

VINÍCIUS PICOLO DE ALMEIDA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO FRENTE ÀS PRISÕES
CAUTELARES INDEVIDAS**

CURSO DE DIREITO – UNIEVANGÉLICA

2021

VINÍCIUS PICOLO DE ALMEIDA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO FRENTE ÀS PRISÕES
CAUTELARES INDEVIDAS**

Projeto de monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. M. e. Alessandro Gonçalves da Paixão.

CURSO DE DIREITO – UNIEVANGÉLICA

2021

VINÍCIUS PICOLO DE ALMEIDA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO FRENTE ÀS PRISÕES
CAUTELARES INDEVIDAS**

Anápolis, 25 de Maio de 2021

Banca examinadora:

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiro a Deus por ter me mantido no caminho certo durante este projeto com saúde, paciência, perseverança e principalmente por ter me dado forças para chegar até o final deste árduo trabalho de pesquisa.

Sou grato à minha família e amigos pelo apoio que sempre me deram durante toda a minha vida, principalmente ao meu padrinho Cássio Lima Jacob, o qual sempre acreditou em mim e nunca mediu esforços para me auxiliar no que fosse preciso.

Deixo um agradecimento especial ao meu orientador Alessandro Gonçalves Da Paixão pelo incentivo, apoio, cuidado, paciência com os meus surtos semanais e pela dedicação ao meu trabalho de pesquisa, sou imensamente grato por tudo que fez por mim até aqui.

Por último, quero agradecer também ao Centro Universitário de Anápolis - UniEvangélica e todo o seu corpo docente, em especial a M. e. Aline Seabra Toschi, a qual, através de seu artigo Jean Bodin e sua relação com o Iluminismo Constitucional, foi peça fundamental para o deslinde final desta pesquisa.

RESUMO

Este trabalho busca analisar e discutir o ato jurisdicional como fonte de responsabilidade civil do Estado frente às prisões cautelares, abordando os principais aspectos que tange a aplicação da jurisdição em relação às prisões cautelares, bem como suas modificações ao caminhar da história através das questões debatidas através dos capítulos. Assim, ao decorrer do presente trabalho demonstra-se possível, entendermos a possibilidade jurídica da aplicação da responsabilidade civil, assim com as condições oportunas para a aplicação de uma medida cautelar, a qual não se limita apenas a aplicação atual da lei no estado em que se encontra, mas em todo o seu processo histórico e jurídico de formação, sendo lapidado por influências externas em seu constante processo de modificação.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade. Princípio. Justiça. Prisão. Clamor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – NOÇÕES GERAIS	3
1.1 Estado, e seus limites para responsabilização	3
1.2 Medidas cautelares nas normas brasileiras.	6
1.3 Princípios norteadores das medidas cautelares	8
CAPÍTULO II – ORDEM E PROGRESSO OU REGRESSÃO PERANTE O CAOS .	11
2.1 Evolução histórica do ordenamento jurídico penal brasileiro.....	11
2.2 Princípio cautelar da excepcionalidade.	13
2.3 Relativização dos princípios constitucionais.....	14
2.4 A aplicação da teoria do risco administrativo	16
CAPÍTULO III – LIBERDADE ENTRE GRILHÕES.....	20
3.1 Direito e moral	20
3.2 Clamor social por justiça	22
3.3 Entendimento dos Tribunais Superiores	26
CONCLUSÃO	28
REFERÊNCIAS.....	30

INTRODUÇÃO

O trabalho monográfico buscou analisar a ascensão de casos decorrentes de erro judicial, principalmente no que tange às prisões cautelares, por se tratar de uma discussão atual é, de extrema relevância social, a qual vem sendo debatida em instâncias superiores, sendo dividido didaticamente em três capítulos distintos porem complementares construídos através da pesquisa bibliográfica baseada em contribuições de diversos autores sobre o assunto em questão, por meio de consulta a livros periódicos.

Ao decorrer do primeiro capítulo foram discutidas as hipóteses de responsabilidade civil do estado frente às prisões cautelares indevidas em relação ao ato jurisdicional levando em questão sua real eficácia em relação aos procedimentos jurisdicionais, considerando seus limites para aplicação.

Em seguida, através da exposição da aplicação do direito no caso concreto, atentando-se aos princípios constitucionais em especial, o princípio da excepcionalidade, em consonância a teoria do risco administrativo, o segundo capítulo norteou os limites para a sua aplicação do direito, assim como expôs a relação entre o ato jurisdicional errôneo e a ausência do devido processo legal.

Ao analisar o conflito entre Direito e Moral abordando os parâmetros do senso comum de justiça, o terceiro capítulo expôs a interferência dos dilemas sociais por meio do clamor social por justiça à aplicação da norma coercitiva, fechando o raciocínio dos capítulos anteriores através do paralelo entre o texto de lei e o entendimento jurisprudencial.

Ao decorrer de todo o trabalho, torna-se perceptível que, apesar de a disposição legal ser clara a respeito dos limites para a responsabilização, o direito se encontra em constante modificação, onde o atendimento aos procedimentos previstos em lei tidos como certos por ora, é de extrema importância para o caminho equilibrado da jurisdição, visto que o desequilíbrio gera lesão à tutela jurisdicional, interferindo diretamente no entendimento jurisprudencial

CAPÍTULO I – NOÇÕES GERAIS

É consolidado no nosso ordenamento jurídico que as condutas praticadas por agentes públicos, no exercício de suas atribuições, devem ser imputadas ao Estado, principalmente por tal imputação ser reforçada pelo princípio da impessoalidade, bem como sustentada pela teoria moderna do órgão público.

1.1 Estado, e seus limites para responsabilização

Quando falamos de Estado, devemos nos ater a ideia de uma sociedade constituída de normas coercitivas, em regra, sendo politicamente organizada, com o objetivo geral de assegurar os direitos e garantias de todos os indivíduos a ela pertencentes, ou seja, “o Estado é o órgão executor da soberania nacional” (MALUF, 2014).

Todavia, ao fecharmos o conceito tão somente em relação às normas coercitivas pertinentes a sua organização, consolidamos a ideia de um único caminho a seguir, sem sequer oportunizar a aplicação de um justo meio, ora limites, como defendia o filósofo Aristóteles, pois “o bem é aquilo a que todas as coisas tendem, mas há uma diferença entre os fins: alguns são atividades, ao passo que outros são produtos à parte das atividades que os produzem” (1094, cap. 5).

Assim, remetemos o Estado a uma pessoa jurídica de personalidade autônoma, diferentemente da responsabilidade da administração pública que apesar de complementar, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. Portanto, é de responsabilidade extracontratual, visto que há “obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos,

materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos” (DI PIETRO, 2017, cap. 15.1).

