos ilícitos. A doutrina e a jurisprudência são conclusivas, quando dizem que é irrelevante perquirir a licitude ou ilicitude do ato ou da omissão. Em ambos os casos, pode existir dever de indenizar por parte do Estado. Os pressupostos e requisitos da

responsabilidade estatal, desse modo, não têm relação com a licitude ou ilicitude da atividade danosa (BRAGA NETTO, 2012, p. 61).

Nos atos lícitos, o Estado está obrigado a reparar o dano provocado a um grupo de pessoas em razão de atividade administrativa, com o objetivo de beneficiar a coletividade, logo, deve haver, pelo princípio da isonomia, igual repartição dos encargos públicos entre os cidadãos. Com isso, é imprescindível o restabelecimento do equilíbrio, ressarcindo os lesados à custa dos cofres públicos. Em razões de justiça e solidariedade social, não é justo deixar que um grupo de pessoas suporte o dano causado pelo funcionamento de um serviço público que traz proveito a toda coletividade.

O fundamento da responsabilidade estatal, nos atos ilícitos, está no princípio da legalidade e no princípio da isonomia ou na igualdade de todos perante a lei; nos atos lícitos, o sustentáculo está no princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos, resultantes de atividades que beneficiam a coletividade. Tal princípio garante uma justa repartição dos ônus resultantes do ato danoso, evitando que alguns sofram danos anormais e especiais (SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 49).

É necessário diferenciar os conceitos de responsabilidade objetiva e de responsabilidade por ato lícito. A responsabilidade objetiva pressupõe uma conduta estatal que configura como violadora da ordem jurídica. Haverá ilicitude, quando no exercício de suas competências legítimas, o Estado deixar de adotar as cautelas inerentes ao dever de diligência. A responsabilidade estatal por ato lícito ocorre quando é imposta ao Estado a obrigação de indenizar efeitos danosos consumados, sem que o Estado tenha atuado contra a ordem jurídica (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1337).

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos. O poder público, ao causar prejuízos a alguém, está obrigado a recompor os agravos patrimoniais decorrentes da ação ou abstenção lesiva (MELLO, 2013, p. 876).

O Estado exerce atividades relacionadas com a comunidade e é por intermédio dos agentes e órgãos públicos que as atividades são realizadas. Os agentes, geralmente servidores públicos, são representantes do Estado, pessoas que desempenham a atividade estatal e, mediante suas ações e omissões, também se sujeitam ao regime de responsabilidade caso motivem prejuízos ou lesões a pessoas, bens ou direitos (ARAÚJO, 2009, p. 740).

Maria Helena Diniz (2011, p. 60) entende que o Estado não pode ter vontade nem ação própria, pois é uma pessoa jurídica e por isso suas manifestações são exteriorizadas por pessoas naturais que agem na condição de agentes públicos, desde as mais altas autoridades aos mais modestos trabalhadores, que atuam em face do aparelho estatal por desempenharem funções públicas. Com isso, a relação entre a vontade, a ação do Estado e seus agentes é de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado.

Quando se fala em responsabilidade civil do Estado, é importante observar que o Estado é uma pessoa jurídica e como tal não pode agir por si só e causar algum tipo de prejuízo a alguém, sendo assim, é por meio dos agentes públicos que se pode imputar culpa ao Estado, independentemente se esse agente agiu ou não com culpa. Caso contrário, ficaria muito difícil o lesado identificar o agente e a culpa na sua conduta. Desse modo, o lesado é beneficiado, já que ficou mais fácil exercer seu direito de reparação dos prejuízos.

A responsabilidade civil do Estado compõe três sujeitos: o Estado, o lesado e o agente do Estado e, nesse cenário, o Estado é responsabilizado civilmente pelos danos causados a terceiros, em decorrência de atos praticados por seus agentes, ficando obrigado a pagar as indenizações cabíveis com o intuito de reparar os prejuízos (CARVALHO FILHO, 2014, p. 552).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 891) defende que não se divide Estado e agente como se fosse representado e representante, mandante e mandatário, mas sim como uma unidade. A relação orgânica entre Estado e agente não é uma relação externa, constituída exteriormente ao Estado, porém interna, ou seja, procedida na intimidade da pessoa estatal. A relação entre vontade e ação do Estado e de seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado. Quando o agente desempenha uma atividade, pouco importa se bem ou mal desempenhada, entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido mal.

A vigente Constituição regula a matéria no artigo 37, § 6º, que tem o seguinte teor:

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 no caso de dolo ou culpa.

O artigo da Constituição Federal acima supracitado não deixa dúvidas de que no ordenamento jurídico brasileiro o Estado está obrigado a agir de acordo com a teoria da responsabilidade objetiva e que, além da pessoa jurídica de direito público, a pessoa jurídica de direito privado também responde pela mesma teoria, já que os serviços são delegados pelo poder público.

Essa regra, que figurou, quase nos mesmos termos, nas duas últimas Constituições, acolhe a responsabilidade sem culpa do Estado, segundo o regime da teoria do risco administrativo, também chamada de teoria objetiva. A culpa ou dolo só foi exigida em relação ao agente causador direto do dano. Quanto às pessoas jurídicas de direito público e às de direito privado prestadoras de serviço público nenhuma exigência dessa natureza foi feita. Logo, essas pessoas respondem independentemente de terem agido com dolo ou culpa, isto é, objetivamente (GASPARINI, 2010, p. 1119).

Tecnicamente, parece que na forma preconizada pelo artigo 37, § 6º, da Constituição, a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público é apenas extracontratual, pois essa regra constitucional afirma que haverá responsabilidade objetiva com relação aos danos que os agentes estatais, nessa qualidade, causarem a terceiros. Agente público, para fins de responsabilização, é todo aquele a quem se incumbiu alguma tarefa pública, independentemente de eventual vínculo funcional e permanente com a administração (MELO, 2013, p. 498).

Nos termos da Constituição, a responsabilidade estatal por atos dos agentes públicos foi consagrada como um princípio. Assim, os danos patrimoniais e/ ou extrapatrimoniais juridicamente tutelados que o Estado causar no exercício da atividade, são de sua responsabilidade. O Estado responde pelas consequências danosas dos serviços públicos, objetivamente considerada (SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 147).

É imprescindível que o agente público esteja no exercício do seu cargo, emprego ou de sua função pública, na entidade a que está vinculado, tanto quanto é indispensável o empregado, dirigente ou sócio da concessionária ou permissionária de serviço público estar no desempenho das atribuições que lhe cabem na empresa (GASPARINI, 2010, p. 1120).

Cabe lembrar que, no Brasil, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, desde 1946, ao observar o artigo 37, §6º, da Constituição Federal, e está fundada na teoria do risco administrativo. O Estado responde pelos atos de qualquer agente, desde o mais modesto até o Presidente da República. A responsabilidade pode surgir em qualquer dos níveis federativos (União, Estados e Municípios) e por atos ou omissões de quaisquer dos três poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário), como nos casos de leis inconstitucionais e erros judiciários. A responsabilidade estatal tanto pode surgir de atos quanto de omissões, embora, em relação às omissões, alguns exijam a prova da culpa (BRAGA NETTO, 2012, p. 20-21).

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 249):

De fato, parece-nos que, sem sombra de qualquer dúvida, a responsabilidade civil prevista na Constituição Federal de 1988 é essencialmente objetiva, prescindindo a idéia de culpa, como pressuposto para a obrigação de indenizar.

Existe uma divergência na doutrina e jurisprudência em relação ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, quando a administração causa um dano por omissão. Alguns autores e juristas sustentam que a responsabilidade da administração é subjetiva sempre que o dano decorrer de uma omissão do Estado. Já outros autores e juristas defendem que, tanto os atos comissivos quanto omissivos, a responsabilidade do Estado é objetiva.

Os que defendem que a responsabilidade do Estado é objetiva, no caso do dano por comportamento comissivo, basta o nexo de causalidade entre a atuação e o dano produzido, não vai haver a observância do dolo ou da culpa. Quando os danos causados pelo Estado decorrem de um comportamento omissivo, a responsabilidade do Estado é subjetiva por decorrer de dolo ou culpa, a vítima deverá provar a alegada falta diante de um dever jurídico de atuar, o que caracteriza comportamento culposos da Administração.

Existe controvérsia a respeito da aplicação ou não do artigo 37, § 6º, da Constituição às hipóteses de omissão do poder público, e a respeito da

aplicabilidade, nesse caso, da teoria da responsabilidade objetiva. Para alguns, a norma é a mesma para a conduta e a omissão do poder público, isso para que o terceiro prejudicado não tenha dificuldade de obter o ressarcimento, na hipótese de se discutir o elemento subjetivo do agente público. Desse modo, basta demonstrar que o prejuízo sofrido teve umnexo de causa e efeito, não tendo que cogitar culpa ou dolo, mesmo no caso da omissão. Para outros, aplica-se, em caso de omissão, a teoria da responsabilidade subjetiva, aplicando-se a teoria da culpa do serviço público ou da culpa anônima do serviço público. Dessa forma, o Estado responde, desde que o serviço público não funcione, quando deveria funcionar; funcione atrasado ou funcione mal. Isso significa dizer que, para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano. Na realidade, a diferença entre as duas teorias é tão pequena que a discussão perde um pouco do interesse, até porque ambas geram para o ente público o dever de indenizar. A maioria da doutrina, contudo, parece pender para a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva. Na jurisprudência, também existe a mesma controvérsia a respeito da responsabilidade subjetiva ou objetiva, em caso de omissão do Poder Público. No Supremo Tribunal Federal existem acórdãos nos dois sentidos (DI PIETRO, 2013, p. 715-716).

A responsabilidade civil do Estado pode ocorrer por ação, omissão, atos ilícitos e também por comportamentos lícitos, se estes ocasionarem danos a terceiros. Quando o dano tem uma correlação com a atuação ou omissão estatal, presente estará o dever de indenizar. Pode ainda acontecer de o dano ser causado por um terceiro e o intérprete responsabilizar o Estado por ter praticado um comportamento vinculado as suas funções, mas, por ser uma conduta potencialmente perigosa para sociedade, acaba carregando para si o risco de ser obrigado a reparar o dano (MELO, 2013, p. 497).

O Estado responde sem culpa, agindo ou se omitindo, desde que configurado o nexocausal entre o dano e sua atividade. Na omissão estatal, a responsabilidade independe do elemento culpa, basta o nexocausal, ainda que o Estado prove que não houve culpa, persistirá a responsabilidade estatal, para cuja observância basta o dano aliado ao nexocausal. Entende assim que é irrelevante, mesmo nos casos de omissão estatal, a culpa (BRAGA NETTO, 2008, p. 248-250).

Doutrina e jurisprudência recentes prezam em reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado, mesmo no campo omissivo. O ente estatal poderá ser responsabilizado, se demonstrada a imputabilidade ou referibilidade do dano à pessoa jurídica envolvida, pouco importando se é omissão genérica ou específica (CIANCI; QUARTIERI, 2006, p. 434).

Todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos (MELLO, 2013, p. 876).

O Estado responde pelos danos causados ao particular, seja por ação ou omissão dos seus agentes e, mesmo que o agente causador do prejuízo não seja identificado, o Estado é apontado, pois ele está prestando um serviço público, sendo imputada a responsabilidade de reparar o dano (ARAÚJO, 2009, p. 743).

Segundo Maria Helena Diniz (2011, p. 667):

O artigo 37, §6º da Carta Constitucional reporta-se a comportamento comissivo do Estado, pois só uma atuação comissiva pode gerar, causar, produzir um efeito. Logo, para haver responsabilidade objetiva do poder público cumpre que haja um comportamento comissivo, uma vez que sem ele, jamais haverá causa.

O texto constitucional em apreço exige para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado uma ação do agente público, haja vista a utilização do verbo causar. Isso significa que se há de ter por pressuposto uma atuação do agente público. Nesses casos, a culpa do Estado é presumida, invertendo-se o ônus da prova. Sendo assim, não haverá responsabilidade objetiva por atos omissivos, devendo a vítima provar a culpa do Estado, pois sua responsabilidade é subjetiva (GASPARINI, 2010, p. 1119).

Para existir a caracterização da responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato, o dever de não se omitir. Quando não existe a omissão, o dano pode ser evitado (GONÇALVES, 2014, p. 71).

Felipe P. Braga Netto (2012, p. 165) afirma que a jurisprudência constata, em muitos casos, que o Estado deve responder civilmente pelos danos decorrentes de sua omissão, pois deveria evitar o fato lesivo e não evitou.

Existem situações fáticas em que o dano é causado a um particular em decorrência de uma não atuação do agente público. Nesses casos, a responsabilização do Estado pela omissão ou ausência de conduta de seus agentes,

quando teria o dever de atuar, não geraria responsabilidade objetiva nos moldes do texto constitucional, que traz implícita a existência de uma conduta como elemento da responsabilidade pública. A maioria da doutrina entende que a conduta omissiva não está abarcada pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, defendendo a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva em casos de omissão estatal, onde o elemento subjetivo está condicionando o dever de indenizar (CARVALHO, 2014, p. 333).

