

RBDGP

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO E GESTÃO PÚBLICA

- ARTIGO DE REVISÃO -

Responsabilidade civil do estado por prisão ilegal

Dulceia Maria dos Santos Assis

Diplomada em Direito pela UFCG, especialista em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública, e, pós-graduanda em Ciências Penais, pela Universidade Anhanguera-Uniderp

Resumo: Trata-se de um artigo de revisão no qual tentou-se abordar a responsabilidade civil do estado por prisão ilegal. Constatou-se que ainda é conflituoso o posicionamento da doutrina e da jurisprudência no que diz respeito à responsabilidade civil do Estado no âmbito do Poder Judiciário. A prisão ilegal, de certo, atinge o status dignitatis e libertatis do cidadão, primeiramente em virtude da ilegal constrição ao direito de locomoção - ir e vir, tolhendo a liberdade física, fato que por si só autoriza a indenização. Além disso, não se deve desconhecer que outros prejuízos advindos do encarceramento ilegal subsistem, como as injúrias físicas perpetradas contra o preso, dentro das celas dos presídios ou dos distritos policiais, colocando em risco sua integridade física e moral, causando-lhe constrangimento, humilhação e diminuição em sua autoestima. Os fundamentos da responsabilidade do Estado, face à prisão ilegal, residem na correta interpretação dos princípios e regras constitucionais, especialmente o § 6º, do art. 37 da Constituição Federal. Assim, não existindo causa apta para a privação da liberdade pessoal em definitivo, a prisão não é devida, impondo ao Estado o dever de indenizar. O fundamento da indenização por prisão ilegal é a assunção de responsabilidade, frente ao risco assumido, a que o Estado adere por força da legislação que impõe o dever de indenizar, atribuindo a responsabilidade ao poder público, e tornando imperativa a sua obrigação perante o particular. Há, portanto, o dever do Estado de indenizar o ofendido, buscando sempre atingir dois objetivos: compensar a vítima e punir o ofensor. Todavia, as indenizações são fixadas com base nos dispositivos do Código de Telecomunicações e Lei de Imprensa e a aplicação deles resulta em valores ínfimos diante da gravidade da ofensa imposta àquele preso ilegalmente.

Palavras-chave: Prisão ilegal. Estado. Responsabilidade civil.

Liability of the state for unlawful arrest

Abstract: This is a review article in which we attempted to address the liability of the state for unlawful imprisonment. It was found that the position is still conflicting doctrine and case law regarding the liability of the State under the Judiciary. The illegal arrest, right, reaches dignitatis libertatis and status of citizens, primarily because of illegal constrict the right of locomotion - come and go, hindering physical freedom, that fact alone authorizes compensation. Moreover, one should not ignore that other losses arising out of the unlawful imprisonment remain, such as physical injuries perpetrated against trapped within the cells of prisons or police stations, endangering their physical and moral integrity, causing him embarrassment, humiliation and a decrease in self-esteem. The fundamentals of state responsibility in the face of unlawful detention, reside in the correct interpretation of the principles and especially § 6 constitutional rules of art. 37 of the Constitution. Thus, absence apt for deprivation of personal freedom because ultimately, the arrest is not due, the State imposing the duty to indemnify. The basis of compensation for unlawful imprisonment is the assumption of responsibility, against the risk assumed, that the State adheres under the law imposing the duty to indemnify, assigning responsibility to the government, and making it imperative to their obligation to the particular. There is therefore the duty of the State to indemnify the offended party, always seeking to achieve two objectives: to compensate the victim and punish the offender. However, the compensation shall be fixed under the provisions of the Telecommunications Code and the Press Law and the application of these results in minute amounts on the severity of the offense to that imposed illegally seized.

Keywords: Illegal Prison. State. Liability.

1 Introdução

A Constituição Federal protege o cidadão contra práticas arbitrárias, no que concerne a sua prisão, que caso ocorra, deverá ser efetivada em obediência ao artigo 5º, incisos III, XI, XLIX, LIII, LIV, LV, LVII, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, dentre outros que visem a proteção contra a prisão ilegal, injusta, violenta e arbitrária. O Código de Processo Penal, por sua vez, trata da prisão nos seus artigos 282 e seguintes, onde encontra-se os casos em que a custódia pode realizar-se e as formalidades que devem ser obedecidas.

