

UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO
CURSO DE DIREITO

AUGUSTO CÉSAR COIMBRA DUARTE

DOS CASOS DE CUSTÓDIA INJUSTA: Responsabilidade do Estado em face dos casos de prisão, detenção ou quaisquer outros meios de custódia aplicados indevidamente.

São Luís
2020

Augusto César Coimbra Duarte

DOS CASOS DE CUSTÓDIA INJUSTA: Responsabilidade do Estado em face dos casos de prisão, detenção ou quaisquer outros meios de custódia aplicados indevidamente.

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Thiago Gomes Viana.

São Luís

2020

AUGUSTO CÉSAR COIMBRA DUARTE

DOS CASOS DE CUSTÓDIA INJUSTA: Responsabilidade do Estado em face dos casos de prisão, detenção ou quaisquer outros meios de custódia aplicados indevidamente.

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 15/12/2020

Nota: 10,0 (Dez)

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Thiago Gomes Viana (Orientador)
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB

Prof. Me. Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo
1º Examinador
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB

Adva. Me. Mylla Maria Sousa Sampaio
2º Examinador
Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Centro Universitário - UNDB / Biblioteca

Duarte, Augusto César Coimbra

Dos casos de custódia injusta: responsabilidade do Estado em face dos casos de prisão, detenção ou quaisquer outros meios de custódia aplicados indevidamente. / Augusto César Coimbra Duarte. — São Luís, 2020.

82 f.

Orientador: Prof. Me. Thiago Gomes Viana.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2020.

1. Poder judiciário. 2. Custódia injusta. 3. Direitos humanos.
4. Injustiça. I. Título.

CDU 342.7

Dedico aos meus avós maternos, Rosa e Raimundo Coimbra e aos meus avós paternos, Antônio e Raimunda Duarte, *in memoriam*.

AGRADECIMENTOS

À Deus seja toda honra e toda glória, pela minha vida, pelo que sou, por todas as oportunidades que ele me concede. Verdadeiramente, Ele é poderoso para fazer infinitamente mais do que peço, penso ou sonho.

Aos meus pais, Júlio César e Goreth Duarte, por tanto amor, tanta dedicação, por serem fonte de tanto incentivo, força, inteligência, respeito, admiração e honra. Deus não poderia ter concedido a mim graça maior que ser seu filho.

À minha esposa, Natália Duarte, pela companhia, apreço, torcida, zelo, paciência e companheirismo. Obrigado por ser minha inspiração de vida.

À minha família, meus avós, tios, primos, obrigado pelo apoio de sempre, pelo amor dispensado e por terem sempre algo para me ensinar. Minha família é o meu sustentáculo.

Aos meus amigos, pela fé, perseverança, pelo cuidado e respeitabilidade, em especial aos companheiros de caminhada: Jorcyr Carlos, Rogério Lima, Jônatas Santos, Sérgio Maciel e Natanael dos Reis.

Aos meus mentores jurídicos, que tanto me ensinaram, sem nada cobrar em troca, demonstrando amor pela causa, pelo Direito e por essa humilde pessoa, especialmente Vail Altarugio Filho, Klayton Noboru, Francisco Lima e George de Moraes Campos.

Aos professores e mestres, com carinho, em especial aos meus coordenadores ao longo do curso, Francisco Pinto, Rodrigo Raposo, Jaqueline Demétrio e Arnaldo Vieira.

Aos meus colegas de graduação, membros de equipe e pesquisa, célebres discentes do curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão e da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco.

Ao meu orientador, Professor Thiago Gomes Viana, pessoa do bem, competente, responsável, humano e honrado. Obrigado por aceitar o desafio.

Aos servidores da Universidade Estadual do Maranhão e aos funcionários da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, obrigado pelo empenho, solicitude e dedicação.

“O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.”