Sergio Cavaliere Filho (2014, p. 299) entende que, no caso de omissão, é necessário estabelecer a distinção entre o Estado quando é obrigado a praticar uma ação por ter um específico dever de agir, ou ter apenas o dever de evitar o resultado. Estando obrigado a agir, haverá omissão específica e a responsabilidade será objetiva, com isso, será suficiente para responsabilização do Estado a demonstração de que o dano decorreu da omissão. Na omissão genérica, a responsabilidade do Estado é subjetiva, embora não se apresente como causa direta e imediata do dano, mas concorre para ele, razão pela qual a vítima deve provar que a falta do serviço (culpa anônima) concorreu para o dano e que, se houvesse uma conduta positiva do Estado, o dano poderia não ter ocorrido.

A responsabilidade subjetiva aplicável na omissão do Estado não depende da demonstração de dolo ou culpa do agente público, mas sim da responsabilização da culpa anônima, ou seja, da má prestação do serviço ou prestação ineficiente geraria a responsabilidade subjetiva do Estado (CARVALHO, 2014, p. 333).

Na omissão estatal, a questão se resolve pela presença ou não do nexo causal. Se a omissão for a causa direta e imediata do dano, responderá o Estado. Desvendar a relação de causalidade é o maior desafio para o tema, notadamente quando se trata de atos omissivos (MELO, 2013, p. 504).

Numa análise comparada nos países ocidentais, há uma clara evolução da responsabilidade subjetiva para a objetiva. Esse é o sentido da evolução histórica. Na responsabilidade do Estado por omissão, no Brasil, esse fenômeno ocorre de maneira distinta. Antes, aceitava-se com naturalidade a possibilidade do Estado responder objetivamente nas omissões. Hoje, observa-se a inversão dessa tendência (BRAGA NETTO, 2012, p. 160).

O artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, quando usa a expressão "nessa qualidade", entende-se que, para o Estado se responsabilizar, é necessário que o dano seja imputado a ele, quando esse dano é causado em decorrência de atuação do agente público no exercício de suas funções ou em razão dela (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 338).

Segundo José Carvalho Filho (2014, p. 562): "A expressão 'nessa qualidade' tem razão de ser, porque só pode o Estado ser responsabilizado se o preposto estatal estiver no exercício de suas funções ou, ao menos, se esteja conduzindo a pretexto de exercê-la".

Para o Estado ser responsabilizado, não basta que o ato ilícito tenha sido praticado por agente público, sendo necessário também que a condição de agente estatal tenha contribuído para a prática do ilícito. O Estado não poderá ser responsabilizado se o ato ilícito for praticado por servidor e este não se encontre na qualidade de agente público (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 292).

Existem causas excludentes da responsabilidade do Estado. Quando ele é obrigado a reparar o dano cometido por seu agente, sendo responsabilizado objetivamente, existe um nexo de causalidade entre o comportamento do Estado e o dano. Caso não exista a relação de causalidade, o Estado não poderá ser responsabilizado. Tem-se como exemplo a culpa exclusiva da vítima, a força maior e o caso fortuito (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 345).

Tudo se resolverá ao investigar se houve ou se faltou nexo causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido. Não presente o nexo causal, pode-se ressaltar a inexistência de comportamento estatal produtor do dano (MELLO, 2013, p. 906-907).

O Brasil, desde 1946, adota, em relação à responsabilidade civil do Estado, a teoria do risco administrativo, ou seja, o Estado responde sem culpa, porém fica livre de responsabilização, se conseguir demonstrar a não existência do nexo causal entre o dano e a ação ou omissão imputada a ele. No risco integral, o Estado responde, mesmo não existindo o nexo causal, mesmo se estiverem presentes as excludentes de responsabilidade civil, a responsabilidade se impõe, fugindo inteiramente dos pressupostos da responsabilidade civil, por isso, só pode existir

quando imposto pela Constituição ou pela lei, com sólidas razões normativas para tanto (BRAGA NETTO, 2012, p. 62).

Em relação ao ônus da prova, ao autor da ação cabe alegar a existência do fato, o dano e o nexo de causalidade entre eles. Ao Estado, diante dos pressupostos da responsabilidade objetiva, em sua defesa, pode provar a inexistência do fato administrativo, a inexistência de dano ou a ausência do nexo causal entre o fato e o dano. Sendo assim, é perfeitamente cabível a inversão do ônus da prova (CARVALHO FILHO, 2014, p. 566).

Nos casos de responsabilidade objetiva, o Estado só se liberará do dever de indenizar se faltar o nexo entre o ato comissivo e o dano, isto é, a lesão que lhe foi imputada ou a situação de risco a ele apontada não existiu ou foi irrelevante para produzir o prejuízo (DINIZ, 2011, p. 668).

É importante ressaltar as discussões existentes sobre a responsabilidade do magistrado ao praticar um erro na sua conduta e o posicionamento do Estado diante dessa circunstância.

A partir do instante em que se reconheceu que todas as pessoas, sejam elas de direito privado, sejam de direito público, encontram-se igualmente em sujeição à ordenação jurídica e sem distinção devem responder pelos comportamentos violadores do direito alheio em que violar. Como o Estado moderno acolhe o princípio da igualdade de todos perante a lei, forçosamente haverá de se aceitar que é injurídico o comportamento estatal que agrave desigualmente a alguém, ao exercer atividades no interesse de todos, sem ressarcir o lesado (MELLO, 2013, p. 882).

Os danos que podem advir dos serviços judiciários assumem múltiplas formas. Podem ocorrer da atuação dolosa ou culposa dos agentes judiciários ou mesmo de equívocos escusáveis e de boa-fé. Falhas impessoais do serviço que funcionou mal, não funcionou ou funcionou tardiamente são também geradoras de danos. Por fim, tem-se a atuação lícita e regular de tais serviços, que, ao ocasionar um dano injusto, grave e especial, em face do princípio da igualdade dos encargos públicos, o lesado merece ser indenizado (SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 148).

O Poder Judiciário é o grande responsável por prestar a tutela jurisdicional, em sua plenitude, exercitando a jurisdição. Por esse motivo, quando o Judiciário

pratica um ilícito, cumpre ao ofendido reclamar do Estado-Juiz a solução do litígio. Para isso, a parte interessada deve fazer uso do direito de ação, provocando a atuação do Judiciário (MEIRELLES, 2004, p. 24).

O serviço judiciário é um serviço público e, assim sendo, importa na responsabilidade da pessoa jurídica que o presta, quando dele resultar em danos injustos, ou seja, danos que não devam ser suportados pelo lesado (SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 77).

Considera-se agente público todo aquele que atua em nome do Estado, ainda que o faça temporariamente ou sem remuneração, a qualquer título, seja de cargo, emprego, mandato, função, entre outros. Nesse sentido, assim como explicitado pelo legislador, o magistrado é agente público e sua conduta será imputada ao ente de direito público que ele representa. No entanto, a doutrina pátria tem o entendimento majoritário que atualmente se funda na irresponsabilidade do ente público por atos jurisdicionais típicos. Esse posicionamento se justifica devido ao princípio da recorribilidade dos atos jurisdicionais, ou seja, se um ato de um magistrado prejudica a parte no processo, ele possui meios recursais e outras ações para revisões do ato (CARVALHO, 2014, p. 344-345).

Os atos ou fatos administrativos que causem danos a terceiros, a regra é a responsabilidade civil do Estado, mas por atos legislativos e judiciais a regra é a irresponsabilidade patrimonial (GASPARINI, 2010, p. 1010).

No que concerne aos atos não jurisdicionais praticados pelos magistrados, de cunho meramente administrativo, incide sobre eles a responsabilidade civil objetiva do Estado. Porém, em se tratando de atos jurisdicionais, relativos ao exercício específico da função de juiz, a teoria da irresponsabilidade civil do Estado ainda manifesta sua força nos posicionamentos atuais (ANDRADE, 2009, p. 184).

A irresponsabilidade do ente público por atos jurisdicionais típicos pode ser aplicada quando se trata dos atos jurisdicionais de ações cíveis, em que não há risco à liberdade dos indivíduos envolvidos no processo. Quando se está diante de ato jurisdicional criminal, o ente público assume o risco de privar a liberdade dos indivíduos como forma de punição, devendo ser responsabilizado pelos prejuízos indevidos que decorrem desse risco (CARVALHO, 2014, p. 345).

Existe a dificuldade de se estabelecer um critério seguro para a responsabilidade estatal quanto aos atos jurisdicionais, exatamente pelas particularidades que a cercam, mas isso não pode se configurar em um obstáculo intransponível. Aos poucos, doutrina e jurisprudência têm superado essa barreira, consagrando a responsabilização estatal, tendo sempre em foco o fundamento princípio lógico e normativo da responsabilidade do Estado, que é a isonomia e a socialização de todos os riscos que a ação administrativa acaba impondo aos cidadãos. Não se pode negar que a responsabilidade do Estado, no exercício de quaisquer de seus poderes, é uma conquista do estado de direito e a irresponsabilidade herança do absolutismo, modelo superado e de triste memória para a civilização (MELLO, 2013, p. 505).

Existem inúmeras teses da soberania do Poder Judiciário. A atividade jurisdicional representa uma ordem suprema e, por essa razão, não pode o Estado ser responsabilizado pelos males dela decorrentes. Além disso, existe a preocupação de não macular a independência do juiz, também tem servido como base para sustentar a irresponsabilidade do Estado no exercício da atividade jurisdicional. Assim, defende-se que o ato de responsabilizar o magistrado por suas falhas acabaria por restringir a sua liberdade de julgar. Em sentido oposto, e considerando que a soberania é indivisível e inerente ao próprio Estado, os estudiosos mais modernos não admitem que esse pensamento eminentemente absolutista resista aos valores atuais do Estado Democrático de Direito (ANDRADE, 2009, p. 188-189).

Com relação à soberania, a soberania é do Estado e significa a inexistência de outro poder acima dele. Os três poderes não são soberanos, porque devem obediência à lei, em especial à Constituição. Se fosse aceitável o argumento da soberania, o Estado também não poderia responder por atos praticados pelo Poder Executivo, em relação aos quais não se contesta a responsabilidade (DI PIETRO, 2013, p. 724).

Quanto aos atos judiciais, a Constituição Federal admite a responsabilidade do Estado de indenizar o particular por erro judiciário, sendo uma responsabilidade objetiva do Estado. Pode-se verificar essa afirmativa no art. 5º, inciso LXXV, ao falar que "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

Juliana F. Pantaleão e Marcelo C. Marcochi (2004, p. 1) afirmam que são inúmeros os erros judiciários que não podem ser restritos à seara do direito penal, uma vez que a norma constitucional estabelece o dever do Estado de indenizar tanto o condenado por erro judiciário quanto a pessoa que permanecer presa além do tempo fixado na sentença. Ademais, conforme estabelece o art. 37, § 6º, da Carta Constitucional, o Estado é responsável pelos atos praticados pelos seus agentes que causem dano a terceiro, garantindo, assim, que qualquer prejuízo decorrente da atividade estatal, independentemente de caracterizar erro judiciário, será reparado pelo Estado.

Esse dispositivo explicita apenas alguns dos aspectos da responsabilidade estatal já consagrada de forma genérica pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, para que dúvida não reste quanto à consagração da indenização pelo Estado, dos erros e das faltas do serviço judiciário (SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 78).

As razões constantemente suscitadas para obstar a obrigação indenizatória do Poder Público não mais podem ser sustentadas diante das concepções jurídicas atuais. E, em se tratando de legislação brasileira, o artigo 37, § 6º, juntamente com o artigo 5º, LXXV, traça todas as bases para a aplicação prática desse entendimento (ANDRADE, 2009, p. 203).

Aos danos causados pela atividade judiciária, como denegação da justiça, negligência no exercício da atividade, falta do serviço judiciário, desídia dos serventuários, mazelas do aparelho policial, é cabível a responsabilidade do Estado, com base no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal ou na culpa anônima (falta do serviço), pois é uma atividade administrativa realizada pelo Poder Judiciário. A responsabilidade estatal está estruturada sobre o princípio da organização e do funcionamento do serviço público e não há possibilidade de escusar o Estado de responder pelos danos decorrentes da negligência judiciária, ou do mau funcionamento da justiça, sem que isso agrida a soberania do Judiciário (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 326).

Hoje, defende-se que o magistrado é um servidor público, legalmente investido num cargo público por autoridade competente para exercer suas atividades

em caráter permanente se estiver sujeito ao regime estatutário e se tiver sido incorporado no quadro do funcionalismo mediante posse (ARAÚJO, 2009, p. 804).

O ato jurisdicional que causou o dano pode ter sido praticado de forma culposa, ou seja, o juiz pode ter cometido um erro quando agiu de maneira negligente, não apreciando as provas devidamente. Quando esse ato ocorre na esfera penal, o Código de Processo Penal prevê a responsabilidade civil do Estado. O artigo 630 desse Código dispõe que, se a parte requerer, o Tribunal poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos causados. Essa norma foi incluída pelo artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal. Significa que, caso o indivíduo seja condenado por uma sentença que contenha um erro judiciário, inclusive por conduta culposa do juiz, ele terá o seu prejuízo reparado pelo Estado (CARVALHO FILHO, 2014, p. 580-581).