Quando exerce o seu poder de restrição da liberdade pessoal, na verdade o Estado está atuando em nome da própria sociedade, que, por meio de seus representantes, edificam a ordem institucional vigente. Entretanto, para que exerça o seu poder quando chamado a fazê-lo, o Estado somente pode atuar restringindo a liberdade pessoal se o fizer em estrita obediência aos princípios e ao regramento legal vigente, legitimando sua ação. Havendo abusos, irregularidades, arbitrariedades ou caso a restrição da liberdade pessoal venha a se configurar desnecessária, o Estado deve ser responsabilizado para que os danos causados ao indivíduo sejam integralmente reparados.

A liberdade do indivíduo como direito inalienável, oponível até contra àquele que detém o direito de punir, ou seja, o próprio Estado, sempre foi objeto de garantia constitucional, inobstante o Estado, como detentor do *ius puniendi* possa restringir a liberdade individual e o direito de locomoção, através da prisão, haja vista que cabe-lhe, o dever de manter a paz social e garantir a ordem pública.

Sendo a liberdade um dos direitos fundamentais do ser humano, foi esta elevada ao patamar de garantia constitucional, reconhecendo-se a preservação do direito de locomoção, atribuindo-se, entretanto, à legislação ordinária processual penal, prever as hipóteses em que tal direito de locomoção seja coibido ou restringido provisoriamente por meio de prisão. Entretanto, se o Estado abusa na atividade de limitação da liberdade, deve ressarcir a vítima do excesso ou arbitrariedade, tal como ocorre nas obrigações de indenizar decorrentes de atos praticados por particulares.

O presente artigo tem por objetivo abordar a responsabilidade civil do estado por prisão ilegal.

2 Revisão de Literatura

2.1 Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais

É ainda conflituoso o posicionamento da doutrina e da jurisprudência no que diz respeito à responsabilidade civil do Estado no âmbito do Poder Judiciário. Opiniões variam, da total irresponsabilidade até a responsabilidade segundo a teoria do risco administrativo. Justifica-se a irresponsabilidade pela necessidade de preservar a independência do judiciário (autoridade da coisa julgada) e a soberania dos juízes como órgãos de soberania nacional.

Contudo, a tese da irresponsabilidade do Estado pelos danos causados no exercício da função jurisdicional está sendo aos poucos refutada, pois, pelo princípio da

igualdade dos encargos sociais, o Estado tem o dever de indenizar todo e qualquer dano sofrido pelo particular quando paciente do serviço público, seja ele de que natureza for, incluindo-se o exercício da função jurisdicional, sem prejuízo da responsabilização pessoal do juiz mediante ação regressiva (MEIRELLES, 2003).

O Estado ao assegurar o pronunciamento judicial como único meio de estabilizar definitivamente qualquer direito conflitado deve responder pelos prejuízos resultantes da sua má atuação em fazer aplicar tal dogma constitucional (VENOSA, 2003).

A finalidade da tutela jurisdicional é garantir que o direito objetivo material seja obedecido. Para tanto, estabelece a obrigatoriedade de o juiz cumprir determinados prazos, tomar providências preliminares, proferir sentença, etc.; constituindo garantia constitucional implícita à prestação apoiada no princípio da legalidade, através do qual o Estado deve suportar a lei que ele próprio fez, sendo inconciliável com o sistema, o fato de não gerar responsabilidade o descumprimento do direito positivado.

Neste sentido, Diniz (2005, p. 647) se posiciona da seguinte forma:

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 não permite que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito individual. Se ao Estado compete assegurar o pronunciamento judicial sobre qualquer conflito jurídico, ele deve responder por prejuízos oriundos da sua má atuação em fazer aplicar aquele dispositivo constitucional.

Ademais, conforme estabelece o art. 37, §6º da Carta Constitucional, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos (concessionárias e permissionárias), responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Desta forma, 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.

Interessante observar que o artigo constitucional estabeleceu duas relações de responsabilidade, quais sejam: a do poder público e seus delegados na prestação de serviços públicos perante a vítima do dano, baseada no nexo causal; e a do agente causador do dano, perante a Administração ou empregador, baseada no dolo ou culpa, possibilitando que o Estado exerça seu direito de regresso nos casos de culpa exclusiva de seus funcionários, o que não lhe exime da obrigação indenizatória perante o particular (MEIRELLES, 2003).

Constata-se aí, pois, a existência de uma responsabilidade subjetiva, que deriva da culpa do agente, e de uma responsabilidade objetiva, decorrente do risco que a atividade desenvolvida provoca à sociedade; como corolário do princípio oriundo do direito romano, que aquele que lucra com uma situação deve responder pelo

risco ou pelas desvantagens dela resultantes (RODRIGUES, 2003).