Nesse ínterim, aplicamos a responsabilidade civil quando constatamos o ato ilícito, tal como ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência que viola direito ou causar prejuízo a outrem, e, por conseguinte, a responsabilidade civil é a obrigação que o agente que praticou o ato ilícito tem de ressarcir e/ou reparar os danos causados a outrem, desde que restaram devidamente comprovados, obedecendo aos critérios estabelecidos em nosso ordenamento jurídico (BRASIL, 2002).

Entretanto, as 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 (BRASIL, 2002).

Desta forma, o ato praticado por agentes públicos no exercício da função é de inteira responsabilidade do Estado, aplicando a responsabilidade extracontratual, uma vez que, vinculam-se danos sofridos em uma determinada relação jurídica de sujeição em geral, abordada de forma objetiva, seguindo o mesmo entendimento defendido pelo professor Alexandre Mazza, observa-se:

[...] o tema responsabilidade do Estado investiga o dever estatal de ressarcir particulares por prejuízos civis e extracontratuais experimentados em decorrência de ações ou omissões de agentes públicos no exercício da função administrativa. Os danos indenizáveis podem ser materiais, morais ou estéticos (2013, cap. 6.1).

A aplicação da responsabilidade extracontratual nos casos concretos, não se deu de imediato, e tampouco em um curto intervalo de tempo, desde os primórdios com a promulgação da Constituição Federal de 1824, a responsabilidade era tida como subjetiva, a chamada a teoria subjetiva ou teoria da responsabilidade sem culpa, onde a aplicação do poder de indenizar fundamenta-se na noção de culpa, desde que constatada a existência de ato, dano, nexos causal e culpa ou dolo (MAZZA, 2013).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, assim como em decorrência do novo modelo de Estado implantado após a segunda guerra mundial, marcado por uma maior intervenção estatal, bem ainda com o advento civilista, a responsabilidade civil do Estado passou de caráter subjetivo para objetivo, a chamada teoria da responsabilidade objetiva ou teoria da responsabilidade sem culpa, onde a aplicação do poder de indenizar fundamenta-se na noção de risco, independentemente da existência de comprovação de culpa ou dolo na prática do ato ilícito pelo agente público (MAZZA, 2013).

Portanto, em regra, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado desde que prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos praticados por seus agentes causados a própria administração ou a terceiros, assegurado o direito de ação regressa contra o real responsável nos casos da incidência de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

Em oposição à aplicação da teoria objetiva, temos a seguinte situação hipotética: um determinado indivíduo é preso cautelarmente por uma conduta ilícita, e após a apuração dos fatos, constatamos a sua inocência, neste caso entendemos que o agente público foi omissor ao efetuar a prisão cautelar, sem o devido processo legal, desta forma, constatada a omissão, bem ainda verificada existência de ato, dano, nexos causal e culpa ou dolo, os danos por omissão submetem-se à teoria subjetiva, o que por sinal, é também o entendimento adotado pelos Tribunais Superiores e pela doutrina majoritária, sendo cabível a indenização do Estado em decorrência de omissão derivada de negligência, por meio da teoria subjetivista, seguindo o entendimento do doutrinador Alexandre Mazza, vejamos:

[...] em linhas gerais, sustenta-se que o Estado só pode ser condenado a ressarcir prejuízos atribuídos à sua omissão quando a legislação considera obrigatória a prática da conduta omitida. Assim, a omissão que gera responsabilidade é aquela violadora de um dever de agir. Em outras palavras, os danos por omissão são indenizáveis somente quando configurada omissão dolosa ou omissão culposa (2013, cap. 6.5).

Ademais, é importante frisar que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o indivíduo que preso e/ou detido além do tempo fixado no ato decisório, de maneira que será de responsabilidade da vítima o ônus

probatório, buscando comprovar a omissão para fins de indenização em face do Estado, visto que, o tribunal, caso a parte lesionada o requerer, poderá reconhecer a possibilidade de direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos comprovados, devendo o Estado em forma de ressarcimento próprio, caso queira, propor ação de regresso contra o agente público causador do ato ilícito que gerou o dano, possibilitando menores prejuízos aos cofres públicos (BRASIL, 1941).

Em regra, conforme a Constituição Federal de 1998 estabeleceu, será aplicado de maneira geral à responsabilidade objetiva do Estado, porém excepcionalmente como no caso hipotético acima, a responsabilidade pode ter caráter subjetivo, desde que verificada existência de ato, dano, nexos causal e culpa ou dolo, constituindo a culpa anônima do Estado, uma vez que será plenamente responsável pela conduta de seus agentes e/ou indivíduos, principalmente por tratar de erro judicial, embora o poder judiciário seja independente, tal fato não exclui a responsabilidade do Estado, por ser um atributo inerente a cada poder, podendo acontecer nas esferas Executivas e Legislativas (MAZZA, 2013).

1.2 Medidas cautelares nas normas brasileiras

Com o advento da lei 12.403/11, ocorreram diversas alterações no ordenamento jurídico penal brasileiro, principalmente em questão da prisão processual, liberdade provisória e as medidas cautelares, embora todo processo tenha trâmite regular, obedecendo aos critérios e limites processuais impostos pela norma, os procedimentos adotados em processos de natureza não penal, ressalvadas as exceções, são opostos aos procedimentos adotados em processos de natureza penal (PACELLI, 2020).

Contudo, seguindo o mesmo entendimento o doutrinador Guilherme de Souza Nucci dá ênfase às exceções, permanecendo a ideia de oposição, mas agregada a complementação, que embora sejam esferas distintas, evidenciamos a composição, como por exemplo, a prisão em ambas é conceituada como a privação da liberdade, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere em decorrência da instrução processual. Assim, em uma visão geral, desde que, apuradas as

circunstâncias, a medida cautelar medida cautelar penal equivale à tutela de urgência consolidada na esfera civil (NUCCI, 2020).

Seguindo este raciocínio, é necessário entendemos que o direito é instituído por uma ordem de coerção que busca satisfazer uma determinada obrigação ou estabelecer normas a serem cumpridas, apoiando em condições e pressupostos previstos em lei através das disposições legais, por meio de atos de coerção ou sanções (KELSEN, 1999).

Nesse sentido, segundo o doutrinador Hans Kelsen, a existência de ato ilícito ou delito culpável não significa dizer que houve negação à coerção, mas sim a ocorrência de pressupostos de validade do direito, sendo a consequência da aplicação dos atos de coação instituídos pela ordem jurídica em decorrência de fatos diversos, os quais nem sempre se caracterizam com sanções (KELSEN, 1999).

Porém, o conceito de prisão irá além da privação de liberdade, mas também relativo ao inteiro teor do processo de aplicação da norma, bem como através do caráter imprescindível do controle a norma por intermédio da fiscalização detida à autoridade judiciária obedecendo à hierarquia das normas, como fundamentado na Carta magna (BRASIL, 1988).