Os fundamentos da segunda parte do artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, a parte em que o Estado indenizará o preso que ficar além do tempo fixado na sentença, ensejam igualmente a indenização por prisão indevida em decorrência da extensão interpretativa, pois equivale dizer: aquele que ficar preso indevidamente (HENTZ, 1996, p. 77).

Tem-se como erro judiciário a deficiente apreciação das causas por parte do órgão jurisdicional, ou ainda a sua má aplicação, que se afasta da verdade material ou é contrária à lei. Derivada do latim *error*, do verbo *errare*, exprime a falsa concepção acerca de uma pessoa, de uma coisa ou de um fato. É a ideia contrária à verdade, podendo ser o falso tomado como verdadeiro e o verdadeiro como falso (PANTALEÃO; MARCOCHI, 2004, p. 13).

Conforme se constata nas decisões do STF, a tendência permanente dos julgados brasileiros é alinhar-se pelo reconhecimento da responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais somente nas hipóteses previstas em lei, o que acaba por restringir o dever de reparação aos casos inseridos no âmbito do Direito Penal, por força do artigo 630 do Código Processual Penal e do artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal (ANDRADE, 2009, p. 185).

Em princípio, a responsabilização do Estado não se aplica às repercussões decorrentes dos atos estatais praticados pelo Poder Judiciário. Existem exceções catalogadas no ordenamento jurídico. A primeira delas, de prestígio constitucional,

prevê que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como aquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença (artigo 5º, LXXV), sendo, no detalhe, objeto do artigo 630 do Código de Processo Penal. Ocorrendo qualquer uma dessas hipóteses de evidente injustiça, deverá impor-se a reparação do equívoco incorrido e dos danos que possam ter atingido o prejudicado. A segunda exceção se volta para a possibilidade do juiz ser pessoalmente responsabilizado, respondendo por perdas e danos, quando no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou requerimento da parte, de acordo com o artigo 133 do Código de Processo Civil (PESTANA, 2008, p. 521).

Observa-se a prevalência da irresponsabilidade estatal por atos jurisdicionais, em atenção à autoridade da coisa julgada, da liberdade e da independência do magistrado, sendo que o Estado só responde pelos erros do Poder Judiciário, na hipótese prevista no artigo 630 do Código de Processo Penal.

O argumento mais forte de quem defende a irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais é que o reconhecimento de responsabilidade do Estado por ato jurisdicional acarreta ofensa à coisa julgada. No Direito brasileiro, a força da coisa julgada sofre restrições na medida em que se admite a ação rescisória e a revisão criminal. No último caso, dúvida inexistente quanto à responsabilidade do Estado, prevista no artigo 630 do Código de Processo Penal e no artigo 5º, LXXV, da Constituição (DI PIETRO, 2013, p. 724).

A jurisprudência brasileira, como regra, não aceita a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, o que é lamentável, porque podem existir erros flagrantes não só em decisões criminais, em relação às quais a Constituição adotou a tese da responsabilidade, como também nas áreas cível e trabalhista. Pode até ocorrer o caso em que o juiz tenha decidido com dolo ou culpa, não havendo como afastar a responsabilidade do Estado. Mas, mesmo em caso de inexistência de culpa ou dolo, poderia incidir essa responsabilidade, se comprovado o erro da decisão (DI PIETRO, 2013, p. 725).

O erro judiciário é a própria negação da justiça, o que importa, para sua reparação, no ressarcimento integral dos seus efeitos lesivos e o mais rápido possível. Em todos os aspectos, o erro judiciário deve ser tido como um risco inerente ao próprio exercício da função jurisdicional. Compete ao Estado assumi-lo,

para figurar na posição de devedor, toda vez que um ato judicial provocar um dano injusto (SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 149-150).

3 A PRISÃO INDEVIDA

Não é possível falar em erro judiciário em sentido *stricto* quando é confirmada a prisão preventiva indevida, pois, a ideia de erro judiciário é no sentido de erro de julgamento, quando o magistrado fundamenta sua decisão jurídica associada com elementos concretos, diferentemente do que acontece na prisão preventiva. Jurisprudência e doutrina majoritária entendem a inexistência de responsabilidade objetiva do Estado por prisão preventiva indevida. No entanto, a prisão preventiva se sobressai quando imposta privação de liberdade, a título cautelar, seguida de sentença penal absolutória em face do aprisionado. Dessa forma, privações de liberdade que não se sucedem a uma condenação, tidas indevidas *a posteriori*, geram a possibilidade de indenizações por danos morais e/ou materiais contra o Estado, minorando os efeitos maléficos da prisão, quando aplicada indevidamente (SANTOS, 2015, p. 10).

Na hipótese da indevida privação de liberdade individual, seus efeitos se operam independentemente de sua causa ser por erro judiciário. Daí, como categoria autônoma, a prisão indevida se estende a todos os casos em que suceder privação de liberdade individual sem o amparo em condenação com definitiva aplicação de pena de prisão, em que o indivíduo é submetido ao cumprimento por força do ordenamento jurídico (HENTZ, 1996, p. 71).

Devido ao caráter urgente da medida cautelar, ao analisar seu cabimento, limita-se o juiz ao exercício de uma mera cognição sumária. O juiz, ao adotar uma medida cautelar, é inviável a exigência de um desenvolvimento de atividade cognitiva com o mesmo grau de profundidade que aquela desenvolvida para o provimento definitivo. (LIMA, 2011, p. 38).

A responsabilidade pela prisão indevida pode ser imputada ao magistrado que prolatou a sentença condenatória, como também pode ocorrer antes de terminar o processo, no decurso da persecução penal. A liberdade do indivíduo pode sofrer limitações por diversas formas, e não somente por decisão transitada em julgado, pois, quando se fala em prisão indevida, é comum se pensar na sentença condenatória equivocada.

A denominada prisão indevida não pode ser entendida como aquela que decorre de uma condenação injusta, mas, sim, toda privação injustificada da

liberdade, seja antes ou depois do trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Tem-se como exemplo a prisão cautelar, o excesso no tempo de cumprimento da prisão e a não observância do devido regime de cumprimento da pena (PANTALEÃO; MARCOCHI, 2004, p. 16-17).

Segundo Luiz Antonio Soares Hentz (2000, p. 5):

A atribuição de responsabilidade ao Estado por prisão indevida, ante a legitimidade da prisão cautelar, tem natureza jurídica diversa dos fundamentos que determinam a imputação da mesma responsabilidade em suas outras hipóteses de incidência. A prisão que origina o direito à indenização é legítima na medida que o ordenamento jurídico a protege e regula. A proteção da coletividade justifica o risco da prisão indevida, isso sob o prisma do Estado. Daí que o fundamento da indenização, nesse caso, não pode ser a atuação do agente público. O Estado podia efetivar a prisão (a legislação ampara tal proceder), daí não se poder falar em danos causados por seus agentes a terceiros (ao menos segundo a dicção usada no art. 37, § 6º, da nossa Constituição).

A prisão preventiva, ainda que legalmente decretada, estará sujeita a superveniente sentença penal condenatória, para que se mostre devida. De outra forma, a prolação de sentença penal absolutória demonstra que a prisão preventiva, decretada durante a persecução penal, agrava o direito à liberdade do denunciado em prol de toda sociedade, ou seja, se está, em princípio, diante da prisão cautelar de um inocente e, portanto, considerada uma prisão preventiva indevida (SANTOS, 2015, p. 5).

A tendência a ser seguida pelos grandes juristas pátrios tende para abranger no conceito de erro judiciário o fundamento para as inúmeras formas de tolhimento injusto da liberdade do jurisdicionado, seja referente à honra, seja ao patrimônio do cidadão ofendido (ANDRADE, 2009, p. 186).

Quando se fala em erro judiciário, pensa-se na sentença criminal de condenação ilegítima, mas o erro judiciário por extensão abrange também a prisão preventiva injustificada, sem justa causa, causando danos patrimoniais e morais. Pode-se definir erro judiciário como toda condenação injusta, incluindo o excesso e a insuficiência da pena, e, para efeitos de sua reparação, o erro da investigação policial. A definição alcança, também, a prisão preventiva injustificada, o entendimento é que não há base para excluí-la do direito à reparação. Se há erro judiciário em decorrência da sentença condenatória, haverá também em consequência da prisão preventiva. Isso quer dizer que a prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo

com o artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, garante ao cidadão o direito de indenização. (FRANCO, 2012, p. 5-6).

A responsabilidade civil, em hipóteses de absolvição de um acusado detido cautelarmente, é do Estado e não do juiz, assegurada a sua total independência funcional, do mesmo modo que estará preservado ao inocente, por força de garantia fundamental, o direito à reparação dos danos que lhe foram ocasionados, com fundamento no artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal (SANTOS, 2015, p. 5).

O princípio da indenização da prisão além do tempo fixado na sentença foi explicitado no Direito Constitucional juntamente com a reparação do erro judiciário, mas, embora haja pontos de contato entre os dois institutos de direito material, o erro judiciário não depende de verificação de prisão, assim como a privação indevida da liberdade física não decorre necessariamente de erro judiciário. Os fundamentos têm a mesma base filosófica, a dignidade da pessoa humana, pois é a base motivadora da vontade do legislador, os pontos em comum se encontram em vista de existência e verificação tanto da prisão indevida quanto do erro judiciário (HENTZ, 1996, p. 70).

Edimir Araújo (2009, p. 820) afirma que o erro judiciário penal está relacionado com o indivíduo condenado e que tardiamente foi descoberto que ele não era o culpado, ou que o crime não existiu, ou ainda ocorreram excludentes ou discriminantes. Há casos famosos, reais, sobre esse assunto, como o caso de Dreyfus, ocorrido na França, o de Jennings, ocorrido na Inglaterra. No Brasil ocorreram dois casos bem conhecidos: o Mota Coqueiro, quando se descobriu que eram outros os culpados e o caso dos Irmãos Naves, em que a vítima era um primo deles e esse primo apareceu depois de quinze anos, constatando que não ocorreu crime algum.

Houve também um caso terrível ocorrido com Marcos Mariano da Silva: foi preso injustamente por um crime que não cometeu, passou dezenove anos na cadeia, onde contraiu tuberculose, ficou cego por ter sido atingido por uma bomba de gás durante uma rebelião, foi abandonado pela esposa e pelos filhos. Seu processo de indenização se arrastou por mais de dez anos, e, embora o STJ tenha concedido vultosa indenização, o ex-mecânico, cego e tuberculoso, morreu justamente no dia que soube que a indenização seria liberada. Em outro caso, um indivíduo foi preso em 1976, passou seis anos na cadeia por ter sido acusado de

homicídio, até o verdadeiro culpado pelo crime de que era acusado ter sido preso. Seu pesadelo continuou, depois de três anos foi parado numa blitz e um policial civil o prendeu, o juiz, sem verificar sua situação, mandou-o de volta ao presídio e passou mais treze anos atrás das grades (BRAGA NETTO, 2012, p. 149).

Houve a demonstração da fase jurisdicional supracitada, mas existe a fase anterior à sentença, em que podem ser decretadas prisões ilegais e prisões preventivas ou simplesmente imputar o crime a alguém. Essas hipóteses já podem causar enormes prejuízos patrimoniais, morais ou a privação da liberdade do particular. Mesmo que depois haja absolvição, o dano já se efetivou e o poder público vai responder por isso.

Responde o Estado pelos danos decorrentes da prisão provisória (em flagrante, preventiva ou temporária) de um réu que, ao final, é reconhecido inocente ou não se prova sua culpabilidade, em sentença absolutória. A privação da liberdade normalmente gera graves transtornos, com consequências de ordem profissional, social e econômica. A prisão provisória, mesmo quando lícita, torna-se materialmente injusta quando o detido é inocentado (SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 156).

Maria Helena Diniz (1992, p. 445) defende que a prisão preventiva dará também origem à responsabilidade do Estado, que deverá indenizar os danos dela decorrentes, que poderão ser tão ou mais graves quanto os do erro judiciário, visto que, se o acusado for absolvido e ao final da instrução criminal, por ausência de prova ou inexistência de crime, ele foi onerado, de modo desigual, nada mais justo o Estado, que lhe impôs um sacrifício anormal e excepcional, indenizá-lo pelos danos causados no cumprimento do dever de apurar crimes e responsabilidades. O princípio da igualdade dos ônus autoriza ao lesado por ato judicial reclamar reparação patrimonial do Estado.

O poder público deve reparar o dano sofrido pelo cidadão quando é levado ao cárcere. Percebe-se, aqui, que as vias recursais não são eficazes para sanar o defeito da atividade jurisdicional, como pretendem os defensores da irresponsabilidade estatal pelos atos dos magistrados. Afinal, trata-se de lesão já consumada, que não mais se recupera nem se retorna ao *status quo ante*. Resta ao ofendido, tão somente, a obtenção de indenização que possa compensar o prejuízo sofrido (ANDRADE, 2009, p. 202).

Felipe P. Braga Netto (2012, p. 151) aponta que a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário é pressuposto ético-jurídico indiscutível. É talvez o dano mais cruel que o cidadão pode experimentar, vindo do Estado. Alguém foi excluído brutalmente da sociedade, do lar e da família, não havendo, juridicamente, motivo justo para isso. Em quase todos os casos, pelo menos no Brasil, as vítimas são economicamente humildes.