A Constituição Federal garante a todos o direito de reparação aos danos patrimoniais ou morais sofridos e a tutela de seus direitos e garantias fundamentais sem distinção, em relação à responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais ou de qualquer de seus agentes, se de aspecto civil, penal, trabalhista, etc; bem como o direito de todos a petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder e, ainda, por ordem constitucional, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Não há, portanto, como negar a responsabilidade civil do Estado perante àquele que sofrer uma agressão ou dano decorrente de atividade jurisdicional (MEIRELLES, 2003).

Em relação à responsabilidade pessoal do magistrado por ato jurisdicional, importante analisar o art. 133 do Código de Processo Civil que, deve ser analisado à luz da Constituição Federal de 1988. Aplicado o mandamento constitucional, observa-se que, na hipótese do juiz proceder com dolo ou fraude no exercício de suas ações, a responsabilidade civil recai sobre o Estado que haverá direito de regresso em face de seu agente e, no caso de haver recusa, omissão ou retardamento, sem justo motivo, em providência que deva ser ordenada de ofício, ou a requerimento da parte, a responsabilidade civil será pessoal do juiz, com natureza correccional (DI PIETRO, 2004).

De acordo com esta previsão, a obrigação de indenizar é pessoal do magistrado quando tenha agido com dolo (posto que a fraude é uma conduta dolosa) e culpa, sob a modalidade de negligência, ou seja, recusar, omitir ou retardar (RODRIGUES, 2003).

A esse respeito, observa-se que a ação de indenização pode ser impetrada contra o magistrado diretamente, permanecendo a cargo de o lesado optar por ingressar com ação contra a Fazenda Pública. Nestes casos, o magistrado poderá responder sempre diretamente perante o lesado. Quando, porém, não derive de prática de crime, a responsabilidade civil, além de só ser admitida nos casos especialmente previstos na lei, só poderá ser efetivada mediante ação de regresso exercida por parte do Estado contra o magistrado. A responsabilidade pessoal do juiz, no entanto, não exclui a responsabilidade do Estado, sendo possível que o lesado ingresse com a competente ação contra ambos, solidariamente.

2.2 Responsabilidade do Estado face à prisão ilegal

Ponderável fundamento jurídico obriga o Estado a indenizar a vítima de dano provocado por sua indevida atuação, pois, como ao particular, não lhe é dado ficar imune à responsabilidade em face de uma conduta ilícita que causou dano ao administrado. A atribuição de responsabilidade ao Estado por prisão ilegal, 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 (CAPEZ, 2005).

A prisão que origina o direito à indenização é legítima na medida em que o ordenamento jurídico a

protege e regula. A proteção da coletividade justifica o risco da prisão ilegal, 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).

Na hipótese de prisão ilegal, o fundamento da indenização deve ser focado como um problema de assunção de responsabilidade, a que o Estado adere por força da legislação, que impõe o dever de indenizar a vítima de prisão indevida. O ato lícito em que, regularmente, consiste na prisão, advém do normal exercício do estatal. O Estado renuncia a sua soberania quando assume o dever de indenizar a quem ficar preso indevidamente (QUIRINO, 1999).

O risco inerente à privação de liberdade coloca o poder público frente à lei, a responder pelos comportamentos violadores do direito alheio em que incorreu. E isso porque, o princípio da igualdade de todos perante a lei, acolhido pelo Estado moderno, leva forçosamente ao reconhecimento da antijuridicidade do comportamento estatal, que agrava desigualmente a alguém, ao exercer atividades no interesse de todos, sem ressarcir ao lesado (VENOSA, 2003).

A legítima atuação estatal, vista por esse aspecto, quando lesiva ao particular, será sempre fonte de indenização se o benefício coletivo for conseguido à custa do sacrifício da liberdade individual. Não se trata de comparação entre os valores protegido e ofendido. A proteção da liberdade pessoal, dever inarredável do Estado e uma conquista do cidadão contra o poder soberano impõe, em qualquer circunstância, a obrigação de indenizar, sempre que alguém sofrer prisão ilegal.

Mesmo diante da imprecisão da lei maior em alguns aspectos sobre o tema, o direito brasileiro assegura a indenização nos casos de prisão ilegal, pois a liberdade pessoal goza de total proteção da Constituição Federal, que previu a possibilidade de indenização por danos morais e patrimoniais em que sejam lesados referidos direitos. Dessa forma, o poder que tem o Estado de restringir a liberdade pessoal, via prisão, não é absoluto e caso esse poder seja utilizado sem a observância das normas previstas, o ente estatal ficará obrigado a indenizar os danos causados ao particular (RODRIGUES, 2003).