Rudolf Von Ihering

RESUMO

Uma das maiores inquietações e tristezas do operador do Direito é confrontar-se com a injustiça latente que assola o Poder Judiciário e os microssistemas de poder no ordenamento pátrio. É mérito de difícil embrenho, tanto na questão técnica, quanto no foro íntimo, lidar com o instituto prisional, sobretudo quando este é injustiçoso. Ante tal fenômeno, que repete-se com absurda frequência, a pesquisa investiga o contexto histórico do instituto da custódia, perpassando pela sua taxonomia e variada tipologia, até chegar na presente conjectura do ordenamento pátrio, analisando a fundo as injustiças cometidas no desiderato processual criminal até o sistema penitenciário. Com embasamento no estudo qualitativo e na metodologia bibliográfica e documental, busca-se entender as razões que geram tamanha insegurança jurídica, tantos casos de injustiça e graves violações aos Direitos Humanos e às garantias individuais. Ademais, estuda sobre a responsabilidade do Estado e do agente público sobre o mérito da injustiça praticada pelo Judiciário e seus mecanismos de ação. A pesquisa presente também busca referência nos casos concretos de custódia injustiçosa, alguns célebres e marcantes, para descrever de maneira profunda as repercussões negativas que o ergástulo ilegal deixa na existência do indivíduo. Por fim, examina-se uma vereda de possibilidades de necessária melhora para que cessem as injustiças diuturnamente praticadas no processo penal, que atentam contra o direito de ir e vir, o da dignidade e a honra de pessoas inocentes.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Custódia Injustiçosa. Injustiça. Direitos Humanos. Agente Público.

ABSTRACT

One of the greatest concerns and sadnesses of the Law operator is to be confronted with the latent injustice that plagues the Judiciary and the micro-systems of power in the national order. It is a merit that is difficult to deal with, both in the technical and in the private sphere, dealing with the prison institute, especially when it is unfair. In the face of such a phenomenon, which is repeated with absurd frequency, the research investigates the historical context of the custody institute, going through its taxonomy and varied typology, until arriving at the present conjecture of the national order, analyzing in depth the injustices committed in the criminal procedural desideratum to the prison system. Based on the qualitative study and the bibliographic and documentary methodology, we seek to understand the reasons that generate such legal insecurity, so many cases of injustice and serious violations of Human Rights and individual guarantees. Furthermore, it studies the responsibility of the State and the public agent on the merits of the injustice practiced by the Judiciary and its mechanisms of action. The present research also seeks reference in the concrete cases of unfair custody, some famous and striking, to describe in a profound way the negative repercussions that the illegal ergula leaves on the individual's existence. Finally, a path of possibilities for necessary improvement is examined so that the injustices practiced in the criminal process, which undermine the right to come and go, that of the dignity and honor of innocent people, cease daily.

Key-words: Judiciary. Custody Unjust. Injustice. Human Rights. Public Agent.

LISTA DE SIGLAS

A.C.	Antes de Cristo
AIDS	Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (Acquired Immunodeficiency Syndrome)
CF/88	Constitucional Federal de 1988
CN	Constituição Nacional (Constitución Nacional)
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
DNA	Ácido Desoxirribonucleico (Deoxyribonucleic Acid)
GECAP	Grupo de Estudos Carcerários Aplicados
HIV	Vírus da Imunodeficiência Humana (Immunodeficiency Virus)
LEP	Lei de Execuções Penais
MP	Ministério Público
PCC	Primeiro Comando da Capital
TJ	Tribunal de Justiça
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
UFRJ	Universidade Federal do Rio de Janeiro
UNISUAM	Centro Universitário Augusto Motta
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	DO INSTITUTO DA CUSTÓDIA	15
2.1	História dos institutos prisionais e seus conceitos	20
2.1.1	Da historicidade do instituto da pena e da prisão.....	21
2.1.1.1	<i>A lei de Talião e seu escopo punitivo</i>	23
2.1.1.2	<i>Instituto da Composição Criminal</i>	23
2.1.1.3	<i>Do instituto da Vingança dos Deuses e Seres Exotéricos</i>	24
2.1.1.4	<i>Do Instituto da Desforra Pública</i>	25
2.1.2	Da Humanização da Punição.....	26
3	DA CUSTÓDIA ABARBADA DE IRREGULARIDADES E SEUS ELEMENTOS	29
3.1	A custódia fruto de denúncia caluniosa e da falsa comunicação de crime	30
3.2	A custódia fruto de decisões judiciais e atos policiais equivocados	31
3.3	A custódia injusta por excesso de tempo ante à morosidade do sistema judicial brasileiro	33
4	DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DO AGENTE PÚBLICO..	36
4.1	Responsabilidade do Estado em face dos custodiados indevidamente	38
4.2	Da ação do agente público e sua responsabilidade subjetiva	44
4.3	A análise do postulado The King can do no wrong e sua influência no modus operandis dos agentes públicos	47
5	DOS CASOS NOTÓRIOS DE INJUSTO ENCARCERAMENTO	53
6	DOS DANOS CAUSADOS A CUSTODIADOS INJUSTAMENTE	57
6.1	Dos danos morais sofridos pelos custodiados injustamente e sua aferição	59
6.2	Dos danos diversos causados ao custodiado injustamente	62
6.3	O estigma sobre a vida dos custodiados injustamente	63