Segundo Lenilma Meirelles (2004, p. 25):

Nos estados submetidos à lei e ao direito, a pena só se aplica "processualmente". A atividade punitiva dos órgãos estatais encarregados de restaurar a ordem jurídica violada pelo crime submete-se a um controle jurisdicional a priori, em que o Poder Judiciário aplica a norma penal objetiva mediante a resolução de uma lide consubstanciada no conflito entre o direito de punir e o direito de liberdade.

O século XXI trabalha diariamente com princípios como dignidade, boa-fé, proibição do abuso de direito. A todo o momento se invocam a razoabilidade, a proporcionalidade, a proibição do excesso. O Direito no século XXI busca conteúdos éticos em sua fundamentação, busca a valorização da pessoa humana (BRAGA NETTO, 2012, p. 32).

Se analisar-se a jurisprudência dos tribunais brasileiros, sobretudo dos tribunais superiores, é fácil constatar que dentre os causadores de danos injustos está o Estado (BRAGA NETTO, 2012, p. 53).

Interessante observar que o Estado defende os direitos fundamentais na esfera particular, o Estado pode impedir a violação à vida, à segurança, à liberdade dos seres humanos. Mas, infelizmente, existe no Estado uma força que destrói em potencial os direitos fundamentais e isso é visto com frequência no cotidiano dos brasileiros.

Quando o indivíduo é condenado por sentença penal transitada em julgado, que contenha erro judiciário, fará ele jus à indenização pelos danos sofridos. O entendimento da 3ª Turma do TRF da 4ª Região concede indenização por danos morais e materiais.

EMENTA: ERRO JUDICIÁRIO. CONDENAÇÃO CRIMINAL. REVISÃO. ABSOLVIÇÃO. DANOS MORAIS.

Condenação criminal com cumprimento em regime prisional fechado, posteriormente comprovado, em revisão criminal, a inocência, configura erro judicial passível de indenização. É objetiva a responsabilidade civil do Estado, independente da atuação do magistrado, que é subjetiva. Dano

material pelo tempo que deixou de ganhar, a ser calculado em liquidação de sentença, considerando o labor do indivíduo. Danos morais devidos, fixados em um milhão de reais.

É relevante a transcrição da ementa do julgado do Superior Tribunal de Justiça no REsp 220982, Relator Ministro José Delgado. O entendimento é no sentido da responsabilidade do Estado por prisão indevida.

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

3.1 Elementos distintos entre a prisão penal e a prisão processual penal

Prisão é pena privativa de liberdade imposta ao delinquente, cumprida, mediante cláusula, em estabelecimento penal para esse fim destinado (MARQUES, 2003, p. 20).

A palavra "prisão" origina-se do latim *prehensio*, que vem de *prehensione* (prehenção, onis), que significa prender. De acordo com o artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, prisão deve ser compreendida como a privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar, definidos em lei (LIMA, 2011, p. 57).

A característica do Estado de Direito é a garantia dos direitos individuais naturais, expressa, essencialmente, pelo direito de liberdade. Dessa forma, pode-se afirmar que o valor supremo da sociedade política é a liberdade, razão pela qual a sua restrição se traduz, por outro ângulo, numa exceção à regra, sendo admissível

apenas em virtude da necessidade em manter a ordem e a paz social (MEIRELLES, 2004, p. 4).

A liberdade está vinculada ao princípio da legalidade e sua presença é percebida na Constituição de 1988, artigo 5º, inciso II, que menciona: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei". Então, somente a lei tem o poder de limitar a liberdade do indivíduo. Como se percebe, a Constituição se mostrou obediente ao princípio da legalidade, pelo qual o direito de liberdade individual do cidadão deve ser respeitado, não se permitindo violação, pois a regra tem sido a liberdade, excepcionalmente e nos casos legalmente previstos é que tal princípio pode ser mitigado.

A prisão é uma limitação da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Pode decorrer de decisão condenatória transitada em julgado, chamada prisão-pena, regulada pelo Código Penal, é uma prisão satisfativa, uma resposta do Estado ao delito ocorrido, tendo como característica a decisão judicial definitiva. Entretanto, é possível que se faça necessário o encarceramento do indiciado ou do réu, mesmo que ainda não se tenha finalizado o processo, no transcorrer da persecução penal. Isso é justificado pelo risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado, hipótese prevista em lei. Dessa forma, surge a possibilidade de prisão sem pena, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual. Pode-se dizer que é situação excepcional, pois a regra é que a prisão ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, pois "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 545).

Por força do princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpa, em decorrência do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, a rigor somente a prisão-pena deveria vigorar, pois é por meio do trânsito em julgado da sentença condenatória que se tem certeza da responsabilidade do réu e é a partir desse momento que ele inicia o cumprimento da pena que lhe foi imposta. Mas, ocorre que em determinadas situações, em razão do interesse coletivo, a restrição da liberdade individual é uma forma de garantir a eficácia da justiça, como manifestação de autodefesa do Estado, é o que se vê na chamada prisão sem pena (CUNHA; LORENZATO; FERRAZ; PINTO, 2006, p. 136).

O princípio da presunção de inocência ocorre tanto no campo probatório quanto no tratamento de um acusado em estado de inocência. No primeiro caso, o acusado deve ser presumido inocente, cabendo à parte que acusa provar a veracidade do fato e a culpabilidade do acusado. O princípio da presunção de inocência tem uma relação com o do “*in dubio pro reo*”, pois ocorrido o devido processo legal, e as provas forem insuficientes, restando ao juiz alguma dúvida quanto à culpabilidade do acusado, este deve decidir em favor do acusado, que será declarado inocente (SOUZA, 2011, p. 3).

O princípio constitucional da inocência não é violado com a prisão cautelar, posto que o juiz determina a prisão por um motivo processual, concreto e provado. Assim, a prisão cautelar devidamente fundamentada não afronta o direito individual de ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (AGUIAR, 2011, p. 2).

O acusado permanece no estado de inocência até a sentença condenatória transitada em julgado decorrente de processo judicial; depois disso, o acusado pode ser considerado culpado. Durante as investigações e o processo, o réu não deve ser punido antecipadamente, nem mesmo tratado como culpado, aplicando só as medidas necessárias, pois ainda não se sabe se o acusado é inocente ou culpado (SOUZA, 2011, p. 3).

A medida cautelar antecipa no todo ou em parte a situação jurídica que advirá do resultado final do processo, desse modo, afasta-se o *periculum in mora*, neutralizando-se os efeitos lesivos que dele poderiam surgir e garante-se, dentro do possível, a realização efetiva da tutela jurisdicional do Estado (MARQUES, 2003, p. 12).

A prisão processual tem como única razão de ser a garantia do processo enquanto instrumento para o exercício do *jus puniendi* do Estado. O que a lei, desde a Constituição Federal em seu artigo 93, inciso IX, até a legislação ordinária e as demais fontes de direito, doutrina e jurisprudência, busca é que a medida extrema da prisão cautelar tenha sempre em mira garantir o processo penal, ou seja, fazer com que o mesmo tenha início, meio e fim (VASCONCELOS, 2008, p. 708).

A denominação prisão processual é criticada quando se quer falar em providências cautelares. Prisão processual é aquela decretada pelo juiz no exercício dos poderes contidos na jurisdição que exerce, é ainda a prisão que o juiz impõe, em sentença condenatória ao criminoso (MARQUES, 2003, p. 24).

Em hipóteses excepcionais, desde que demonstrada a necessidade no caso concreto, por meio de decisão fundamentada da autoridade judiciária competente, o indivíduo pode ser privado de sua liberdade de locomoção antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (LIMA, 2011, p. 80).

A prisão cautelar tem por objetivo a garantia imediata da tutela de um bem jurídico para evitar as consequências do *periculum in mora*. O indivíduo é preso para garantir a execução posterior da pena, o cumprimento de futura sentença condenatória. Caracteriza-se num juízo de probabilidade; se houver probabilidade de condenação, a providência cautelar é decretada com o objetivo de não frustrar a sua execução e o cumprimento. (MARQUES, 2003, p. 24).

Em princípio, a prisão é a supressão da liberdade individual, mediante cláusula. É a privação da liberdade individual de ir e vir. Existem duas espécies de prisão: a prisão como pena, ou prisão-sanção, decorrente de sentença penal condenatória irrecorrível, utilizada como meio de repressão aos crimes ou contravenções, e a prisão sem o caráter de pena, conhecida genericamente como prisão sem pena (TOURINHO FILHO, 2009, p. 408).

Prisão-pena ou prisão penal é aquela que resulta de sentença condenatória com trânsito em julgado que impôs o cumprimento de pena privativa de liberdade. A sua aplicação só pode ocorrer depois do devido processo penal, dessa forma, devem ser respeitadas todas as garantias e todos os direitos do cidadão. A prisão penal expressa a satisfação da pretensão punitiva ou a realização do Direito Penal objetivo, caracteriza-se pela definitividade (LIMA, 2011, p. 77).

A prisão-pena é decorrente da imposição do Estado àquele que for reconhecidamente culpado por uma sentença, de haver cometido uma infração penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de integrar a ordem jurídica injuriada (TOURINHO FILHO, 2009, p. 408).

Prisão cautelar é decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, com o propósito de assegurar a eficácia das investigações ou do

processo criminal. Entre o momento da prática do delito e a obtenção do provimento jurisdicional definitivo, existe risco de certas situações comprometerem a atuação jurisdicional, com isso, impera o caráter da adoção de medidas cautelares, com o objetivo de atenuar esse risco. A prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal. Trata-se de medida de natureza excepcional, que não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, pois o juízo que se faz na sua decretação não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade (LIMA, 2011, p. 77-78).

3.2 Espécies de prisão processual e sua (I)legalidade

A prisão cautelar ou processual é subdividida em: prisão preventiva, prisão em flagrante, prisão temporária, prisão em decorrência de pronúncia, prisão em decorrência de sentença penal condenatória e prisão para condução coercitiva. As modalidades de prisão sem pena, de interesse processual, serão tratadas neste trabalho, são as seguintes: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária.

3.2.1 A prisão em flagrante

A prisão em flagrante é uma medida de autodefesa da sociedade, caracterizada pela privação de liberdade de locomoção daquele que é surpreendido em situação de flagrância, a ser executada independentemente de prévia autorização judicial (LIMA, 2011, p. 177).

Flagrante deriva do latim *flagrare*, que significa queimar. *Flagrantis* é o brilhante, resplandecente, ou seja, o que é notório, visível, evidente. Está em situação de flagrante delito, portanto, aquele que é surpreendido no instante em que comete o crime, em uma circunstância evidente, irrecusável, que traz a certeza visual do crime, e que permite, dada a notoriedade da situação, a prisão imediata do agente (CUNHA; LORENZATO; FERRAZ; PINTO, 2006, p. 136).

Flagrante significa o que é manifesto ou evidente, quanto ao ato que se pode observar no exato momento em que ocorre. A prisão em flagrante é uma modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina a infração penal. Essa modalidade de prisão é autorizada pela Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso LXI, sem a expedição de mandado de prisão pela autoridade judiciária, caracterizando seu caráter administrativo.

Inicialmente, essa modalidade de prisão tem caráter administrativo, pois o auto de prisão em flagrante, formalizador da detenção, é realizado pela Polícia Judiciária, mas torna-se jurisdicional quando o juiz toma conhecimento dela e, ao invés de relaxá-la, a mantém, por considerar legal. Então, cabe ao juiz, após a consolidação do auto de prisão em flagrante, decidir se existe o *periculum in mora*, permitindo ou não que o indiciado fique em liberdade (NUCCI, 2008, p. 587-588).

O artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal esclarece que "ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

É importante ressaltar que a autoridade policial comece, formalmente, a lavratura do auto de prisão em flagrante quando certificado, antes, pela narrativa oral do condutor, das testemunhas presentes e até mesmo do preso, de que houve realmente flagrante por um fato típico. Afastada a autoria por ter constatado o erro, o sujeito não será preso, determinando sua soltura (NUCCI, 2008, p. 598).

A prisão em flagrante delito tem como finalidade assegurar o êxito da ação penal. Pode o Estado, na persecução penal pré-processual, praticar atos coativos contra o indiciado mediante ordem cautelar, administrativamente imposta, em que atinge a liberdade daquele que foi apanhado cometendo um crime. Mesmo quando imposta administrativamente, a medida cautelar fica sujeita a um controle jurisdicional *a posteriori*, uma vez que pode ter atingido, irregularmente e sem justa causa, o direito de liberdade (MARQUES, 2003, p. 16-17).

O controle jurisdicional da prisão em flagrante é feito dentro de 24 horas, a contar da efetivação da prisão, ainda fora da delegacia de polícia. Deve-se dar nota de culpa ao preso e enviar os autos da prisão em flagrante ao juiz competente, de acordo com os artigos 306 e 307 do Código de Processo Penal. Esse prazo é improrrogável, pois é ato constitutivo de cerceamento da liberdade e configura um natural constrangimento. Se a nota de culpa não for expedida ou for expedida fora do prazo, considera-se ato abusivo do Estado e pode implicar na responsabilidade da autoridade (NUCCI, 2008, p. 601).