Em se tratando, especialmente da responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal, a decorrente obrigação de indenizar representa um reforço à garantia dos direitos individuais e se estabelece em função da própria norma constitucional em seu artigo 5º, "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade" e inciso X, "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (BRASIL, 2000a, p. 16).

A responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal insere-se no contexto da responsabilidade objetiva,

conforme consagrada a teoria do risco administrativo, bastando a comprovação do nexo de causalidade entre o fato lesivo e o dano, sendo o Estado obrigado a indenizar o particular. Entretanto, em caso de prisão ilegal, 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 (QUIRINO, 1999).

A responsabilidade, portanto, existe por decorrer diretamente da lei, não depende, portanto, de sua ocorrência estar ligada a ato de qualquer agente público. É uma causa objetiva de indenização, proclamada diretamente da Constituição Federal em seu art. 37, § 6º:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso nos casos de culpa ou dolo (BRASIL, 2000a, p. 23).

O Estado somente não será responsabilizado pela reparação do prejuízo na hipótese do dano ter ocorrido por culpa exclusiva do lesado ou de terceiro (desde que comprovado que o Estado não concorreu, de nenhum modo, para a existência do ato lesivo), ou na ocorrência de caso fortuito e força maior.

A prisão ilegal, de certo, atinge o *status dignitatis* e *libertatis* do cidadão, primeiramente em virtude da ilegal constrição ao direito de locomoção - ir e vir, tolhendo a liberdade física, fato que por si só autoriza a indenização. Além disso, não se deve desconhecer que outros prejuízos advindos do encarceramento ilegal subsistem, como as injúrias físicas perpetradas contra o preso, dentro das celas dos presídios ou dos distritos policiais, colocando em risco sua integridade física e moral, causando-lhe constrangimento, humilhação e diminuição em sua autoestima (VENOSA, 2003).

Ademais, consoante estabelece o art. 630, do Código de Processo Penal, o Tribunal, se o interessado requerer, poderá reconhecer o direito à justa indenização por prejuízos sofridos, que será liquidada no juízo cível, respondendo a União, no caso da condenação ter sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça (BRASIL, 2000b).

No entanto, dispõe mencionado artigo que a indenização não será devida se o erro ou injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder, bem como se acusação houver sido meramente privada.

2.3 O Dano

Resume-se o dano à consequência de uma desasturada atuação do poder público. A atitude do órgão pode ser lesiva à esfera de direitos do particular por sua própria força (quando é contrária à esperada) ou pela interferência de fatores outros (e os efeitos se revelam contrários ao esperado). Não existiria *a priori* uma

"conduta lesiva", ou um rol delas. Apresenta-se na verificação *a posteriori*, e se concretiza na análise do resultado, que é o dano, e não na causa, que é a ação danosa (DI PIETRO, 2004).

Assim, no que concerne à prisão ilegal, é imprescindível que se tenha em mente, sempre, se tratar de atividade de risco. Há um risco contínuo e imaneente no poder de privação da liberdade física dos indivíduos. Isso implica a verificação posterior da ilegalidade no agir. O dano se traduz, no Direito, em prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequência da violação destes por fato alheio. E sendo o Estado o agente provocador da lesão de direito, um sentimento de justiça social lhe impõe a obrigação de indenizar, estando ínsita nessa expressão a idéia de que a justiça não se realizará se alguma espécie de dano ficar sem reparação.

A prisão ilegal constitui ofensa à liberdade pessoal da pessoa humana e com o advento da Constituição Federal de 1988 o direito a liberdade foi erigido à categoria de direito da personalidade e sua violação impõe ao ofensor a obrigação de indenizar o ofendido, conforme preceitua o art. 5º, caput concomitante com o inciso V, assim é garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (BRASIL, 2000a).

Assim, é do efeito da lesão que se aferirá o caráter do dano, questionando-se se a repercussão recaiu sobre o patrimônio do lesado ou não. No dano moral, com efeito, não há diminuição patrimonial sentida em termos monetários, o que tem ensejado algumas discussões sobre o seu cabimento. O dano moral é o que atinge aspectos não econômicos dos bens jurídicos da pessoa. É uma ofensa ao patrimônio não econômico, não se confundindo com o dano material. Tais afirmativas não significam que, o dano patrimonial descaracteriza o dano moral, sendo possível resultar da concomitância de lesões duas indenizações, uma pelo dano material e outra pelo dano moral.