A partir da promulgação da lei 12.403/11, as medidas cautelares passaram a ser um instrumento restritivo da liberdade de caráter provisório e urgente, diverso da prisão, adequando ao caso concreto em observância aos princípios constitucionais, durante toda a fase de persecução penal, exercendo função de acautelamento dos interesses da jurisdição criminal, como o comparecimento periódico em juízo, a proibição de acesso a determinados lugares; a proibição de manter contato com pessoa determinada; a proibição de ausentar-se da Comarca; o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; a internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça; a aplicação de fiança, nas infrações que couberem e por fim a monitoramento eletrônico (NUCCI, 2020).

As modificações não se limitaram às medidas cautelares, mas também se estenderam a aplicação da prisão bem como da liberdade provisória, a qual, segundo o doutrinador Guilherme de Souza Nucci seria a liberdade concedida, tão somente em caráter provisório ao réu, em respeito ao princípio da presunção de inocência. Todavia, a prisão passou a ser classificada em prisão temporária, prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão decorrente de pronúncia, prisão decorrente de sentença condenatória e prisão por meio da condução coercitiva (NUCCI, 2020).

1.3 Princípios norteadores das medidas cautelares

Sabemos que as medidas cautelares são aplicadas, em observância à previsão legal, se atendo a necessidade de sua aplicação a investigação ou instrução criminal, assim como sua adequação à gravidade do delito, por meio da apuração das circunstâncias do fato e a condição pessoal do indiciado (BRASIL, 1941).

Em um primeiro momento, considerando a aplicabilidade da norma jurídica ao caso concreto, constatamos a eficácia das medidas cautelares como uma saída para evitar a uma possível prisão irregular. Porém, em casos excepcionais há a ineficácia frente à investigação ou/e processo, em desrespeito à apuração da veracidade dos fatos e aos princípios constitucionais, tais como, os princípios da proporcionalidade, da legalidade, da excepcionalidade, da razoabilidade, da presunção de inocência e do contraditório, optando pelas modalidades de prisão, em ocorrência mais acentuada na prisão preventiva (PACELLI, 2020).

A respeito, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci conceitua a prisão preventiva como “uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei” (2020, cap. XIV), quais sejam os critérios da natureza pertinente a ação, a probabilidade da condenação (*fumus boni juris*), o perigo na demora (*periculum in mora*) e por fim o controle jurisdicional prévio (NUCCI, 2020).

Em consonância, os princípios constitucionais são a estrutura fundamental do ordenamento jurídico, traçando limites e fundamentos de validade

para aplicação da norma ao caso concreto através de meios democráticos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos em respeito à legalidade da norma, deste os procedimentos iniciais até a fase de execução penal por intermédio do princípio da legalidade, o qual estabelece a participação democrática, garantindo os direitos fundamentais previstos na Carta Magna (LENZA, 2018).

Diante disso, temos como regente das medidas cautelares o princípio da proporcionalidade, o qual auxilia na proibição de excessos, na máxima efetividade dos direitos fundamentais previstos em lei bem como auxilia no controle de validade e alcance da norma, ou seja, um juízo de ponderação na escolha da norma mais adequada ao caso. Seguindo esse entendimento doutrinador Eugênio Pacelli argumenta que o princípio da proporcionalidade deve caminhar em conjunto com o da razoabilidade, uma vez que, tal procedimento deve se ater ao devido processo legal (PACELLI, 2020).

Em complementação temos o princípio da excepcionalidade, que, por maioria das vezes, é aplicado de forma genérica, abstendo-se da real legalidade do procedimento, de modo que constatamos a ausência de pressupostos legais, entrando em conflito com os princípios constitucionais como iremos discutir no segundo capítulo. Não obstante, haja imposição preferencial nas medidas cautelares segundo entendimento o doutrinador Eugênio Pacelli, dispõem:

[...] a regra deverá ser a imposição preferencial das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. Esta, que, em princípio, deve ser evitada, passa a ocupar o último de grau das preocupações com o processo, somente tendo cabimento quando inadequadas ou descumpridas aquelas (2020, cap.11).

Outrossim, cabe esclarecer dois aspectos importantes trazidos pelo princípio da presunção de inocência, a regra probatória e a regra de tratamento, ambos remetendo ao princípio do contraditório e da ampla defesa em equivalência com o princípio da legalidade, todos dispostos no âmbito constitucional (NUCCI, 2020).

Nesse contexto, a presunção de inocência também é expressa através do princípio do *in dubio pro reo*, trazendo a normatização de apreciação de provas, impõe que quando existirem dúvidas sobre a autoria e materialidade do fato delituoso, a decisão a ser tomada deve ser a mais favorável ao acusado, optando-se pela sua absolvição, já que mais valeria a liberdade de um culpado do que a prisão de um inocente (NUCCI, 2020).

O legislador ao dispor acerca das medidas cautelares considerou o caráter pessoal da norma, buscando evitar os malefícios da segregação provisória, por meio do encarceramento dos acusados, tal modificação, por ora contribuiu para a redução da superpopulação carcerária. Segundo dados atualizados do INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), o Brasil ocupa o 3º lugar no ranking dos países com maior número de pessoas presas, cerca de 268.438 presos provisórios, ou seja, aguardando julgamento, o que significa 34,7% da população carcerária nacional (ONLINE, 2020)

Embora a prisão seja embasada na decisão de magistrado competente, devendo ser motivada e precisa nos termos da lei, bem ainda em observância à passível a tentativa do legislador ao aplicar as medidas cautelares, evidenciamos cada vez mais o aumento da população carcerária no país (PACELLI, 2020)

CAPÍTULO II – ORDEM E PROGRESSO OU REGRESSÃO PERANTE O CAOS

Sabemos que os métodos de aplicação de norma jurídica se modificaram com o transcurso do tempo, até chegar à forma em que conhecemos hoje, porém não em forma perpétua, mas em constante processo de modificação, aperfeiçoando assim, com o findar de cada ano, seja de forma progressista ou regressista, variável a cada ponto de vista.

2.1 Evolução histórica do ordenamento jurídico penal brasileiro.

De plano, ao analisarmos o inteiro teor, em que a norma se encontra atualmente, abordado todas as formas de aplicação, consolidação e evolução, devemos nos ater a todo o transcurso de seu desenvolvimento, no caso em questão a norma penal, uma vez que o fato externo em conformidade com seu significado objetivo se torna um ato jurídico (KELSEN, 1999).

A princípio, o ser humano sempre esteve agrupado, por entender que a atuação em conjunto seria mais viável à sobrevivência, dando origem às tribos primitivas. Nesse período, evidenciamos a aplicação do direito penal, através das punições divinas, as quais eram aplicadas como forma de imposição de limites, distinguindo o que era certo ou errado, ou até mesmo interferindo nos costumes cotidianos, ocasião em que o culto ao “divino” era necessário e, tudo se justificava nesse fim, sejam acontecimentos naturais ou conflitos entre os componentes das tribos (NUCCI, 2020).