As principais funções da prisão em flagrante são evitar a fuga do infrator; auxiliar nos elementos informativos, ou seja, auxiliar nas persecuções penais

deflagradas a partir de um auto de prisão em flagrante; impedir a consumação do delito no momento da prática da infração ou quando acabou de cometê-la (LIMA, 2011, p. 177-178).

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 587):

A natureza jurídica da prisão em flagrante é de medida cautelar de segregação provisória do autor da infração penal. Assim, exige-se a aparência da tipicidade, não se exigindo nenhuma valoração sobre a ilicitude e culpabilidade, outros dois requisitos para a configuração do crime. É a tipicidade o *fumus boni juris* (fumaça do bom direito).

Flagrante delito é o crime cuja prática é surpreendida por alguém no próprio instante em que o delinquente executa a ação penalmente ilícita. A prisão em flagrante tem destaque no aspecto de medida cautelar. Com a captura e detenção do réu, não só se tutela e garante o cumprimento posterior da lei penal, como garante a colheita de provas e elementos de convicção sobre a prática do crime (MARQUES, 2003, p. 71-72).

Vale ressaltar que a prisão em flagrante não exige ordem judicial, podendo ser realizada por qualquer pessoa. A natureza jurídica da prisão em flagrante é de um ato administrativo de cunho cautelar, cujo objetivo é preservar a prova, na medida em que imediatamente se ouvem vítimas e testemunhas, colhe o interrogatório do preso, preserva o local do crime, etc. Mas, em razão do princípio da inocência, a prisão em flagrante não se presta como antecipação da pena e, por isso, somente deve ser mantida quando presentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, relacionados no artigo 312 do Código de Processo Penal (CUNHA; LORENZATO; FERRAZ; PINTO, 2006, p. 137).

Antes da Lei nº 12.403/11, prevalecia na jurisprudência o entendimento de que a prisão em flagrante era modalidade autônoma de custódia provisória, sendo justificável a manutenção do indivíduo sob cárcere, independentemente de sua conversão em preventiva depois da homologação do auto de prisão em flagrante. O fundamento desse entendimento se dá pelo artigo 334 do Código de Processo Penal, em que o indivíduo poderia ficar preso em flagrante até o trânsito em julgado. Diante do artigo 310 do Código de Processo Penal, não mais se justifica que alguém permaneça preso em flagrante durante todo o processo, para que isso ocorra é imprescindível a presença de uma das hipóteses para a prisão preventiva. Então, a

pessoa não permanece presa por causa do flagrante, mas pela conversão da prisão em flagrante em preventiva (LIMA, 2011, p. 181).

3.2.2 A prisão preventiva

Toda e qualquer espécie de prisão processual para manter-se na legalidade está subordinada aos pressupostos e requisitos da prisão preventiva, assim, inexiste, pelo nosso sistema constitucional e infraconstitucional, tipo de prisão de caráter acautelatório, automática, instantânea. Ela é injusta porque vai atingir a dignidade da pessoa humana e a liberdade do cidadão, contudo, o exercício do *jus puniendi* pelo Estado por intermédio do Poder Judiciário poderia restar comprometido se o indivíduo permanecesse em liberdade. Desse modo, as sociedades modernas aceitam e adotam a prisão preventiva, mesmo sem a existência contra alguém de uma sentença condenatória definitiva (VASCONCELOS, 2008, p. 716-717).

São, no mínimo, três requisitos para a decretação da prisão preventiva: prova de existência do crime (materialidade), indícios suficientes de autoria, mais uma das situações descritas no artigo 312 do Código de Processo Penal, como garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, garantia da aplicação da lei penal (NUCCI, 2008, p. 604).

Segundo José Frederico Marques (2003, p. 55), além de a prisão preventiva poder ser decretada como garantia de ordem pública, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da pena, é preciso que exista o *periculum in mora* a fim de justificar a custódia do acusado.

A prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal. No processo criminal, a prisão preventiva pode ser decretada de ofício pelo magistrado, sempre que estiver em preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos legais descritos desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (LIMA, 2011, p. 226).

São pressupostos da prisão preventiva: a natureza do crime, a probabilidade de condenação, o *periculum in mora*, o controle jurisdicional prévio. A ordem de

prisão preventiva é sempre precedida de controle jurisdicional, de acordo com o artigo 311 do Código de Processo Penal. E o artigo 315 determina que "a decisão que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada". Precedendo essa medida cautelar à prisão penal resultante de sentença condenatória, antecipa-se, com a sua decretação, o resultado provável do processo, colocando-se o réu, desde logo, sob custódia, a fim de que não frustrem os objetivos da persecução penal. Tratando-se de provimento ou medida cautelar, a prisão preventiva é procedimento jurisdicional. O juiz, ao decretar ou denegar a custódia preventiva, atua para decidir situação litigiosa derivada do conflito entre o poder cautelar do Estado e o direito de liberdade do réu (MARQUES, 2003, p. 50).

É obrigação do juiz colocar em liberdade qualquer indiciado ou réu preso cautelarmente, se não existirem os requisitos da prisão preventiva, tendo em vista a sistemática adotada pela Constituição Federal de 1988, que privilegia a liberdade em detrimento da prisão (VASCONCELOS, 2008, p. 721).

De início, são os elementos informativos do inquérito policial, ou de outra informação sobre o delito, que servem de base à imposição do ato coativo. Se, posteriormente, a prova colhida na instrução mostrar que não existem os elementos informativos para fundamentar a decretação da prisão, é possível a revogação da prisão preventiva decretada (MARQUES, 2003, p. 62).

A prisão preventiva se justifica como forma de preservação da ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal e como garantia da futura aplicação da lei penal. Tem caráter de prisão cautelar de natureza processual e, sendo assim, deve preencher os requisitos típicos de toda medida cautelar. Existem dois pressupostos na prisão preventiva que, presentes, autorizam a sua decretação: a presença de prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria. Em relação à existência do crime, não pode existir dúvida, é preciso a prova da materialidade do delito. Mas, em relação à autoria do delito, não é exigida a certeza absoluta, bastam indícios, probabilidade razoável de autoria delitiva, analisada de acordo com o arbítrio do juiz (CUNHA; LORENZATO; FERRAZ; PINTO, 2006, p. 142).

Se para a sentença condenatória o processo penal exige um juízo de certeza, para a decretação das medidas cautelares o juízo aceitável será o da

probabilidade, ou seja, contenta-se com a possibilidade de ter o réu ou o indiciado concorrido para a prática do crime (VASCONCELOS, 2008, p. 718).

A prisão preventiva tem as seguintes características: pode ser decretada durante a fase de investigação policial e durante o processo; é cabível a sua decretação de ofício pelo magistrado durante a fase processual; para ser decretada basta o preenchimento dos pressupostos constantes do artigo 313 do Código de Processo Penal e deverá ser sempre fundamentada; não tem prazo determinado (LIMA, 2011, p. 226-227).

A previsão de decretação da prisão preventiva como ato de ofício do magistrado, sem que qualquer interessado o provoque, é mais uma mostra de que o juiz, no processo penal brasileiro, afasta-se de sua posição de absoluta imparcialidade (NUCCI, 2008, p. 604).

A lei não determina prazo para a duração da prisão preventiva, como ocorre com a prisão temporária. A regra é que sua duração seja determinada de acordo com a necessidade da instrução, não podendo ultrapassar eventual decisão absolutória, nem com o trânsito em julgado de decisão condenatória, pois, a partir desse ponto, estará diante de prisão-pena. A prisão preventiva tem finalidade de assegurar o bom andamento da instrução criminal, e de acordo com o princípio da razoabilidade não pode se prolongar indefinitivamente, por culpa do juiz ou por atos do órgão acusatório. Se assim acontecer, configura constrangimento ilegal (NUCCI, 2008, p. 603).

Segundo Fernanda Maria Alves Gomes Aguiar (2011, p. 2): "A exacerbação dessa providência excepcional, principalmente por meio da manutenção do preso provisório encarcerado por mais tempo que o legalmente previsto, ou seja, o excesso de prazo na prisão, avilta os preceitos constitucionais".

A Súmula 697 do Supremo Tribunal Federal permite o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo, mesmo no caso de crime hediondo. Essa Súmula tem fundamento no artigo 5º, inciso LXV, da Constituição Federal, que dispõe a imediata soltura do acusado quando é submetido à prisão ilegal. O excesso de prazo na prisão provisória é tão condenado que o relaxamento da prisão nessas condições independe da gravidade do crime ocorrido, por causa da ilegalidade. Do contrário, vai existir ofensa à Constituição Federal, já que o preso provisório é inocente.

Corriqueiramente, os prazos são extrapolados, seja na conclusão do inquérito policial, seja no oferecimento da denúncia e/ou no término da instrução criminal. O constrangimento ilegal não é reconhecido e os acusados permanecem presos (AGUIAR, 2011, p. 3-4).

A garantia da ordem pública nos dias atuais é a porta aberta para a prática de abusos e violências contra a liberdade individual. Na atualidade, o estardalhaço em torno de determinados fatos, nem sempre criminosos, tem induzido a decretação de prisões, simplesmente para se dar uma falsa sensação de segurança à população, contudo, à custa da dor e do sofrimento desmerecidos das pessoas. É fato conhecido de qualquer brasileiro mediano que a mídia tem influenciado na decretação de prisões e, não raro, lançando também suspeições indevidas contra tribunais e juízes porque agiram de modo diferente. Desse modo, o clamor público não pode ser fundamento, nem pode ser invocado por nenhum juiz ao decretar a prisão de alguém (VASCONCELOS, 2008, p. 718).

A garantia de ordem pública deve ser visualizada pelo trinômio da gravidade de infração, da repercussão social e da periculosidade do agente. A afetação da ordem pública constitui importante ponto para a credibilidade do Judiciário. Tem que ser apurado o abalo à ordem pública, mas não somente pela divulgação que o delito alcança nos meios de comunicação. É preciso ter cuidado com o sensacionalismo e é importante manter o bom senso para distinguir quando há estardalhaço indevido sobre um determinado crime, inexistindo abalo real à ordem pública, da situação de divulgação real da intranquilidade da população, após o cometimento de grave infração penal (NUCCI, 2008, p. 605-606).

O risco que corre a Justiça Penal na prisão preventiva é evidente, mas necessário, já que a tutela jurídico penal não pode privar-se das medidas cautelares, sob pena de enfraquecimento substancial da atividade repressora dos órgãos estatais, na luta contra o crime. Sendo assim, além do controle jurisdicional necessário para decretação da prisão, o legislador procura medidas eficazes para cercar o réu de garantias, só admitindo a sua prisão quando o juiz verificar todas as condições imprescindíveis para a decretação da medida ou providência cautelar (MARQUES, 2003, p. 65).

É preciso denunciar as ilegalidades das prisões quando, por exemplo, o indiciado exerceu o direito constitucional ao silêncio ou se amparou no princípio da

não autoincriminação. A prisão preventiva deve ser aplicada como garantia à aplicação da lei penal, em caso de uma eventual condenação do réu, pois a preocupação é na fuga do réu e o risco da não aplicação da lei penal. Uma prisão fundamentada nesse requisito deve estar escorada em dados concretos, reais. Não existe espaço para especulações e conjunturas em matéria de prisão cautelar (VASCONCELOS, 2008, p. 720).

Seria injustificável que, não havendo probabilidade alguma de condenação do réu, o juiz ainda o mantivesse sob custódia preventiva, violando de modo incompreensível o direito de liberdade do acusado. Mais do que caracterizada estaria, no caso, a falta de justa causa para a coação cautelar e, portanto, a ilegalidade desta (MARQUES, 2003, p. 54).

Um dos fatores de desautorização da decretação da prisão preventiva é o argumento de que o agente estará melhor sob a custódia do Estado do que solto, podendo ser objeto de vingança de terceiros, inclusive de familiares da vítima (NUCCI, 2008, p. 606).

A Constituição subornou a prisão, de maneira inflexível e rigorosa, ao princípio da legalidade, contudo, se o *status libertatis* do indivíduo for atingido por alguma coação ilegal ele pode afastá-la mediante *habeas corpus*. Em determinado caso, a coação cautelar, dela não se fará aplicação, se manifestamente injustas as restrições que vai impor ao réu ou indiciado (MARQUES, 2003, p. 29-30).

3.2.3 A prisão temporária

A prisão temporária é uma modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficaz investigação, quando se trata de apuração de infração penal de natureza grave. Está prevista na Lei nº 7.960/89 (NUCCI, 2008, p. 584).

A prisão temporária é uma espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária durante a fase preliminar de investigações, com prazo preestabelecido de duração. Acontece quando a privação de locomoção do agente for indispensável para obter elementos quanto à autoria e à materialização das infrações penais. As infrações penais, motivo para a prisão temporária, encontra-se no artigo 1º da Lei nº 7.960/89 e nos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/90, artigo 2º) (LIMA, 2011, p. 301).