Em regra, o dano provoca lesão de natureza material, atingindo o patrimônio da pessoa que sofre o prejuízo. Trata-se da perda monetária mediante a redução do patrimônio ou da supressão de possibilidade de seu aumento (para a primeira hipótese, se diz emergente, quando recai sobre um interesse atual ou relativo a um bem pertencente a uma pessoa já no momento em que ele ocorre; para a segunda, se o objeto é um interesse futuro ou se refere a uma coisa ainda não pertencente ao lesado, se diz lucro cessante). Mas as características podem não ser mensuráveis, quando então se diz ser o dano moral.

O estabelecimento da extensão do dano moral é um passo necessário para que se suceda o arbitramento de importância suficiente ao ressarcimento do mal causado pela conduta lesiva. A mensuração dos efeitos do próprio ato lesivo, considerado em si mesmo, seria um exercício adequado para se chegar à possível dimensão do dano como sentido pelo particular. Assim porque o dano moral não poderia ser tratado em face da dor sofrida pela vítima. O que transcorre no íntimo das pessoas é impossível de ser aferido objetivamente, ainda mais em se tratando das aflições daquele que foi privado de sua liberdade. O

sentimento de cada um é algo muito próprio, sem paradigma que sirva de base para considerações. Seria de bom alvitre, por tudo isso, que a legislação ditasse regras a serem seguidas pelo juiz quando do arbitramento da indenização por dano moral (DI PIETRO, 2004).

O caráter distintivo do dano moral é o seu conteúdo, que não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, a emoção, a vergonha, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa. Porém, a maior dificuldade do dano moral é precisamente o fato de não encontrar correspondência no critério valorativo patrimonial.

De acordo com Diniz (2005, p. 99):

A indenização não paga a dor sofrida, por ser esta indenizável, isto é, insuscetível de aferição econômica, pois, seria imoral que tal sentimento pudesse ser tarifado em dinheiro ou traduzido em cifras de reais, de modo que a prestação pecuniária teria uma função meramente satisfatória, procurando tão-somente suavizar certos males, não por sua própria natureza, mas pelas vantagens que o dinheiro poderá proporcionar, compensando até certo ponto o dano que lhe foi injustamente causado.

Assim, temos que a atribuição de um valor para indenização de danos morais sofridos é difícil tarefa que precisa ser desempenhada com cautela, observando-se, sempre, o atendimento aos objetivos de tal indenização: a compensação da vítima e a punição do ofensor.

Não há, portanto, como contestar o cabimento da indenização por danos morais quando se trata da decretação de prisões ilegais, porque conforme restou demonstrado, a prisão causa um grande mal ao cidadão, ferindo o direito fundamental de liberdade e causando enormes prejuízos na esfera íntima, chegando a desmoralizar publicamente o prejudicado (RODRIGUES, 2003).

Alguns doutrinadores afirmam a existência da figura do dano pessoal, assim considerada à privação de liberdade em si mesma, independentemente dos efeitos materiais e morais que é capaz de causar no patrimônio e na pessoa de quem a sofre. Para essa corrente, não é necessário dano efetivo para incidir a indenização específica por prisão indevida, o que não afasta, contudo, a reparabilidade das lesões patrimonial e moral, deve, portanto, ser fixado um valor em dinheiro suficiente para a indenização do tempo de indevida privação da liberdade.

No entanto, Quirino (1999, p. 57) se mostra contrário a esse pensamento. Para ele:

Danos morais e danos pessoais são expressões sinônimas que qualificam os mesmos prejuízos, ou seja, aqueles sofridos pela lesão praticada contra direitos da personalidade. Neste sentido, o autor defende que a norma constitucional apenas garantiu o direito a uma indenização pelo dano moral sofrido, sem necessidade de demonstrar a efetiva ocorrência do prejuízo, já que a sistemática e os princípios adotados pela constituição

consideram implícita a existência do dano moral pelo fato da perda da liberdade.

Pela exposição, restou demonstrada que a existência de dano contra o direito à liberdade pessoal é um dos elementos necessários para a caracterização da responsabilidade civil do Estado e que, sendo aquele direito inerente à personalidade de todo indivíduo, somente pelo fato da prisão ilegal já fará jus o lesado a pelo menos uma indenização por danos morais.