Embora o culto ao “divino” estabelecesse limites à aplicação das sanções, direito penal era considerado a princípio como meio de vingança, tal conceituação se pendurou por muitos anos, se transformando em diversas ramificações, com, por exemplo; a vingança divina, a vingança particular e a vingança pública englobando os períodos dos direitos penais romano, germânico e canônico (NUCCI, 2020).

Somente em meados do século XVIII, o direito penal deixou de ser rotulado como meio de vingança e passou a ser entendido de uma forma humanitária, através dos pensamentos iluministas preponderantes à época, dando início à formação do direito penal em que conhecemos hoje. Ainda, devemos nos ater que a partir da exposição dos ideais iluministas, bem como as mudanças sociais ocorridas, deram início a formação da escola clássica do direito penal (NUCCI, 2020).

Ao analisarmos o transcurso do tempo, constatamos que durante todo o processo de formação e evolução humana, se fez necessária a imposição de normas, em um primeiro momento em caráter de sobrevivência. Entretanto, percebemos que a evolução da norma sempre esteve interligada com as relações sociais, assegurando as condições inerentes à segurança da vida humana, originando o chamado fato social (DAMÁSIO, 2020).

O fato social é o ponto de partida da criação da norma, ainda que não seja de fato uma norma jurídica, considerando a possibilidade de estabelecer limites a serem respeitados. Por outro lado, somente através da aplicação de sanções é possível a regulação do fato social. Assim, através da correlação entre o fato social e a criação da norma, deu início à construção do ordenamento jurídico como conhecemos atualmente (DAMÁSIO, 2020).

Através destas exposições iniciais, entendemos que o direito penal seria o corpo de normas jurídicas voltado tão somente à fixação dos limites do poder punitivo exercidas pelo Estado, instituindo infrações penais e as sanções a elas pertinentes, bem como regras atinentes à sua aplicação abrangendo todo o procedimento em regra previsto em lei, diferenciando-se assim dos demais ramos do

direito por ser caráter coercitivo, segundo o doutrinador Guilherme De Souza Nucci, observa-se:

[...] O Direito Penal é, por fim, sancionador, pois, por meio da cominação da sanção, protege outra norma jurídica de natureza extrapenal. Assim, o Direito Civil regula o direito de propriedade, ao passo que o Código Penal, nos preceitos secundários das normas que definem os “Crimes contra o Patrimônio”, comina sanções àqueles que atentam contra a propriedade alheia. É, pois, o Direito Penal um conjunto complementar e sancionador de normas jurídicas (2020, cap. I).

Desta forma, entendemos que a conduta de um indivíduo está interligada a conduta de outro, porém nem sempre de maneira ilícita, mas também de forma lícita, a partir de então demos início a construção do Estado, mesmo que a princípio em caráter de sobrevivência como um Estado primitivo que, com o passar dos anos atingiu a forma em que conhecemos (KELSEN, 1999).

2.2 Princípio cautelar da excepcionalidade.

A carta magna de 1988 é o norte estabelecido para todas as ramificações da norma jurídica, considerada por muitos doutrinadores como a unidade lógica da ordem jurídica, dispendo acerca de pressupostos de legitimidade, efetividade, validade e eficácia a aplicação na norma ao caso concreto, segundo o entendimento do doutrinador Hans Kelsen, vejamos:

[...] A significação da norma fundamental torna-se especialmente clara quando uma Constituição não é constitucionalmente modificada, mas é revolucionariamente substituída por uma outra, quando a existência - isto é, a validade - de toda ordem jurídica imediatamente assente na Constituição é posta em questão (1999, p. 146).

Embora a aplicação da norma jurídica seja basilar, ao estudarmos cada ramificação a ela pertencente, entendemos que cada caso em específico possui uma diversidade a ser explanada como, por exemplo, na aplicação das medidas cautelares. Devemos observar que o processo de natureza penal se difere do processo de natureza não penal, em decorrência da existência de um processo cautelar, o qual busca evitar o constrangimento individual à liberdade (NUCCI, 2020).

Em atenção à disposição legal, a prisão preventiva somente seria determinada quando apuradas todas as circunstâncias que geraram o fato ilícito, bem como o conjunto probatório até então posto, restando plenamente justificado que não haveria possibilidade de substituição por outra medida cautelar, tais como; o recolhimento domiciliar nos períodos noturnos e nos dias de folga, o comparecimento periódico em juízo, a suspensão do exercício de função pública, e as demais proibições previstas no rol do artigo 319 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

A apuração de tais circunstâncias, segundo o entendimento do doutrinador Guilherme De Souza Nucci se dá através do preenchimento de dois requisitos específicos, conhecidos através das expressões latinas; *fumus boni iuris* e *periculum in mora* ou *libertatis*, significando a aparência do bom direito e o perigo da demora, considerando também por se tratar de processo de natureza penal, o *fumus comissi delicti*, que remete a aparência do fato delituoso, demonstrando assim o caráter excepcional da aplicação da prisão preventiva (NUCCI, 2020).

Nesse passo, na mesma consonância o doutrinador Guilherme De Souza Nucci ainda expõe que “a regra deverá ser a imposição preferencial das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa” (NUCCI, 2020, cap. XI).

Por outro lado, é de se salientar, que o princípio da excepcionalidade está interligado com o princípio da presunção de inocência, o qual estabelece que nenhum indivíduo seja condenado sem o devido processo legal ou considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, dando acesso ao contraditório e a ampla defesa, outro princípio estabelecido na constituição (BRASIL, 1988).

2.3 Relativização dos princípios constitucionais.

De plano, sabemos que a Constituição Federal de 1988, norteia todo o ordenamento Jurídico brasileiro, desta forma, ao remetermos a ideia de medida

cautelar devemos nos ater não só as circunstâncias para tal ato, mas também para as consequências, um exemplo claro disto está disposto no diploma legal supracitado, onde caberá ao Estado indenizar o condenado ou indivíduo com seu direito lesionado em decorrência de erros judiciários (BRASIL, 1988).

Tal disposição é considerada por muitos doutrinadores como argumento forte na defesa da responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, acarretando à ofensa à coisa julgada, por mais que haja divergência a presunção de inocência é tida a priori, como princípio basilar, seguindo o entendimento da doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, nota-se:

[...] A própria presunção de verdade atribuída às decisões judiciais aparece enfraquecida num sistema judiciário como o nosso, em que o precedente judiciário não tem força vinculante para os magistrados; são comuns decisões contrárias e definitivas a respeito da mesma norma legal; uma delas afronta, certamente, a lei (2017, cap. 15.2.7).