A prisão temporária torna-se despropositada e reacionária quando não leva em conta para sua decretação o elemento da sua real necessidade para a *persecutio criminis* em cada caso concreto. Tanto a prisão temporária quanto as outras modalidades de prisão somente podem ser decretadas por autoridade judiciária competente, de acordo com o artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal (VASCONCELOS, 2008, p. 709-710).

Os requisitos para a decretação de prisão temporária acontecem: quando for fundamental para o inquérito policial; quando o indiciado não tiver residência fixa, ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento da sua identidade; quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado em crimes como homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto violento, epidemia com resultado de morte, envenenamento com morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro (LIMA, 2011, p. 302).

Diferente da prisão preventiva, que não possui prazo predefinido, o prazo de duração da prisão temporária é de, no máximo, cinco dias, prorrogáveis uma única vez, por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade. Esse prazo pode ser de, no máximo, 30 dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, no caso de crimes hediondos, tortura, tráfico de drogas e terrorismo (LIMA, 2011, p. 317).

Terminado o prazo estipulado pelo juiz (com ou sem prorrogação), deve o indiciado ser imediatamente liberado pela própria autoridade policial, independentemente da expedição de alvará de soltura pelo juiz. Tem-se admitido que, durante o prazo da prisão temporária, a autoridade policial, constando que prendeu a pessoa errada ou não havendo mais necessidade da custódia cautelar, liberte o suspeito ou indiciado, sem autorização judicial. Deixar de soltar o indivíduo implica abuso de autoridade (artigo 4º, i, da nº Lei 4.898/65). A prisão só poderá ser mantida em decorrência da decretação da prisão preventiva, que passaria a vigor após o término da temporária (NUCCI, 2008, p. 585-586).

4 INDENIZAÇÃO

Em relação ao *quantum* indenizatório, diante da ocorrência de danos patrimoniais causados pelo Estado na prisão indevida como perda de dia de trabalho, demissão do emprego, gasto com a contratação de advogado, lucros cessantes, danos emergentes ou perda de uma chance, o cálculo se torna mais simples do que aquele que se relaciona aos danos de cunho moral.

A prisão indevida é passível de gerar o dano patrimonial e moral. A natureza da liberdade pessoal e a sua importância para o homem fazem gerar um prejuízo especial a sua perda, impondo ao Estado a responsabilidade de indenizar também o dano pessoal em que se consubstancia tal perda. A indenização deve corresponder ao valor de avaliação da diminuição sentida pelo lesado em seu patrimônio, seja de natureza material, atingindo o patrimônio da pessoa e consistindo em perda monetária decorrente da sua redução (dano emergente) ou da supressão de possibilidade de seu aumento (lucro cessante) ou de natureza moral, a atingir aspectos não econômicos dos bens jurídicos da pessoa (HENTZ, 2000, p. 13).

Vale ressaltar que os valores e os direitos violados são distintos quando comparado com a seara criminal e outras áreas do Direito. O cerceamento da liberdade de uma pessoa causa prejuízos imensuráveis, principalmente quando esse indivíduo é inocente e não violou nenhum bem jurídico tutelado. Dessa forma, assiste-lhe o direito de não poder o Estado se eximir de indenizá-lo, por haver restringido a sua liberdade durante a persecução criminal ou depois de uma sentença condenatória.

A prisão ilegal assim como o erro judiciário atentam contra inúmeros dispositivos constitucionais e legais, dentre os quais se destacam a dignidade humana, a inviolabilidade do direito à liberdade, à honra e à imagem, todos eles passíveis de reparação, quer no aspecto moral, quer no material, conforme prescreve o texto constitucional (PANTALEÃO; MARCOCHI, 2004, p. 20).

Existe uma dificuldade na aceitação do dano moral e isso tem relação com o problema da liquidação. É importante estabelecer a extensão do dano moral para que o arbitramento da importância seja suficiente ao ressarcimento do mal causado pela conduta lesiva. O dano moral não pode ser tratado em face da dor sofrida pela vítima, pois é impossível ser aferido objetivamente o que transcorre no íntimo da

pessoa, ainda mais quando se trata de um indivíduo que foi privado de sua liberdade. A natureza da liberdade pessoal e a sua importância para o homem fazem gerar um prejuízo especial a sua perda, impondo ao Estado a responsabilidade de indenizar também o dano pessoal em decorrência da privação da liberdade. Sendo assim, diante de toda essa problemática para estabelecer um parâmetro referente ao dano moral por prisão indevida, seria de grande relevância o aditamento de regras a serem seguidas pelo juiz (HENTZ, 1996, p. 76-77).

A liquidação do dano moral e pessoal depende do arbitramento. Deverá ser fixado um valor em dinheiro suficiente para a indenização do tempo de indevida privação de liberdade. Seria conveniente que a lei prefixasse a indenização para cada dia de sua duração, o que deverá ser feito mediante lei ordinária que vier a regulamentar o inciso LXXV do artigo 5º da Constituição Federal (HENTZ, 1996, p. 78).

Assim, importa ao acusado ser indenizado quando suportou sozinho o encargo de uma prisão preventiva, que se mostrou indevida e, portanto, violada sua garantia constitucional do direito à liberdade, configuram danos de ordem material e/ou moral que devem ser indenizados pelo Estado, distribuindo os encargos que suportou sozinho com toda a sociedade, não se podendo admitir que as prisões preventivas sejam utilizadas para satisfazer a pretensão da opinião pública pela ilusão de justiça imediata (SANTOS, 2015, p. 3).

Uma vez, portanto, submetido o réu à prisão indevida, não importa o motivo, fará jus a indenização às custas do Estado. A legítima atuação estatal, quando lesiva ao particular, será sempre fonte de indenização, se o benefício coletivo for conseguido à custa do sacrifício da liberdade individual. O Estado tem o dever de proteger a liberdade pessoal e conseqüentemente a obrigação de indenizar o indivíduo preso indevidamente em qualquer circunstância (HENTZ, 2000, p. 6).

Os erros judiciários e judiciais, bem como a prisão indevida, seja esta executiva seja cautelar, serão sempre passíveis de indenização. O direito de reparar os danos causados é previsto como uma garantia fundamental do indivíduo pela Constituição Federal, abrangendo os danos patrimoniais, morais e pessoais que o cidadão venha a sofrer (FRANCO, 2012, p. 11).

Luiz Antonio Soares Hentz (1996, p. 71) reafirma ao dizer que quando o indivíduo é submetido à prisão indevida fará jus à indenização às custas do Estado, não importando eventual licitude do motivo ou o caráter de sua ilicitude.

Ademais, o sistema penitenciário brasileiro apresenta riscos de maior gravidade que comprometem a integridade física e mental do preso. O preso, além dos danos emocionais, psíquicos, mentais, pode sofrer danos físicos e estéticos, por motivos diversos. Sem dificuldade, pode-se observar frequentes brigas e rebeliões ocorridas no complexo prisional. A violência que compromete a integridade física pode deixar sequelas por toda uma vida, sendo necessária a reparação desses danos.

4.1 Ocorrência de danos patrimoniais e extrapatrimoniais

O artigo 5º, X, da Constituição Federal prevê expressamente a responsabilização por dano moral. Seus termos são os seguintes: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Uma pessoa só pode ser privada de sua liberdade quando comprovado o seu envolvimento no crime. Quando essa comprovação não existe ou existe de maneira equivocada e a pessoa sofre limitações em sua liberdade, ela poderá promover ação indenizatória contra o Estado, para ser reparada do dano sofrido. Os danos sofridos em decorrência da prisão indevida tomam uma enorme proporção na vida do indivíduo. Os danos sofridos podem ser de ordem patrimonial, moral e pessoal.

O direito geral à liberdade é o direito de ser livre, desde o nascimento até a morte, o direito de não estar subjugado a outrem, o direito de ir e vir, salvo a restrição em virtude do cometimento do crime (LÔBO, 2001, p. 87).

Quando uma pessoa é presa indevidamente por uma conduta realizada por um agente público, o Estado será obrigado a indenizá-la pelo dano causado. Nesse caso, a ação de indenização vai ser proposta com o objetivo de reparar danos patrimoniais (danos materiais) e extrapatrimoniais (danos morais). Danos patrimoniais porque o indivíduo deixou de trabalhar, deixou de sustentar sua família (dano reflexo), perdeu oportunidades de emprego, além de gastos judiciais. Os

danos morais caracterizam-se pela vergonha de estar preso, pela discriminação sofrida pela sociedade, pela honra ferida, pelo sofrimento, pela privação da liberdade que é um direito fundamental do ser humano.

Em relação ao dano pessoal, a lesão que o ser humano pode sofrer em sua integridade pode afetar um órgão, uma função, membros, a parte estética ou ainda as atividades psíquicas. Essas lesões podem gerar efeitos transitórios ou permanentes. No que diz respeito à saúde mental, no conceito mais amplo, deve ser ressaltado que também ofende a pessoa aquele que, por sua ação ou omissão, cause um distúrbio psíquico, emocional, causando sofrimento. Nessa hipótese, a incolumidade da pessoa também é atingida, merecendo a devida proteção (CASSILO, 1987, p. 146-147).

A lesão que atinge uma pessoa não traz reflexos somente a ela, mas também aos que com ela convivem, tanto na família como nas relações de trabalho. O lesionado não só merecerá uma indenização pelo dano moral, mas, também, pela privação de suas atividades normais, que pela própria natureza do homem produzem uma satisfação. A lesão causa uma ofensa também por privá-lo dessa atividade (CASILLO, 1987, p. 154).

Além dos aspectos relativos à capacidade laborativa decorrente de lesão física, o dano moral e estético sofrido pela vítima também são indenizáveis. Os reflexos de uma lesão repercutem sob vários aspectos na vida do indivíduo. Mais difícil ainda quando o dano sofrido é irreversível, de efeitos permanentes, prolongando-se por toda a existência futura do indivíduo (HOFMEISTER, 2002, p. 195).

Nos tribunais, em relação aos direitos da personalidade, a referência frequente à "dor" moral ou psicológica deixa o julgador sem parâmetros seguros de verificação da ocorrência do dano moral. A dor é uma consequência, não é o direito violado. No que concerne à esfera psíquica ou íntima da pessoa, seus sentimentos, sua consciência, suas afeições, sua dor correspondem a dos aspectos essenciais da honra, da reputação, da integridade física ou a outros direitos da personalidade (LÔBO, 2001, p. 96).

A reparação dos danos decorrentes do erro judiciário constitui um verdadeiro direito da vítima contra o Estado, hoje elencado como uma garantia constitucional

assegurada, como estampa o artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal. Constatado o erro judiciário, cumpre restabelecer o *status quo ante*, de preferência *in natura*, mas quando isso não for possível, se dá a equivalência econômica, indenizando tudo aquilo que deixou de lucrar em virtude da equivocada condenação. A reparação deve ser integral, ou seja, abranger todas as dimensões jurídicas, econômicas e morais, nas quais o condenado tenha sido afetado. Deve abarcar a cessação da pena privativa de liberdade e o restabelecimento dos direitos eventualmente atingidos pela sentença condenatória (SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 150-151).

Dispõe a legislação processual penal, no art. 621 do Código de Processo Penal, a hipótese de revisão da sentença para análise de fatos que demonstrem algum equívoco nela contido.

De acordo com o artigo 630 do Código de Processo Penal: "O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos".

O estudo da ação de revisão criminal nos leva à conclusão de que o juízo cível não tem competência para reconhecer erro judiciário decorrente de sentença criminal, pois, conforme estabelece o art. 630, §1º, do Código de Processo Penal, somente incumbem a esse juízo a liquidação e a apuração do *quantum* da indenização. No entanto, não sendo hipótese de revisão criminal, acredita-se que nada impede que o juízo cível reconheça eventual erro judiciário ou judicial, determinando o dever de indenizar. Além do mais, ainda que não reconhecida a obrigação em revisão criminal, o ingresso da ação indenizatória nos parece permitido, se baseado em outros fundamentos que não a sentença objeto de revisão (PANTALEÃO; MARCOCHI, 2004, p. 18).

A responsabilidade civil do Estado consiste no dever de executar prestações destinadas a compensar danos. A manifestação mais usual desse dever é o pagamento de quantia certa em dinheiro, a título de indenização por perdas e danos. Porém, admite-se que, em muitos casos, o pagamento de uma importância em dinheiro não é suficiente ou não é solução apropriada para compensar os danos. Assim, pode-se incluir a obrigação de fazer para a responsabilização civil. Por exemplo, a pessoa que sofreu dano moral em decorrência da indevida imputação de prática de ilicitude pode ser compensada mediante a publicação de notícias sobre a

sua inocência na imprensa, custeada pelos cofres públicos (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1324).

A indenização do dano deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da Administração, ou seja, em linguagem civil, o dano emergente e os lucros cessantes, bem como honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora, se houver atraso no pagamento (MEIRELLES, 2013, p. 736).

Rege o processo penal o princípio da verdade material, uma vez que nele estão envolvidos os bens mais valiosos da pessoa do acusado: sua vida, sua liberdade e sua honra, bens tão valiosos da pessoa humana e, por isso, de natureza indisponível. Provando o condenado sua inocência e caracterizado o erro judiciário para o qual não colaborou, tal fato evidencia que o serviço judiciário funcionou mal. Com isso, deve-se restabelecer ao condenado todos os direitos por ele perdidos em virtude da condenação. Alguns não poderão ser restituídos *in natura*, como o tempo, se sua vida, que lhe foi limitada pelo período que passou na prisão e sua honra desacreditada pela injusta condenação. Assim, deverão ser devolvidos mediante o equivalente econômico, expresso na indenização (SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 80).