6.4	As lições da psicologia forense sobre os vitimados por erros jurídicos e policiais.....	66
6.5	Dos efeitos na esteira pessoal que abarbam a existência do custodiado injustamente.....	68
7	DA APLICAÇÃO IDEAL DO SISTEMA JURÍDICO PARA OBSTAR INJUSTIÇAS.....	71
8	CONCLUSÃO.....	75
	REFERÊNCIAS.....	77

1 INTRODUÇÃO

O instituto prisional remonta a tempos imemoriais, objetivando-se pela restrição da liberdade de indivíduos que desobedeceram às leis de um determinado meio social.

Um dos primeiros registros deste famigerado instituto está documentado nas Escrituras Sagradas, no livro de Levítico, que divide os delitos entre espirituais e materiais, e as penas entre as proporções de cada delito em si. As sanções variavam, exemplificativamente, entre a perda de posse de bens, o exílio temporário, o degredo perpétuo até a pena capital.

Vislumbra-se que o Direito Hebraico influenciou muito na aplicação formal do Direito Penal e Processual Penal, na confecção dos códigos, dos dispositivos preceituais e na elaboração das penas, ditas atualmente como preceito secundário legislativo-penal.

Esse pano de fundo histórico revela a clara aplicação do provérbio jurídico “Ub societas ibi juris”, quer seja “Donde está a sociedade, encontra-se o Direito”, porquanto, com o desiderato dos séculos, a ótica do Direito Processual Penal foi modificando-se, de acordo com o avanço dos direitos e das garantias intrínsecas à pessoa. Assim mudou-se, por inteligência, a vereda processual e a aplicação das penas, buscando a humanização.

Por analogia, também sofreu grande mudança o sistema de apuração de fatos-crimes. Surgiram, então, para a feitura do *modus operandis* acusatório, as figuras do inquérito policial, do termo circunstanciado de ocorrência, da denúncia e do sistema inquisitorial. E para a feitura do *modus operandis* da defesa do réu, as figuras do princípio da ampla defesa, da garantia do devido processo legal, da progressão de regime, da transação penal e do sursis.

Na França do século XVIII, a respeito das sanções, surgiu uma das primeiras filosofias de trazer ao réu uma pena capital mais humanizada: A guilhotina. Embora seja incontestavelmente um método grotesco e dantesco para os dias presentes, àquela época simbolizou um grande avanço na fase de execução das penas capitais, trazer um instrumento que proporcionasse uma morte rápida e mais humana aos condenados.

Até 1789, os condenados à pena máxima na França da Monarquia dos Bourbons, eram, em sua esmagadora maioria, submetidos à mortes terríveis,

dolorosas, torturantes e que se arrastavam por horas, afim de entreter o público presente no local da execução e, evidentemente, para que servisse de exemplo à sociedade no que concerne ao destino daqueles que resolveram desafiar o Estado.

Neste sentido, o médico e congressista Joseph-Ignace Guillotin inovou ao propor ao Parlamento emenda legislativa que superasse o ideário de uma fase de execução de pena essencialmente revanchista e desumana. Assim, aprovada por quórum legislativo, a guilhotina foi institucionalizada como um meio mais digno e honroso de consumação da execução penal.

De mais de 230 anos até os presentes dias, muitos aspectos já evoluíram e muitos atos desumanos já foram banidos do escopo Processual Penal. Novas filosofias foram erigidas e os códigos precisaram acompanhar a dinâmica social, que tornara-se mais crítica, não aceitando mais uma Justiça, e sua aplicação material, que fosse indigna ao tratar sem a devida humanidade os seus, outrora, marginais.

Entretanto, desafortunadamente, apesar das evoluções pontuais, o Sistema Judicial e o Sistema Carcerário no Brasil ainda são carentes de mudanças que já deveriam ter ocorrido há tempos. Um dos institutos mais questionados é o da prisão cautelar, a *ultima ratio*, talvez a mais temida entre qualquer indivíduo minimamente informado de seu caráter e aplicabilidade no ordenamento pátrio.

Na esteira do aludido mérito da prisão preventiva, fica para já, mesmo no introito do presente trabalho, a seguinte indagação: Que sentido faz custodiar um indivíduo preventivamente, sem prazo definido em lei, que talvez nem seja culpado de um fato delitivo?