Porém ao analisarmos, os princípios norteadores das medidas cautelares dispostos no primeiro capítulo (item 1.3), quais sejam os princípios da proporcionalidade, da legalidade, da excepcionalidade, da razoabilidade, da presunção de inocência e do contraditório são relativizados durante a aplicação da norma ao caso concreto, tendo sempre como maneira mais “viável” e de extrema relevância “social” o cárcere, meus diante da superpopulação carcerária existente em nosso país (PACELLI, 2020).

A Carta Magna de 1988, assim com todo o ordenamento jurídico nos remete constantemente o justo meio através da linha tênue entre o certo e o errado. Entretanto, o cárcere vem relacionado com o devido processo legal, o qual vem acompanhado de uma “redoma de vidro” de princípios correlatos que são facilmente quebrados, uma vez que não há o que se falar em flexibilização.

Seguindo esse raciocínio a Carta Magna de 1988 ainda dispõe claramente que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

Seguindo esse raciocínio, o doutrinador Sahid Maluf afirma que “a Constituição, pela sua natureza superior, justifica bem o nome que se lhe dá de lei das leis. Ela contém os princípios basilares da ordem social, política, econômica e jurídica.” (MALUF, 2014, cap. IV), de maneira que, ao enxergamos a relativização dos princípios constitucionais, estamos regredindo em grande escala a todo desenvolvimento estatal, bem como batendo de frente com a supremacia da Constituição Federal e perante seu exercício de controle jurisdicional, mais conhecido como controle de constitucionalidade que, em tese, nos remete a subordinação da lei ordinária aos princípios constitucionais, sendo tudo que foge do seu parâmetro irregular.

2.4 A aplicação da teoria do risco administrativo

No decorrer do primeiro capítulo entendemos os parâmetros para a responsabilização do Estado frente ao erro judicial e, por conseguinte, seus limites, tendo como ponto de partida a aplicação da responsabilidade extracontratual nos casos concretos. Assim, quando nos referimos à responsabilidade do Estado, devemos nos ater a três tipos de função distinta do poder estatal, qual seja a administrativa, alvo de discussão deste trabalho e a jurisdicional e a legislativa tratada em caráter excepcional à norma (DI PIETRO, 2017).

Antes, porém, de adentrar-se a teoria do risco administrativo, é pertinente entendermos a transição histórica até chegarmos à teoria do risco administrativo através da Teoria da Irresponsabilidade, as Teorias Civilistas e as Teorias Publicistas, a fim de assimilarmos as diferenças existentes, bem como no que pertinente a sua aplicação. Insta esclarecermos que embora haja divergências entre as aplicações e parâmetros das teorias, é consolidado que a responsabilidade do Estado por erro judicial não é nem objetiva, quanto subjetiva, mas sim condicionada à situação concreta em que deva ser aplicada (DI PIETRO, 2017).

Em um primeiro momento, origina-se à época dos Estados absolutistas, a Teoria da Irresponsabilidade remete-se a ideia de soberania, onde o Estado é a autoridade incontestável, onde sua responsabilidade se configurava de maneira subjetiva, ante a incidência de culpa em iguais circunstâncias (DI PIETRO, 2017).

Com o transcurso do tempo e em decorrência das mudanças sociais dadas a época, durante o século XIX a Teoria da Irresponsabilidade foi superada, passando a serem adotados os princípios do Direito Civil na responsabilidade do estado, a chamada Teoria Civilista da Culpa de forma equiparada, ainda em caráter subjetivo segundo o entendimento da doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, observa-se:

[...] em grande parte dos casos, o particular pode acionar diretamente o funcionário, admitindo-se, em algumas hipóteses, a responsabilidade direta do Estado, porém, desde que haja culpa, apurada da mesma maneira e tão amplamente como a de um particular em iguais circunstâncias. Trata-se de responsabilidade subjetiva (2017, cap. 15.2.1).

Após, partindo do pressuposto de que a responsabilidade do Estado não pode se reger, tampouco ser definida pelos princípios do Direito Civil, uma vez que devemos analisar detidamente cada caso, com as regras excepcionais. A partir de então surgiu às chamadas Teorias Publicistas, originado a Teoria da culpa administrativa ou culpa de serviço, e a Teoria do Risco, definida por alguns doutrinadores como Teoria do Risco Administrativo ou Teoria do Risco Integral, passando a responsabilidade do Estado a ser aplicada de forma objetiva (DI PIETRO, 2017).

Na Teoria do Risco administrativo, mais conhecida como Teoria da Responsabilidade Objetiva, defende que a culpa é substituída por pelo nexos de causalidade entre o causador do dano e o dano causado, tendo por apreço o dolo ou culpa, de maneira em que há a total averiguação do dano causado, e principalmente se a origem do dano é pertinente a sua responsabilização. A respeito à da doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dispõem:

Nessa teoria, a ideia de culpa é substituída pela de nexos de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. Constituem pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado: (a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; (b) que esse ato cause dano específico (porque atinge apenas um ou alguns membros da coletividade) e anormal (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da

atuação estatal); (c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano (2017. Cap. 15.2.3).

Nesta esteira, ao analisarmos a Carta Magna, entendemos que a responsabilidade é aplicada em caráter objetivo ao Estado, e em caráter subjetivo ao agente público causador do dano, ou seja, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de um determinado serviço, responderão pelos danos que seus agentes causarem, seja decorrente da própria função de maneira individual, coletiva, ou a terceiros, sendo assegurado direito de regresso contra o real responsável no caso de incidência de dolo ou culpa, desta forma, embora o Estado tenha responsabilidade objetiva, cabe a ele a proposição de ação em regresso contra o agente causador do dano (BRASIL, 1988).

Segundo entendimento da doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, existem três hipóteses em que a responsabilidade do Estado é excluída, quando não há a existência de nexo de causalidade ou é existente de forma parcial, apesar de existir controvérsias acerca do assunto (DI PIETRO, 2017).

As hipóteses excludentes são aplicadas em consonância com as disposições civilistas, ante a ocorrência de situações de força maior, a culpa da vítima, e a culpa de terceiros, seguindo o raciocínio da existência de acontecimentos imprevisíveis, inevitáveis e estranhos à vontade das partes. Todavia, é apontada pela doutrina a culpa concorrente da vítima, como causa atenuante (DI PIETRO, 2017).

Desta forma, sem a ocorrência das causas excludentes e atenuantes é impossível excluir a responsabilidade do Estado, embora o poder judiciário seja tido como independente, a responsabilidade é atributo inerente a cada um dos poderes, seja executivo, legislativo ou judiciário (DI PIETRO, 2017).

Entretanto, no decorrer deste capítulo, entende-se que o direito está em constante processo de modificação, embora tais modificações tenham contribuído para a aplicação do direito em norma pura, como na situação em questão, em vias de coerção e instituição de conduta (MALUF, 2014).