O direito à honra, também denominado direito à integridade moral ou à reputação, tutela o respeito, a consideração, a boa fama e a estima que a pessoa desfruta nas relações sociais. A honra que se constrói no ambiente social é o mais frágil dos direitos da personalidade, porque pode ser destruída em virtude de informação maliciosa ou dolosa. A honra deve ser aferida pelo juiz, considerando os valores do lesado em harmonia com os valores cultuados na comunidade em que vive ou atua profissionalmente (LÔBO, 2001, p. 90).

Geralmente, o erro penal é o que mais gravemente lesiona os direitos individuais e foi, historicamente, o primeiro a ser reconhecido como indenizável. A execução de uma condenação injusta, além de ferir a honra do condenado, afasta-o por um período do convívio social e da família, causando distúrbios morais e patrimoniais. Seus efeitos são nefastos, produzindo, não raras vezes, um homem doentio, com sequelas, tomado pelo desespero e por traumas e arruinado economicamente (SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 150).

Os danos morais, em razão da visceral interdependência com os direitos da personalidade, nunca se apresentam como reparação, pois a lesão ao direito da personalidade não pode ser mensurada economicamente, como se dá com os demais direitos subjetivos. Por isso, a indenização tem função compensatória, que não pode ser simbólica, para que a compensação seja efetiva e produza impacto negativo no lesante, nem demasiada para não conduzir ao enriquecimento sem causa do lesado. Deve o juiz valer-se do princípio da proporcionalidade, tendo em vista serem os direitos atingidos muito mais valiosos que os bens e interesses econômicos, cuja lesão leva à restituição. No inciso V do artigo 5º, a Constituição determina que o dano moral seja "proporcional ao agravo" (LÔBO, 2001, p. 96).

O valor da indenização por prisão indevida não serve de reparação pela dignidade e honra atingida, pelo sofrimento causado, nenhum valor pecuniário teria essa serventia, mas isso não é justificativa para que seja fixado valor irrisório, meramente simbólico. Seria uma desvalorização o indivíduo ser indenizado com quantia insignificante, já que a perda da liberdade de um indivíduo inocente, por ser um bem fundamental e precioso na vida de alguém está acima de qualquer avaliação pecuniária. Seria dar pouca importância a própria condenação à indenização pelo dano moral ocorrido. A dor sofrida pela perda da liberdade não pode ser reparada, mas seria minimizada pelo reconhecimento real e efetivo causado e pelo reconhecimento do erro do agente que lhe proporcionou.

Com a indenização, a vítima poderá reingressar na vida social, mas é preciso deixar claro que o Estado deverá fazer o possível para restabelecer a situação anterior ao erro judiciário, dando ao condenado injustamente uma reparação patrimonial proporcional a privação da liberdade e às lesões morais e econômicas que sofreu, visto que foi atingido em sua honra, reputação, liberdade, em seu crédito, etc (DINIZ, 1992, p. 325).

Ao lado do dano patrimonial e do dano moral, existe outra espécie de dano, diante do previsto no artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal. A indenização pelo tempo de privação de liberdade, além do previsto na sentença, assim como um erro judiciário de natureza penal denotam a existência de dano pessoal, como consequência do mero ferimento do direito de liberdade do cidadão. O dano pessoal dispensa a aferição de resultado concreto, bastando que alguém tenha sofrido privação na sua liberdade para que o Estado, como forma de penalização, seja

compelido a indenizar o correspondente período de restrição do direito de ir e vir (HENTZ, 1996, p. 77).

4.2 Direito de regresso

Havendo erro judiciário ou judicial, o magistrado pode ser responsabilizado, mas ele não é o único responsável. Pode ocorrer também, nos casos de prisão cautelar ou em flagrante, por exemplo, que somente sejam admitidas nas hipóteses previstas por lei, que a responsabilidade possa recair não só no Estado, mas, também, por via regressiva, na autoridade policial, no magistrado, no membro do Ministério Público, ou em quem quer que tenha participado do ato (PANTALEÃO; MARCOCHI, 2004, p. 16-17).

A legítima atuação estatal, quando lesiva ao particular, será sempre fonte de indenização se o benefício coletivo for conseguido à custa do sacrifício da liberdade individual. A proteção da liberdade pessoal é dever inafastável do Estado, pois foi uma conquista do cidadão contra o poder soberano. A liberdade pessoal impõe, em qualquer circunstância, a obrigação de indenizar, sempre que alguém sofrer prisão indevida. A responsabilidade do Estado por prisão indevida tem seu fundamento na legislação constitucional (artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal). A responsabilidade existe *ex vi legis* e, por decorrer diretamente da lei, a sua ocorrência não é dependente ao ato de qualquer agente público, é uma causa objetiva de indenização, pois o legislador deu causa à invocação do risco integral. Ademais, para que se tenha o dever de indenizar decorrente da responsabilidade do Estado, é necessário admitir a supressão da liberdade de alguém como uma atividade estatal organizada no interesse público (HENTZ, 1996, p. 73).

Segundo a Lei nº 12.403/11, no artigo 282, § 2º, "as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público".

Durante a fase investigatória, a decretação de medidas cautelares pelo juiz só poderá ocorrer mediante provocação da autoridade policial ou do Ministério Público, isso para evitar graves prejuízos causados pelo afastamento da imparcialidade do magistrado caso fosse admitido que este pudesse decretar uma medida cautelar de natureza pessoal de ofício na fase pré-processual. No curso do

processo, tais medidas poderão ser decretadas de ofício pelo juiz (LIMA, 2011, p. 44-45).

A Constituição Federal, no artigo 37, § 6º, assegura ao Estado ou às entidades privadas prestadoras do serviço público o direito de regresso. O Estado tem o direito de reaver do seu agente ou responsável o valor da indenização que pagou ao lesado, quando aquele procedeu com culpa ou dolo (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 336).

A ação regressiva é medida judicial de rito ordinário, que propicia ao Estado reaver o que desembolsou à custa do patrimônio do agente causador direto do dano, que tenha agido com dolo ou culpa no desempenho de suas funções. Essa ação não cabe se o agente público não agiu com dolo ou culpa. São requisitos da ação: a condenação da Administração Pública a indenizar, por ato lesivo de seu agente; o pagamento do valor da indenização; a conduta lesiva, dolosa ou culposa do agente causador do dano (GASPARINI, 2010, p. 1114-1115).

Existe a possibilidade de o Estado, quando for condenado a indenizar o administrado, ingressar com uma ação regressiva contra o agente público, caso ele seja responsável, por dolo ou culpa, pela condenação do ente público. Para propor a ação regressiva, é importante que o Estado tenha sido condenado a indenizar o lesado por ato prejudicial causado pelo agente (PERIN, 2002, p. 144).

Felipe P. Braga Netto (2008, p. 263) afirma que, quando o Estado é judicialmente responsabilizado, tendo indenizado a vítima, ele pode acionar em regresso o agente público causador do dano, que tenha agido com culpa. É elemento condicionante dessa ação o prévio pagamento da indenização pelo Estado. Ou seja, o Estado não pode ingressar com ação de regresso contra seu agente antes de efetivamente indenizar a vítima, pois seria contraditória tal postura, por gerar enriquecimento sem causa.

O artigo 43 do Código Civil de 2002 estabelece regra semelhante ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, dizendo que "pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo".

Pode-se notar que, em decorrência do artigo 43 do Código Civil e do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, a responsabilidade do Estado, descrita no texto constitucional, é objetiva, mas a responsabilização do agente, perante o Estado, é subjetiva, sendo necessária a comprovação de dolo ou de culpa. Nesse contexto, é relevante a análise dos elementos caracterizadores da responsabilização pública.

A responsabilidade do agente é subjetiva, diferentemente da objetiva, pois exige que se examine o motivo do dano causado, para concluir se a causa ensejadora do dano poderia ser evitada e contornada, caso o agente tivesse adotado o comportamento adequado e compatível para a situação (PESTANA, 2008, p. 513).

Asseguram o artigo 37, § 6º da Constituição Federal e o artigo 43 do Código Civil o direito de regresso em favor do Estado, a ser manejado em face do causador imediato do dano. Dessa forma, em que pese o conhecimento doutrinário e jurisprudencial de que a responsabilidade civil do Estado é direta, ou seja, o dano causado pelo agente público é imputado diretamente à administração, poderá esta voltar-se contra o funcionário, que com seu comportamento culposos causou o dano a ser reparado pelo ente público (MELO, 2013, p. 513).

O entendimento prevalente é que o trânsito em julgado da condenação autoriza o exercício da pretensão de regresso, uma vez reconhecida por sentença acobertada pela coisa julgada a responsabilidade do Estado, assim presente o interesse processual no regresso (CIANCI; QUARTIERI, 2006, p. 440).

A doutrina e jurisprudência entendem que o autor pode escolher entrar com ação indenizatória contra o Estado, hipótese em que a responsabilidade é objetiva; contra o agente público, que terá de provar dolo ou culpa; ou contra o Estado e o agente público, como responsáveis solidários (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 257).

Odoné Serrano Júnior (1996, p. 68) entende que, para que os agentes públicos não sejam incomodados com ações infundadas, com intuito vexatório ou de vingança, o agente público só poderá ser acionado pelo Estado após a ação deste na ação direta, e somente nos casos em que vislumbrar conduta dolosa ou culposa daquele.

No âmbito das decisões judiciárias, até a promulgação da Constituição de 1988, ouvia-se falar que o magistrado não era funcionário público, nem representante, nem preposto do Estado, e sim um agente político, já que o Poder Judiciário era órgão de soberania nacional. Desse modo, os atos e as atividades jurisdicionais não poderiam deflagrar a responsabilidade estatal, a não ser nos casos descritos no artigo 133 do CPC (ARAÚJO, 2009, p. 803).

O juiz só responde pessoalmente nos termos do artigo 133 do Código de Processo Civil em caso de dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providências de seu ofício ou por requerimento das partes. Nota-se com isso que, quando há a necessidade de apurar o dolo ou a culpa, não se trata de responsabilidade objetiva.

O ato judicial típico, que é a sentença ou decisão, enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, nas hipóteses do artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal. Nos demais casos, tem prevalecido no STF o entendimento de que ela não se aplica aos atos do Poder Judiciário e de que o erro judiciário não ocorre quando a decisão judicial está suficientemente fundamentada e obediente aos pressupostos que a autorizam. Ficará, entretanto, o juiz, individual e civilmente, responsável nos expressos termos do artigo 133 do Código de Processo Civil, cujo ressarcimento do que foi pago pelo poder público deverá ser cobrado em ação regressiva contra o magistrado culpado. Porém, nos casos do referido artigo 5º, LXXV, a responsabilidade pelo dano é do Estado, não do juiz. (MEIRELLES, 2013, p. 735).

Diante das faltas cometidas pelo magistrado, nasce para o lesado a prerrogativa de pleitear indenização pelo dano sofrido. Porém, o embaraço surge no momento de eleger quem será o destinatário desse pedido, se o Estado ou o próprio juiz. Pela Teoria da Imputação Objetiva, existe a responsabilidade civil do poder público, atribuindo ao Estado o dever de assumir os riscos da pretensão jurisdicional, já que é um serviço próprio de sua gerência. Com isso, sempre que o magistrado extrapolar as balizas do risco permitido de seu atuar, criando um dano para terceiro, o Estado deve ser chamado para indenizar o prejuízo, podendo acionar o agressor regressivamente. Nessa linha de raciocínio, pode-se dizer que o juiz cria um risco proibido sempre que agir em desconformidade com a lei, ou sempre que desrespeitar o dever de cuidado ao praticar atos arriscados, mas inicialmente permitidos (ANDRADE, 2009, p. 200-201).

O dever estatal de compensar o ato jurisdicional danoso receberia guarita tão somente nos casos lastreados pelo Direito Penal, já que a matéria recebe tratamento expresso no artigo 630 do Código Processual Penal. Por outro lado, no campo do Direito Civil, a responsabilidade seria limitada às hipóteses de dolo, fraude ou desídia nos exercícios das funções, por força do artigo 133 do Código de Processo Civil (ANDRADE, 2009, p. 191).

Caso fique comprovada a existência de dolo ou culpa do agente causador do dano, o Estado tem o dever de promover contra ele uma ação regressiva, com força do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. Essa ação só poderá ser promovida depois do processo no qual o Estado foi condenado a reparar o dano. Agora, caso não fique individualizado o causador do dano, o Estado é responsável, mas não poderá entrar com a ação regressiva, por "culpa anônima do serviço público" (ARAÚJO, 2009, p. 831).

A regra no Brasil é a responsabilidade objetiva do Estado e subjetiva do agente público. O Estado, depois de indenizar a vítima, deverá propor ação de regresso contra o agente, provando-lhe a culpa. Há casos em que a legislação não se satisfaz apenas com a prova de culpa, exigindo o dolo para que haja responsabilização pessoal do agente público. O juiz responde pessoalmente por danos quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude (BRAGA NETTO, 2012, p. 153).