2.4 Da polêmica do *quantum* indenizatório

Em se tratando de dano material, a indenização pode apresentar caráter de recomposição patrimonial, fixando-se um montante pago de uma só vez ou natureza alimentar, mediante o pagamento de pensão mensal. Quanto a esse último, a sua ocorrência se dá, primeiramente em caso de morte do ofendido, devendo o pagamento corresponder a uma pensão, por parte do Estado, conforme dispõe o art. 948, incisos I e II do Código Civil. Quando a indenização patrimonial versar sobre a perda ou diminuição da capacidade laborativa, o suporte legal a embasar a reparação será o art. 950 do Código Civil. Sendo caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o fundamento legal para fixar o montante indenizatório será o art. 949 do Código Civil (BRASIL, 2004).

Quanto aos danos morais, a indenização não significa necessariamente o preço da dor, como querem alguns doutrinadores, mesmo porque, verdadeiramente nenhum dinheiro paga ou corresponde exatamente ao sofrimento do prejudicado, mas por outro lado, pode abrandar os efeitos que o ato danoso causou (DI PIETRO, 2004).

Convém lembrar com relação aos danos morais que, a dificuldade de se apurar o *quantum* indenizatório encontra-se na falta de equivalência econômica de tal dano, onde o ressarcimento dos danos morais não tende a *restitutio integrum* do dano causado; tende mais a uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompensa, em certo modo, o sofrimento ou humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência (próprio do ressarcimento), pelo de reparação que se obtém atenuando de maneira indireta em consequência dos sofrimentos daquele que padeceu de uma lesão, evidenciasse desse modo a subjetividade da indenização por danos morais, o que acarreta a dificuldade de se determinar um valor econômico, sem poder se utilizar de qualquer correspondência (DINIZ, 2005).

Para ocorrência da condenação por danos morais, são exigidos os mesmos requisitos caracterizadores dos danos materiais, ou seja, a presença do resultado danoso, a conduta omissiva ou comissiva do Estado, bem como o nexo de causalidade entre conduta e resultado. Deve-se, no entanto lembrar que a responsabilidade estatal, de acordo com nosso ordenamento jurídico (art. 37, § 6º da Constituição), obedece à teoria objetiva, na modalidade do risco administrativo, pela qual a responsabilidade não se liga ao elemento culpa, sendo desnecessário se provar a culpa do agente público, em decorrência de ato praticado no exercício de suas funções, admitindo-se, dessa maneira,

a responsabilidade sem culpa, decorrente apenas do risco da atividade estatal.

Todavia, o grande problema encontrado para se proceder a uma avaliação justa, reside no fato de que a quantia devida pelo dano moral não obedece, na maioria das vezes a uma regra pré-estabelecida que defina claramente qual o rumo a ser tomado na fixação do montante indenizatório (RODRIGUES, 2003).

Assim, com base na inexistência de um padrão geral que oriente o julgador na fixação do quantum indenizatório, a doutrina e a jurisprudência oferecem, como regras ou critérios a serem utilizados para se aferir o montante correspondente à reparação, o disposto no Código Brasileiro de Telecomunicações e na Lei de Imprensa que assim estabelecem:

Art. 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações: Na estimação de dano moral, o juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão das ofensas.

Art. 53 da Lei de Imprensa

No arbitramento da indenização em reparação de dano moral o juiz terá em conta notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - a intensidade do dolo ou grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou civil fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação (BRASIL *apud* DINIZ, 2005, p. 102).

Desta forma os seguintes fatores precisam ser observados: a gravidade e repercussão do ato danoso; a intensidade do sofrimento imposto à vítima; a capacidade econômica do ofensor e a posição social e política do ofendido.

O primeiro elemento a ser avaliado é a gravidade e repercussão do fato lesivo. Em se tratando de prisão ilegal, não há como negar que o indevido encarceramento gera sérios prejuízos à esfera da vida privada do cidadão, sem falar nos rumores e comentários que logo se alastram, causando na comunidade local, verdadeiro rebuliço e comentários dos mais variados. A prisão repercute na vida do indivíduo preso injustamente de maneira tão brutal que, nem mesmo o reconhecimento judicial de sua inocência, mediante absolvição e prestação de indenização por parte do Estado, apagam as conseqüências avassaladoras que tal acontecimento pode originar.

Quanto à intensidade do sofrimento imposto à vítima, é igualmente inquestionável, tendo em vista que a angústia experimentada no cárcere provoca um abalo interior e uma baixa da autoestima, sem falar na superlotação e promiscuidade do ambiente prisional, que colocam em jogo a integridade física e psíquica do preso, gerando sentimento de humilhação e constrangimento (RODRIGUES, 2003).