Mesmo nos ordenamentos jurídicos em que o Direito Penal tem caráter muito mais punitivista que garantista, como é o caso da Alemanha, a prisão cautelar tem prazo para findar-se. Mesmo nos ordenamentos jurídicos donde o Brasil foi buscar reflexos para embasar sua legislação processual penal, como é o caso do Direito Português, existe prazo definido em lei para o ocaso da *ultima ratio*.

Outra pauta séria no Direito Penal e Processual Penal Brasileiro é a condução coercitiva, especialmente em situações de suposto cometimento de crime de menor potencial ofensivo ou de suposta contravenção penal. Seria tal medida realmente necessária, constitucional e, sobretudo, digna para um ser humano?

É imperioso destacar que, mesmo em situações de cumprimento de pena restritiva de liberdade, com o devido processo penal e o trânsito em julgado, muitos custodiados ainda quedam-se à ermo no sistema carcerário brasileiro. Alguns, sem

a devida assistência jurídica, quer seja por hipossuficiência ou por abandono, permanecem em custódia, mesmo com a exasperação do seu tempo de cumprimento de pena.

Ademais, é caso de análise a aura insalubre do Sistema Carcerário Brasileiro, donde numa cela onde cabem cinco custodiados, colocam-se vinte, trinta, quarenta ou cinquenta.

E ainda assim, para espanto dos minimamente concernentes e atemorizados, há forte corrente que defenda politicamente a emenda constitucional pelo trânsito em julgado com sede no julgamento em duplo grau de jurisdição, cerceando o réu de ter sua causa julgada até a última instância, perfazendo-se do direito de gozar do devido processo legal.

A bem da verdade, a maioria das pessoas pensa ter substância técnica para palpar sobre o Direito e a Justiça, condenando sem sequer saber o nome e o conceito daquilo que quer que se coloque em prática, sem sopesar os direitos e as garantias individuais. Olha-se a chamada no folhetim, alhures sensacionalista e já se vai condenando o suposto criminoso.

Se assim fosse saciada a pretensão de alcançar a Justiça, seria caminho de fácil embrenho. A verdade, entretanto, é diversa e indigesta. O Direito Penal Brasileiro e seus mecanismos de atuação, bem como o Direito Processual, é falho.

Desde a conduta do agente do Estado, perpassando pelo tratamento do suposto autor do fato delitivo, desaguando no desiderato processual até uma eventual custódia, tudo isto deve ser revisado e modificado.

O cerceamento da liberdade, a condenação penal e até mesmo a figuração no polo passivo de uma ação criminal, são elementos sérios; que deixam vestígios indeléveis na pessoa do suposto autor do fato, que os carregará pelo resto da vida como um estigma. Conscientizado o Estado dessa verdade, não pode, ainda que, intimamente, considere o suspeito culpado, condená-lo, sem a devida apresentação de uma dilação probatória séria, quer seja a respeito da autoria, quer seja sobre a materialidade delituosa.

O presente artigo utiliza-se da metodologia qualitativa, argumentando sobre os resultados da pesquisa sobre a custódia injusta por meio de análises e percepções. Nesse processo, utilizou-se também a pesquisa bibliográfica e o método exploratório, que servem como embasamento para todos os méritos envolvendo a prisão ilegal, analisando as variáveis que este problema possui,

objetivando comparar as opiniões e teses de diferentes autores que lecionam sobre esse assunto.

Conforme exposição, é sentido primaz do presente artigo estudar a configuração da Responsabilidade do Estado em face dos casos de custódia injusta, bem como analisar a extensão dos danos sofridos por aqueles que a sofreram. Além do aludido sentido primário, também busca-se entender os mecanismos de iuris puniendi e as devidas correções necessárias para que a Justiça seja isenta de revanchismos e de menoscabos aos Direitos Humanos.

2 DO INSTITUTO DA CUSTÓDIA

Desde o cometimento do fato crime, definido como ação antijurídica e de insubordinação à legislação penal, sendo essa definida por prévia legislação, o agente encontra-se sujeito às penalidades institucionalizadas pelo Estado.

É de prerrogativa exclusiva e inalienável a pretensão punitiva, que cabe ao próprio Estado, personificado na filosofia do *ius puniendi*. Cabe a ele, através de seus agentes de polícia, de judicialização e de fiscalização, materializar as sanções descritas no texto penal e processual penal.