Segundo Matheus Carvalho (2014, p. 345), de acordo com o texto constitucional, após a responsabilização do ente público, seria impositiva ao Estado a propositura de ação de regresso, em face do agente que tenha atuado de forma dolosa ou culposa, ensejando o dano. A ação regressiva proposta em face do magistrado, devido ao princípio do livre convencimento motivado e à garantia de independência do juiz, depende da demonstração de dolo ou erro grosseiro do magistrado, ao prolatar a decisão que causou dano.

Nos casos de erro judiciário provocado por dolo ou culpa do agente judiciário, o Estado, após ter pago a indenização, deverá buscar o ressarcimento contra o agente culpado, em face das consequências nefastas que o erro gera. Além da responsabilidade civil, obrigatória, deve o Estado perquirir sobre eventual responsabilidade penal e administrativa do seu agente, para que receba a devida punição (SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 151).

5 CONCLUSÃO

A vítima da prisão indevida deixa de gozar momentos importantes da vida. Deixa de estar com pessoas queridas, de participar do crescimento e da educação dos filhos, de criar um vínculo afetivo com eles, perde o direito de construir um patrimônio que possibilite seu conforto e de sua família e é discriminada por toda sociedade.

Pode-se notar também que o indivíduo preso indevidamente perde sua dignidade, quando é lesado fisicamente e moralmente, ao pagar por um ato que não cometeu, além de ser discriminado pela sociedade, mesmo quando diante da prisão cautelar é posto em liberdade por falta de provas suficientes da autoria ou da existência do crime.

O Estado não pode se eximir em arcar com indenizações para tentar amenizar o dano causado ao particular em face da indevida restrição à liberdade, além das consequências desse ato na vida pessoal e profissional do indivíduo.

A responsabilidade do Estado segue a teoria do risco administrativo, sendo assim a responsabilidade será objetiva. A responsabilidade civil objetiva ganha uma posição de destaque no novo Código Civil, artigo 927, parágrafo único, refletindo as mudanças da sociedade moderna, com seus avanços tecnológicos, em que os riscos das atividades desempenhadas são cada vez mais frequentes. Além disso, a Constituição Federal, no seu artigo 37, § 6º, não deixa dúvidas de que, no ordenamento jurídico brasileiro, o Estado deve agir de acordo com a teoria da responsabilidade objetiva e que, além da pessoa jurídica de direito público, a pessoa jurídica de direito privado também responde pela mesma teoria, já que os serviços são delegados pelo poder público.

De acordo com a responsabilidade objetiva, o Estado responde pelos atos de qualquer agente público, desde que esteja no exercício de suas funções. A sua principal característica é a relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado. Dessa forma, será responsabilizado civilmente pelos danos causados a terceiros em decorrência de atos praticados por seus agentes, ficando obrigado a pagar as indenizações cabíveis, com o intuito de reparar os prejuízos, entretanto, a Constituição Federal assegura o direito de regresso contra o responsável no caso de dolo ou culpa (artigo 37, § 6º, Constituição Federal).

O Estado é responsável pelos atos dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). O Poder Judiciário é o grande responsável por prestar a tutela jurisdicional, em sua plenitude, exercitando a jurisdição, nesse sentido, assim como explicitado pelo legislador, o magistrado é agente público e sua conduta será imputada ao ente de direito público que ele representa. Quando se está diante de ato jurisdicional criminal e o ente público assume o risco de privar a liberdade dos indivíduos como forma de punição, deve ser responsabilizado pelos prejuízos indevidos que decorrem desse risco.

A norma constitucional estabelece o dever do Estado de indenizar tanto o condenado por erro judiciário quanto a pessoa que permanecer presa além do tempo fixado na sentença, artigo 5º, inciso LXXV. Dessa forma, o magistrado sendo agente público e dele decorrendo um erro, o Estado será responsabilizado por esse ato.

O Código de Processo Civil, no artigo 133, dispõe sobre a possibilidade de o juiz ser pessoalmente responsabilizado, respondendo por perdas e danos, quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou requerimento da parte. A ação indenizatória deve ser proposta em face do Estado, em razão da responsabilidade objetiva, ao invés de demandar diretamente contra o magistrado, ocasião em que a responsabilidade seria subjetiva. Cabe ao Estado exercer seu direito de regresso contra o magistrado ou órgão colegiado, apenas quando estes agirem com dolo ou fraude, caso contrário, deve assumir os erros de seus agentes.

De todas as maneiras, o erro judiciário deve ser visto como um risco inerente ao próprio exercício da função jurisdicional, contudo, compete ao Estado assumir esse erro para figurar na posição de devedor, toda vez que um ato judicial provocar um dano injusto. A justa indenização pelos prejuízos sofridos deve ser pleiteada pela vítima, de acordo com o artigo 630 do Código de Processo Penal.

A prisão indevida caracteriza-se por todas as privações de liberdade individual. A responsabilidade pela prisão indevida pode ser imputada ao magistrado que prolatou a sentença condenatória, como também pode ocorrer antes do processo, no decurso da persecução penal. A liberdade do indivíduo pode sofrer limitações por diversas formas e a prisão indevida não pode ser entendida como

aquela que decorre de uma condenação injusta, mas, sim, toda privação injustificada da liberdade, seja antes seja depois do trânsito em julgado de uma sentença condenatória.

Os danos causados na prisão de um inocente, quando estiver dentro da ilegalidade, ou mesmo na legalidade, têm de ser indenizados, o Estado não pode se eximir de indenizá-los por haver restringido a sua liberdade na fase de persecução criminal ou na fase processual. O erro judiciário não ocorre apenas na sentença criminal de condenação ilegítima, mas também existe a possibilidade de abranger a prisão cautelar injustificada e esta não pode ser excluída do direito à reparação. A responsabilidade diante da absolvição do acusado detido cautelarmente é do Estado, o juiz não poderá ser responsabilizado pessoalmente por isso, pois a privação indevida da liberdade física não decorre necessariamente de erro judiciário. A prisão provisória, mesmo quando lícita, torna-se materialmente injusta quando o detido é inocentado e os danos causados podem ser tão graves quanto os da sentença condenatória. Em decorrência da dignidade da pessoa humana, o inocente tem a garantia fundamental de ser indenizado e ter os danos reparados pelo Estado.

O princípio constitucional da presunção de inocência defende que o indivíduo só poderá ser considerado culpado depois do trânsito em julgado da sentença condenatória. É nesse momento que o réu será responsabilizado e passará a cumprir a pena imposta pelo Estado. Mas, existe a privação da liberdade em decorrência da prisão cautelar como instrumento de garantia do processo penal, nessa fase, da persecução penal até a sentença condenatória, o indiciado é considerado inocente.

Existem várias possibilidades de prisão indevida: a prisão penal de um inocente, onde o sujeito que foi considerado culpado pode ser inocentado; a prisão cautelar devida do sujeito inocente; a prisão cautelar indevida do sujeito culpado, isso ocorre quando o sujeito é culpado e sua liberdade é cerceada dentro da ilegalidade, não sendo seguidos os requisitos descritos na lei para a sua ocorrência e a prisão processual indevida por excesso prazal.

A indenização por erro judiciário e a prisão indevida, seja cautelar ou por sentença condenatória, garantem ao cidadão o direito à indenização. A prisão injusta ofende à honra, a imagem, afronta o direito fundamental à vida livre e digna. O valor da indenização deve levar em consideração a diminuição sentida pelo lesado em

seu patrimônio (dano emergente) ou da supressão de possibilidade de seu aumento (lucro cessante); o dano moral, quando viola aspectos não econômicos dos bens jurídicos da pessoa, e o dano pessoal, bastando a indevida privação da liberdade individual para que o Estado seja obrigado a indenizar o correspondente período de restrição do direito de ir e vir.

Cercear o direito à liberdade do cidadão indevidamente impõe ao Estado o dever de reparar o erro. Além dos danos materiais que este ato pode ocasionar, os danos morais são os que mais abalam a vida do indivíduo, afetando suas relações sociais e deixando, muitas vezes, sequelas para o resto da vida.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ingrid Gadelha de. A contribuição da Teoria da Imputação Objetiva para a responsabilidade civil do Estado pelos Atos Jurisdicionais. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Desembargador Cláudio Américo de Miranda - ESMape**. Recife: ESMAP, v. 14, n. 30, jul./dez. 2009, p. 179-209.

AGUIAR, Fernanda Maria Alves Gomes. Excesso de prazo na prisão processual: violência institucionalizada aos direitos do preso. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2895, 5 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19263>>. Acesso em: 9 maio 2015.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRAGA NETTO, Felipe P. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado: à Luz da Jurisprudência do STF e do STJ e da Teoria dos Direitos Fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2012.

BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Código Civil**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF; Senado, 1998.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 2006.72.12.000660-9/SC. Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria. Disponível em < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/36036805/trf4-judicial-12-04-2012-pg-158>> Acesso em: 24 de abril de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 220982/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma. Disponível em < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/361241/recurso-especial-resp-220982-rs-1999-0057692-6>> Acesso em: 24 de abril de 2013.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2014.

CASILLO, João. **Dano à Pessoa e sua Indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (coord.). Questões Controvertidas. *In*: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita de Cássia Rocha Conte. **Responsabilidade Civil. Responsabilidade Civil do Estado Sob o Enfoque do Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006, p. 425-442.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord.). Direito & Justiça Social. *In*: CAVALIERI FILHO, Sergio. **A Responsabilidade Civil e a Obrigação de Tornar Indene o Ofendido. Perspectiva da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 518-541.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches; LORENZATO, Gustavo Muller; FERRAZ, Maurício Lins; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal Prático**. Salvador: JusPodivm, 2006.

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

DINIZ, Maia Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 7.

_____. _____. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 7.

FRANCO, João Honorio de Souza. Indenização do erro judiciário e prisão indevida. **Tese de Doutorado**. Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em:

<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22042013-085935/en.php>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 15 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. _____. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. Responsabilidade do Estado por prisão indevida. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1092>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

_____. Responsabilidade do Estado por Prisão Indevida. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: ano 85. vol. 730, 1996, p. 68-79.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

JORDÃO, Eduardo Ferreira. O abuso de direito como ilicitude cometida sob aparente proteção jurídica. **Revista Baiana de Direito**. Salvador: JusPodivm, v. 4, jul./dez. 2009, p. 255-292.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito Administrativo. 10 ed. ver. atual e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 6, abr./jun. 2001, p. 79-98.

MAEDA, Renata de Souza. Nexo causal na responsabilidade civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3933, 8 abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27530>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. rev. e atual. São Paulo: Millennium, V. 4, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MEIRELLES, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. Responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 505, 24 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5961>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil - Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord.). Direito & Justiça Social. *In*: MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **A Responsabilidade Civil e a Obrigação de Tornar Indene o Ofendido. Considerações sobre a Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 491-517.

NORONHA, Fernando. Âmbito da responsabilidade civil. **Revista Trimestral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 12, out./dez. 2002, p. 39-58.

NORONHA, Fernando. O nexó de causalidade na responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 14, abr./jun. 2003, p. 53-77.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 5 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Geraldo Porto de. **Dano Moral: Proteção Jurídica da Consciência**. 3 ed. atual. São Paulo: De Direito, 2003.

PANTALEÃO, Juliana F.; MARCOCHI, Marcelo C. Indenização: erro judiciário e prisão indevida. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 416, 27 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5642>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

PERIM, Jair José. A Responsabilidade Civil do Estado e o Dano Moral. **Revista de Informação Legislativa**. n. 155. Brasília, ano 39, jul/set 2002, p. 143-152.

PESTANA, Marcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RODOVALHO, Thiago; MIGUEL, Jamil; NICOLAU, André; FILHO, Heinemann; ALAMO, Fabrício Peloia Del; OLIVEIRA, Alexandre Cindler de. (Orgs). Temas de Direito Contemporâneo. *In*: RODOVALHO, Thiago. **Contributo para o Estudo sobre os Pressupostos do Ato Ilícito e da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Milenium, 2014, p. 341-359.

SANTOS, Áviner Rocha. Responsabilidade civil do Estado por prisão preventiva indevida. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52820&seo=1>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

SOUZA, Renata Silva e. O Princípio da Presunção de Inocência e sua aplicabilidade conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 out. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.33559&seo=1>>. Acesso em: 03 maio 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos judiciais**: O Serviço Judiciário visto como um Serviço Público essencial num Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 1996.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito Processual Penal**. 7 ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2012.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. **Direito Civil**: Direito das obrigações e Responsabilidade Civil. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012, v. 2.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 6, abr./jun. 2001, p. 3-20.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

VASCONCELOS, Maurício. Prisão cautelar. Vingança do Estado ou instrumento de garantia do Processo Penal? *In*: FOPPEL, Gamil (coord). **Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio. Estudos e homenagem ao prof. Fernando Santana**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 707-722.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006, v.4.

_____ Novos paradigmas da responsabilidade civil. **Revista Magister de Direito e Processo Civil**. Porto Alegre: Magister, ano 5, n. 27, nov./dez. 2008, p. 38-44.