O terceiro requisito aferível para se estabelecer o valor da indenização, diz respeito à capacidade econômica

do ofensor, o que no caso em tela é representada pelo Estado, entidade com poder econômico suficiente para compensar a dor e o sofrimento vivenciado pelo ofendido, de maneira significativa, fazendo valer a teoria do desestímulo, que por sua vez, imprime ao ofensor o pagamento de quantia razoável, o bastante que venha a compensar os danos causados e que ao mesmo tempo produza efeitos inibitórios ou sancionador, para que atos dessa qualidade não sejam repetidos. Buscando-se também com o exemplo, a melhoria na prestação dos serviços, posto ser a finalidade do Judiciário pacificar os litígios com justiça.

Assim, a condição social do ofendido constitui elemento que deve ser apreciado com cautela, não podendo servir de obstáculo à reparação, ou dar causa a indenizações extremamente parcimoniosas, tendo em vista que a maior parte dos abusos cometidos pelos agentes públicos, nos casos de prisão ilegal, com a violação do *status libertatis* e *dignitatis* do cidadão atinge, em sua maior parte, pessoas das camadas mais pobres, desprestigiadas socialmente. Fato que por si só não diminui a dor ou a torna diferente quando comparada ao mesmo sofrimento experimentado por pessoa que ocupa posição de destaque na sociedade (VENOSA, 2003).

Os dois últimos elementos - capacidade econômica do ofensor e condições sociais do ofendido devem ser analisados, observando-se o critério da razoabilidade, tendo em vista que a decisão final não pode configurar enriquecimento ilícito do ofendido, e muito menos, isenção de responsabilidade por parte do ofensor. Dessa maneira, a forma de indenização que maior eficácia apresenta, é a que atende aos aspectos: compensação do dano e punição ao ofensor.

Entretanto, é de se notar que o Código Brasileiro de Telecomunicações e a Lei de Imprensa são normas específicas que tratam, evidentemente, dos danos morais decorrentes do uso das telecomunicações e da imprensa.

A esse respeito já se posicionou Diniz (2005, p.101):

Mesmo que a Lei de Imprensa tarife a indenização, fixando pisos máximos para pagamento de certas infrações, não traz segurança e certeza de reparação do dano moral, pois, por ser norma especial não se aplica ao direito comum, nem tem o poder de afastar a incidência do princípio geral do Código Civil, aberto à ampla reparação do dano moral.

E mais, os dispositivos legais acima transcritos e inúmeras decisões a respeito, utilizam-se da apreciação da "posição social e política do ofendido" como critérios determinantes para valorar a indenização. Cumpre-nos, pois, observar traços discriminatórios nos requisitos a serem considerados na fixação do quantum indenizatório, gerando assim valores insignificantes nas indenizações decorrentes de prisão ilegal, visto que, as prisões ilegais com frequência são contra cidadãos desprestigiados socialmente, pertencentes a camadas mais baixas da sociedade, assim a aplicação de tais dispositivos sempre ira gerar valores ínfimos, não trazendo compensação satisfatória à vítima de ato violento sofrido e nem tão

pouco acarretando a punição do ofensor, no caso o Estado (VENOSA, 2003).

Óbvio que a repercussão de um dano pode ser maior ou menor em virtude da posição social e política do ofendido, porém, o que se visa indenizar é a dor moral. O sofrimento que por falta de medidas, é igual para todos nós, independentemente de qualquer outro fator. Aliás, se o sofrimento moral não tem preço, não tem valor econômico é discriminatório o requisito que determina levar-se em conta a posição social e política do ofendido. É dizer-se que de acordo com a posição ocupada pelo indivíduo, na sociedade, sua dor seria maior ou menor.

Assim, em não havendo normas específicas para os casos de danos morais decorrentes de prisão ilegal, deveriam as decisões utilizar-se das leis de imprensa e Código de Telecomunicações apenas como parâmetros na quantificação do dano moral e sempre em consonância com os dispositivos legais constantes do Código Civil e do Código Penal que tratam desses casos e que podem assim, atender os objetivos das indenizações por danos morais, auxiliando os magistrados na obtenção de valores justos, punitivos e compensatórios (QUIRINO, 1999).

A esse respeito, Diniz (2005, p. 100-101) se posiciona da seguinte forma:

Fácil é perceber que essa lei poderá servir de parâmetros, balizando o raciocínio judicial, mas não deverá ser utilizada em todos os casos, deixando a vítima sem o adequado ressarcimento [...]. Ante a dificuldade de estimação pecuniária do dano moral, a disparidade de julgados, para alguns autores, o mais sensato seria que houvesse uma disciplina legal prescrevendo, para impedir excessos, uma indenização tarifada em salários mínimos, atendendo as peculiaridades de cada caso, ou a fixação de teto mínimo e de teto máximo para determinação da quantia indenizatória.