Portanto, seguindo o entendimento do doutrinador Miguel Reale é necessário entendermos a “constante coordenação racional das relações intersubjetivas, para que cada homem possa realizar livremente seus valores potenciais visando a atingir a plenitude de seu ser pessoal, em sintonia com os da coletividade” (REALE, 2002, cap. V), considerando assim, que o direito encontra-se em constante processo de modificação, sendo de suma importância entender todo o diálogo construído na história, vez que a conexão entre história e justiça é peça crucial para transformação da realidade jurídica atual, seja em sentido de progressão ou regressão.

CAPÍTULO III – LIBERDADE ENTRE GRILHÕES

Em um primeiro momento, se faz necessário entendermos a coexistência entre o direito e a moral, através de um vínculo preciso de perpétua construção, sendo relativo a cada indivíduo ou absoluto por meio de um padrão social comum, embora a norma não seja aplicada através do senso único, há uma limitação de um para com outro.

3.1 Direito e moral

A priori, a relação entre direito e moral sempre esteve em embate, principalmente em relação à aplicação da norma ao caso concreto, sendo necessária a limitação da moral para eficácia da norma, somente assim o direito poderia existir em seu inteiro teor, seguindo o raciocínio do filósofo Jeremy Bentham, o qual defendeu a teoria do mínimo ético, sendo necessário ao direito tão somente a preservação do mínimo moral tido como obrigatório para convivência social (REALE, 2002).

Nessa estreita, entendemos a moral como um ato espontâneo de expressão social, abrangendo todas suas formas e opiniões, com finalidade geral na asseguuração de direitos e paz social. Entretanto, a moral ultrapassa o padrão comum, podendo ser variável a construção social de cada indivíduo através a imposição de um senso de justiça partindo de uma premissa pessoal a qual se torna parte fundamental de um enredo coletivo, assim, o direito não é diferente da moral, mais sim uma parte complementar embasada em garantias específicas fiéis ao

padrão comum estabelecido pelo meio social, segundo entendimento do doutrinador Miguel Reale, dispõem:

A teoria do “mínimo ético” pode ser reproduzida através da imagem de dois círculos concêntricos, sendo o círculo maior o da Moral, e o círculo menor o do Direito. Haveria, portanto, um campo de ação comum a ambos, sendo o Direito envolvido pela Moral. Poderíamos dizer, de acordo com essa imagem, que “tudo o que é jurídico é moral, mas nem tudo o que é moral é jurídico” (2002, cap. V).

O senso comum de justiça é baseado através das experiências adquiridas a cada caso, sejam pessoais ou em comunidade, considerando que a relação entre conduta e norma varia de indivíduo para indivíduo podendo ser caracterizada como imediata ou mediata. O termo imediato é considerado como a relação de indivíduo para indivíduo, enquanto o termo mediato se refere à relação de indivíduo e sociedade, tais conceitos partem da premissa que o direito e moral são fatores da ordem social (KELSEN, 1999).

Assim, seguindo o entendimento do doutrinador Hans Kelsen, podemos afirmar que o direito e a moral regulam a conduta humana, vejamos:

As normas de uma ordem jurídica regulam a conduta humana. É certo que, aparentemente, isto só se aplica às ordens sociais dos povos civilizados, pois nas sociedades primitivas também o comportamento dos animais, das plantas e mesmo das coisas mortas é regulado da mesma maneira que o dos homens (1999, p. 22).

Ao observarmos os paralelos existentes entre o direito e a moral, percebemos que o direito em sua essência é moral, levando em consideração o aspecto valorativo da norma na acepção do termo, correspondendo a validade da norma jurídica, independente de autoafirmação moral pessoal e nem sequer concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral (KELSEN, 1999).

Por outro lado, embora haja coexistência entre direito e moral, em alguns aspectos, não há igualdade nas definições sendo necessária a limitação de um preceito para a aplicação de outro em respeito ao padrão comum. Todavia, quando o padrão comum é desobedecido seja do ponto de vista moral ou jurídico, principalmente quando discutimos a coação da norma, vez que a moral é

incompatível como a privação de direitos, desta forma o que distingue o direito da Moral, apesar de que a expressão técnica mostrar a plena compatibilidade entre eles, o aspecto da coercibilidade, e peça chave para destoar tais conceitos (REALE, 2002).

Sabemos que a conduta coercitiva tem caráter absoluto, embora seja conflitante com a moral, o caráter absoluto sobrepõem o relativo, visando à paz social de forma igualitária e obedecendo aos interesses sociais como um todo e não de forma unitária, seguindo o entendimento do doutrinador Hans Kelsen, vejamos:

Mesmo que, portanto, a paz fosse de considerar como um valor moral absoluto, ou como um valor comum a todas as ordens morais positivas - o que, como mais tarde veremos, não é o caso -, não poderia o asseguramento da paz, a pacificação da comunidade jurídica, ser considerado como valor moral essencial a todas as ordens jurídicas, como o “mínimo ético” comum a todo o Direito (1999, p. 29).

Ademais, o direito é tido como força que assegura a paz social, porém quando nos referimos ao termo “paz”, devemos nos ater não só a ideia de medidas praticadas sem o emprego da força ou da coerção através de meios naturais e espontâneos, sendo aplicados tão somente ao mínimo obrigatório, mais sim a ideia que a paz enquanto direito tem caráter relativo e não absoluto como aplicado à conduta social (KELSEN, 1999, pág. 29).

Portanto, embora a moral seja definida como um conjunto de normas sociais que busca regular a conduta humana estando indissociavelmente ligada à questão da justiça, se demonstra evidente a dependência da moral ao direito, vez que a ordem moral não impõe obediência e tão pouco a ordem sendo inviável a distinção (KELSEN, 1999).

3.2 Clamor social por justiça

Seguindo o entendimento do doutrinador Hans Kelsen, a justiça pode ser considerada com um valor construído por uma norma, a qual serve como norte a aplicação do direito ao caso concreto, sendo considerada justa a conduta que

corresponde a essa norma em todos os seus aspectos e parâmetros, e será injusta a que a divergir dos limites por ora estabelecidos (KELSEN, 1999).

Por outro lado, a ideia de justiça atravessa os limites de seu próprio conceito, levando em consideração que o direito em sua pura aplicação busca valorar a conduta seja ela benéfica ou não, de maneira que a pluralidade enseja na perfeita composição da experiência jurídica, seguindo o entendimento do doutrinador Miguel Reale, observa-se:

Partindo-se da observação básica de que toda regra de Direito visa a um valor, reconhece-se que a pluralidade dos valores é consubstancial à experiência jurídica. Utilidade, tranquilidade, saúde, conforto, intimidade e infinitos outros valores fundam as normas jurídicas. Estas normas, por sua vez, pressupõe outros valores como o da liberdade (sem o qual não haveria possibilidade de se escolher entre valores, nem a de se atualizar uma valoração in concreto) ou os da igualdade, da ordem e da segurança, sem os quais a liberdade redundaria em arbítrio (2002, Cap. XVII).

Seguindo esse raciocínio, entendemos que o clamor social por justiça, se faz pertinente expandir o próprio conceito de justiça, visto que em pese nos é remetido à ideia de descontentamento, indignação ou comoção no meio social resultante da prática de delitos em circunstâncias específicas, as quais venham a dar azo a possíveis repercussões no meio social (BRASIL, 2021).

Em contrapartida as premissas acima expostas, ao tratarmos da interferência do clamor social na aplicação da norma jurídica, devemos entender que o ordenamento jurídico brasileiro vigente prevê que a norma somente será aplicada quando preenchidas as hipóteses que lhe cabem, como por exemplo, considerando o tema abordado no presente trabalho, o artigo 312 do Código de Processo Penal nos traz um rol taxativo de hipóteses referente a decretação da prisão, haja vista que somente após o preenchimentos dos requisitos ali impostos poderá ser efetuada tal medida, nota-se:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de

perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (BRASIL, 1941).

Desta maneira, ao analisarmos o artigo 312 do Código de Processo Penal, percebemos que a norma, tratando-se da adoção de prisão preventiva em um determinado caso, incidirá sob as hipóteses em que será instrumento para assegurar a ordem pública, a ordem econômica, ao atendimento das necessidades da instrução processual e para assegurar a aplicação da lei, restando ausente à hipótese a qual o clamor social seria instrumento necessário na aplicação da norma (BRASIL, 1941).

A ausência de previsão legal incide na inafastabilidade do clamor social na instrução processual, visto que é inerente à liberdade humana. Todavia, devemos ressaltar que a aplicação da norma distingue-se dos demais princípios da legalidade estrita e da tipicidade, considerando as exigências ético-sociais norteadoras do direito penal (REALE, 2002).

As exigências ético-sociais, tidas como distinção estão dispostas em toda a estruturação da Carta Magna de 1988, mas necessariamente através dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, tidos como peça chave no para o deslinde final desta problemática (REALE, 2002).

Desta forma, podemos trabalhar esta problemática dentro de um possível conflito social, onde o legislador, em regra assume um posicionamento equiparado e amparado pela lei, de maneira que há a defesa de toda a base estrutural da norma, sendo princípio, meio e fim (LENZA, 2020).

Nesse sentido, ao analisarmos toda a construção histórica da sociedade entendemos que os parâmetros sociais derivam de uma concepção integra valorativa da norma, sendo esta o princípio de toda a criação e, inclusive basilar para a formação da norma jurídica no formato em que conhecemos, mesmo que incidam divergências a respeito do assunto, a lei sempre fortalecerá a proteção social em todos os aspectos que lhe couber, de maneira que os direitos individuais e coletivos

serão assegurados por meio da chamada “vitória legislativa”, seguindo o entendimento do doutrinador Pedro Lenza, vejamos:

O legislador assume uma posição em relação a determinados conflitos sociais e, ao consagrar certo posicionamento, para o grupo que tem a sua posição amparada na lei, essa “vitória legislativa” se caracteriza como verdadeira superioridade da concepção valorativa, sendo secundária a eficácia normativa da lei. Assim, o grupo prestigiado procura influenciar a atividade legiferante, fazendo prevalecer os seus valores contra os do grupo “adversário” (2020, Cap. 2.3.2.1)

Outro aspecto importante, a se ressaltar, em relação à resolução desta problemática é o princípio da constitucional da motivação das decisões judiciais disposto no rol do artigo 93 da Constituição Federal de 1988, o qual prevê que toda decisão judicial e/ou administrativa deverá ser firmada em lei, sem a interferência de fundamentos que dela divergem, aspecto este confirmado através do princípio da imparcialidade do juiz, onde mesmo havendo amplitude de seus poderes instrutórios, seu dever sempre será embasado em lei (LENZA, 2020).

Diante toda a exposição, antes de adentrarmos ao entendimento dos tribunais superiores a respeito do assunto, é necessário entendermos que a norma jurídica não se limita tão somente a sua completa estrutura, mas também que ela obedeça aos requisitos de validade para que seja atribuído o caráter obrigatório (REALE, 2002).

Segundo o doutrinador Miguel Reale, a validade da norma se dá através do preenchimento de três requisitos, sendo a validade formal a qual se refere à competência de legislar e a vigência da norma, mais conhecida pelo termo validade técnico-jurídica. Em seguida a validade social em consonância com a validade ética, que diz respeito ao direito como lei em sua forma autêntica espelhada em sua eficácia, vez que o reconhecimento do direito autêntico é reconhecido e vivido de forma íntegra no meio social, pois a regra geral dispõem que o direito deve tornar a norma formalmente válida e socialmente eficaz, vejamos:

A validade está simultaneamente na vigência, ou obrigatoriedade formal dos preceitos jurídicos; na eficácia, ou efetiva correspondência dos comportamentos sociais ao seu conteúdo, e no fundamento, ou

valores capazes de legitimar a experiência jurídica numa sociedade de homens livres (2002, Cap. X).

Logo, a ausência do preenchimento dos requisitos de fundamento, eficácia social e vigência são indispensáveis para a validade da norma, de maneira que a ausência de um requisito enseja a invalidade da norma (REALE, 2002).

3.3 Entendimento dos Tribunais Superiores

Sabemos que os entendimentos jurisprudenciais são construídos ao decorrer da história, através de cada fase ou momento oportuno do qual se criou um precedente, assim a história é construída e, por consequência o entendimento jurisprudencial é formado, respeitando as disposições da Carta Magna e em igualdade com as reivindicações sociais (SEABRA, 2019).

Apesar das reivindicações sociais serem cruciais para o desenvolvimento jurídico, não se devemos confundir a soberania do Estado na qualidade de representante da vontade popular através do emprego de valores individuais e/ou coletivos com o exercício democrático do poder, vez que a discricionariedade não equivale à liberdade total, seguindo o entendimento da mestra em ciências penais Aline Seabra Toschi, dispõem:

Valores que se fundamentam não somente pelos preceitos forenses, mas, também, por uma sólida filosofia em que a justiça não se altera pela vontade dos homens, somente pela equidade das leis naturais, advindas da condição humana: “O mais alto grau de felicidade é poder o que se quer, e o de grandeza é querer o que se pode, no que ele mostra que o Príncipe nada pode que seja injusto” (2019).

Assim, se faz necessário considerarmos algumas disposições legais, as quais norteiam o entendimento jurisprudencial por ora consolidado, levando em consideração os preceitos dispostos no rol do artigo 5º da Constituição Federal 1988 (ONLINE, 2021).