Para quem defende a existência de danos com caráter pessoal, ou seja, modalidade diversa do dano material e moral, que se apóia independentemente no ordenamento jurídico, por força da previsão constitucional (art. 5º, LXXV), a apuração do *quantum* indenizatório se faz mediante arbitramento. Esse posicionamento admite tripla possibilidade de reparação em virtude da prisão indevida - indenização do dano patrimonial, moral e pessoal.

3 Considerações Finais

Diante dos temas levantados no decorrer da pesquisa, percebe-se a importância de que desfruta a responsabilidade civil do Estado, sem dúvida, sendo a teoria do risco administrativo a que melhor atende aos anseios de um Estado Democrático de Direito, fundado sobre princípios como o da isonomia. Mais especificamente, no que toca à responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal, tendo em vista a posição clássica da doutrina e entendimento predominante dos tribunais, no sentido de que o Estado-Juiz, não pode ser responsabilizado por atos danosos que venha a praticar contra particular. Pois, as garantias que cercam a

magistratura brasileira, previstas para assegurar a independência do Poder Judiciário, em benefício da Justiça, produziram a falsa idéia de intangibilidade, inacessibilidade e infalibilidade do magistrado, gerando, muitas vezes, o efeito de liberar o Estado da responsabilidade pelos danos injustamente causados aos jurisdicionados.

Quanto à prisão ilegal, afirmam os partidários da irresponsabilidade que o art. 5º, LXXV, da Constituição, não abrange a prisão ilegal, tendo em vista que a literalidade do termo empregado no citado dispositivo de prisão indevida, abrange tão somente a decretada em virtude do erro judiciário e a que advém do cumprimento de pena em prazo superior ao estabelecido em sentença condenatória.

Assim, esses argumentos foram refutados ao longo da pesquisa, chegando-se à conclusão de que a reparação decorrente da inacertada atuação estatal é providência lógica no ordenamento normativo pátrio, em função de já ser comprovada a desmistificação do Poder Judiciário e a sua soberania exclusiva, onde, cremos que era inevitável tal acontecimento, visto que, é inadmissível pretender o monopólio da atividade judiciária sem antes assumir os eventuais riscos que porventura seriam gerados pelo manuseio da máquina judiciária.

Quanto à prisão ilegal está a depender ainda de adequada regulamentação, para facilitar o exercício do direito assegurado ao lesado, mas que não fica afastado pela sua inexistência, impondo a aplicação dos princípios gerais que decorrem do ordenamento jurídico.

Constata-se que os fundamentos da responsabilidade do Estado, face à prisão ilegal, residem na correta interpretação dos princípios e regras constitucionais, especialmente o § 6º, do art. 37 da Constituição Federal. Assim, não existindo causa apta para a privação da liberdade pessoal em definitivo, a prisão não é devida, impondo ao Estado o dever de indenizar. O fundamento da indenização por prisão ilegal é a assunção de responsabilidade, frente ao risco assumido, a que o Estado adere por força da legislação que impõe o dever de indenizar, atribuindo a responsabilidade ao poder público, e tornando imperativa a sua obrigação perante o particular.

Há, portanto, o dever do Estado de indenizar o ofendido, buscando sempre atingir dois objetivos: compensar a vítima e punir o ofensor. Todavia, as indenizações são fixadas com base nos dispositivos do Código de Telecomunicações e Lei de Imprensa e a aplicação deles resulta em valores ínfimos diante da gravidade da ofensa imposta àquele preso ilegalmente.

Todavia, existem dispositivos do Código Civil Brasileiro que, combinados com dispositivo do Código Penal, podem ser aplicados nos casos de indenização por danos morais decorrentes de prisão ilegal, compensando de forma mais ampla a vítima e punindo de forma mais eficaz o ofensor.

4 Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2000a.

_____. **Código de processo penal.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000b.

_____. **Código de Processo Civil.** 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 12. ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 19. ed.v.7. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Juarez de. **Código civil.** 37 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 19. ed.v.7. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

QUIRINO, Arnaldo. **Prisão ilegal e responsabilidade civil do Estado.** São Paulo: Atlas, 1999.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade civil.** 20. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Artigo submetido em 23/04/2013
Aprovado em 08/06/2013