A responsabilidade do Estado quanto à indenização é considerada objetiva em relação ao dano causado, não se limitando tão somente ao erro no

judiciário, mas sim, em todos os elementos que compõem e submetem-se a ordem estatal de sua competência (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, a responsabilidade civil encontra sua disciplina geral delineada nos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil, cujo teor impõe o dever de reparar os danos causados a outrem por conduta voluntária culposa ou dolosa contrária ao direito, Entretanto, a doutrina e a jurisprudência exigem a presença de quatro elementos estruturais da responsabilidade civil: conduta humana ilícita; culpa ou dolo; nexos de causalidade; e dano indenizável, em outras palavras, para que se configure a responsabilidade civil, exige-se que haja uma conduta humana (ação ou omissão), de forma culposa ou dolosa, que viole um dever jurídico preexistente, causando, por esse agir (nexo causal), dano a outrem (BRASIL, 2002).

Desta forma, ao discutimos sobre a responsabilidade civil do estado em relação à prisão irregular, mesmo que seja aplicada de forma cautelar, devemos nos ater a ideia que a carta magna é clara quanto a permanência na idoneidade, vez que comprovada a ilegalidade de tal medida, a prisão deverá ser imediatamente interrompida e/ou relaxada, de forma que a permanência irregular de tal medida acarretaria o direito indenizatório (BRASIL, 1988).

A irregularidade da prisão por sua vez é constatada através da incidência de erro em todo ou em parte do procedimento seja em fase cautelar ou após o deslinde final de toda a instrução processual, considerando o erro pode ocorrer em qualquer fase processual, desde que não atendido os princípios constitucionais, onde um determinado indivíduo somente será considerado culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por um determinado delito (ONLINE, 2021).

Portanto, a jurisprudência pátria vem entendendo que, ocorrendo à prisão ilegal, por se tratar de dano presumido, o Estado tem o dever de indenizar, desde que não ocorra a incidência de nenhuma causa excludente de responsabilidade, como se confirma através do julgamento (ONLINE, 2021).

CONCLUSÃO

O conceito de justiça, não se refere somente à questão de culpa, mas também de inocência, nos remetendo ao questionamento de “*qual e o real senso de justiça?*”, o que por sinal, foi discutido neste presente trabalho, através dos fundamentos jurídicos e legais aqui expostos, de maneira que ficaram estabelecidos os procedimentos previstos em lei, assim como os parâmetros jurisprudenciais, através de um caminho equilibrado, visto que o desequilíbrio gera lesão à tutela jurisdicional.

Ao teor do ordenamento jurídico penal brasileiro, ora lei 12.403/11, no que tange às prisões cautelares, devemos considerar a sua real eficácia frente à investigação ou/e processo, apesar de que, na maioria das vezes, não há apuração da veracidade dos fatos puramente, assim como o respeito aos parâmetros estabelecidos em lei, tais como os princípios da legalidade, da excepcionalidade, da presunção de inocência e do contraditório sendo um afronta direta à Carta Magna.

Cabe ressaltar que, o princípio da excepcionalidade tratando-se de medida cautelar é aplicado de forma genérica, abstendo-se da real legalidade do procedimento, de maneira que, por maioria das vezes constatamos que na prática apenas o “*clamor popular por justiça*” é priorizado, como forma de calar a voz sociedade com aquilo que é oportuno, de uma maneira irresponsável que coloca em questão a validade da constituição como ponto central de toda norma brasileira.

Apesar de que, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que o Estado é civilmente responsável pelos atos jurisdicionais apenas em casos declarados em lei, não se revestindo de caráter absoluto ao relacionarmos o embate liberdade

versus prisão, nos paramentos da teoria do risco administrativo é suficiente a existência de dano, culpa do agente e nexos de causalidade entre o fato e o delito, havendo o dever do Estado de reparação em casos de cerceamento de defesa, ou desobediências dos princípios mencionados, passando de caráter subjetivo ao objetivo, visto a relação de causalidade.

Entretanto, é de se salientar, as divergências doutrinárias a respeito do assunto, as quais giram em torno do devido processo legal, não se referindo tão somente à questão de erro procedimental, mas também a incidência de interferências externas, como por exemplo, através da teoria do risco administrativo é estabelecido que para configurar a responsabilidade torna-se necessário a existência de dano, culpa do agente e nexos de causalidade entre o fato e o delito, visto que o preenchimento dos requisitos gera ao Estado o dever de reparação

Por outro lado, tratando-se de prisão ilegal, o desrespeito ao devido processo legal, neste caso afronta diretamente os princípios constitucionais e mais especificamente desvaloriza o princípio da excepcionalidade, seja por erro procedimental ou influência externa, como, por exemplo, o clamor social por justiça em um caso de grande comoção social.

Assim, faz-se necessário reconhecermos o caráter indenizatório a vítima de erro judicial, em decorrência da prisão ilegal, uma vez que, pode ser constatada a afronta princípios constitucionais e ainda a desvalorização do princípio da excepcionalidade. Assim, perante o *quorum* indenizatório devemos considerar não só em casos taxados em lei, com embasamento na teoria do risco administrativo conforme preceitua o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, mas também da detida análise de toda investigação ou/e processo, apontando irregularidades, partindo do pressuposto da individualidade à coletividade, buscando a utopia.

Portanto, é possível percebermos que a regularidade dos atos não gera responsabilização do Estado, somente em casos em decorrência de erro procedimental, seja no âmbito judiciário ou administrativo cabendo ao Estado amparar a vítima e, por conseguinte, buscar seu ressarcimento através de ação regressiva em desfavor ao agente que causou o dano.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo.** Instituto Humanista Unisinos. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo>. Acesso em: 16 de setembro de 2020

BRASIL. **Código Civil.** Planalto. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 de janeiro de 2021

BRASIL. **Constituição Federal de 1998.** Planalto. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 de agosto de 2020

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro.** Planalto. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 16 de setembro de 2020

BRASIL. **Dicio, Dicionário Online de Português.** 2021. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/>. Acesso em: 16 de setembro de 2020

BRASIL. **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS.** 2021. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/juris.php>. Acesso em: 24 de maio de 2021

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Manual de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro. Editora Forense. 2019. (eBook).

JESUS, Damásio de. **Direito Penal I – Parte Geral.** São Paulo. Editora Saraiva. 2020. (eBook).

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** São Paulo. Editora Martins Fontes. 1999.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** São Paulo. Editora Saraiva. 2018. (eBook).

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado.** São Paulo. Editora Saraiva. 2013. (eBook).

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo.** São Paulo. Editora Saraiva. 2019. (eBook).

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** Editora Forense. 2020. (eBook).

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo. Editora Atlas. 2020. (eBook).

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo. Editora Saraiva. 2002. (eBook).

TOSCHI, Aline Seabra. **Jean Bodin e sua relação com o Iluminismo Constitucional**. Revista Jus Navigandi. Artigo. 2019, Disponível em: <https://jus.com.br/amp/artigos/75114/jean-bodin-e-sua-relacao-com-o-iluminismo-constitucional>. Acesso em: 19 de abril de 2021.