Ocorre que alguns mecanismos típicos empregados para materializar tais penalidades atentam contra a dignidade do suposto autor do fato. Ademais, os excessos diuturnos de agentes legitimados, não-raro, põem em xeque a seguridade da entronização dos direitos humanos, descambando assim para uma vulgarização de certos institutos penais, exemplificativamente a prisão preventiva e a prisão em flagrante delicto.

A custódia de um agente deve sempre atender aos princípios insculpidos pelo texto constitucional.

Sobre o aludido mérito, leciona o criminalista Júlio Mirabete:

A prisão, em sentido jurídico, é a privação de liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou ordem legal. Entretanto, o termo tem significado vários no direito pátrio, pois pode significar a pena privativa de liberdade, o ato da captura e a custódia. Assim, embora seja tradição no direito objetivo o uso da palavra em todos os seus sentidos, nada impede se utilize os termos captura e custódia, com os significados mencionados em substituição ao termo prisão. Também se faz distinção das espécies de prisão no direito brasileiro: a prisão-pena e a prisão sem pena.¹

Cotejando o texto constitucional e os mecanismos de proteção aos direitos humanos, tomando como parâmetro comparativo o estudo dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e, ainda, com entendimento jurisprudencial pátrio firmado, vislumbra-se que as fontes jurídicas, quer nacionais quanto internacionais, apontam que as etapas da custódia devem sempre garantir ao indivíduo o profundo respeito aos seus direitos fundamentais.

Neste sentido, em caso de tamanho repercussão no mundo inteiro, segue interpretação pontualmente fundada da Corte IDH²:

¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro. Atlas, 2001.

² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay**. Sentença de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas). Tradução do autor.

Lo que en autos queda claramente demostrada es la violación del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – Garantías Judiciales – al mantener en forma arbitraria una medida restrictiva sin fundamento jurídico valedero. Arbitrariedad que además se demuestra con los mismos fallos judiciales dictados en la causa, todos ellos muy inferiores a los años de duración que tuvo la medida restrictiva. Nace entonces el derecho previsto en el art. 10 de la Convención Americana. Por otro lado, y lo repetimos, haber mantenido durante años una medida cautelar no se compadece con ninguno de los principios y garantías en juego: debido proceso legal (arts. 16 y 17 CN), presunción de inocencia (art. 17.1) razonabilidad de las decisiones judiciales (art. 8 Convención) y art. 46 y cc. de la Convención Interamericana. Siguiendo los criterios establecidos por la Corte IDH para la razonabilidad de la duración de un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales, no puede convalidarse más de ocho años de medida cautelar y mas de proceso, para llegar incluso a resoluciones judiciales que anulan todo lo actuado³.

É imperiosa a profunda reflexão multidisciplinar, que reverbera desde a égide constitucional, pelo direito criminal, perpassando pela psicologia forense, pelo estudo social e pela sociologia jurídica.

O direito penal tem condão de punir o indivíduo infrator proporcionalmente à medida do seu ato de desobediência, bem como de garantir a ordem pública e de mitigar pela devida persecução processual. Entretanto, o que se tem vislumbrado é uma série de tribunais de exceção, medidas descabidas e ausência de homenagem devida aos direitos humanos e aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Miguel Reale explicita em suas obras que a sanção penal não deve ter caráter exclusivamente punitivo, devendo sempre a punição ser associada à educação e à exemplificação.⁴

E é justamente o inverso disto que se produz quando o instituto da custódia é precariamente manejado pelas autoridades judiciais. Não há, portanto, justiça, isonomia, garantias e educação social, tampouco educação privativa. O que

³ O que é claramente demonstrado nos autos é a violação do art. 8º da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos - Garantias Judiciais - ao manter arbitrariamente uma medida restritiva sem fundamento jurídico válido. Arbitrariedade que também é demonstrada pelas mesmas decisões judiciais proferidas no caso, todas muito inferiores aos anos de duração da medida restritiva. O direito previsto no art. 10 da Convenção Americana. Por outro lado, e repetimos, ter mantido uma medida cautelar por anos não é compatível com nenhum dos princípios e garantias em jogo: devido processo legal (arts. 16 e 17 CN), presunção de inocência (art. 17.1) razoabilidade do decisões judiciais (art. 8 Convenção) e art. 46 e cc. da Convenção Interamericana. Seguindo os critérios estabelecidos pela Corte Interamericana para a razoabilidade da duração de um processo: a) complexidade da matéria, b) atividade processual da parte interessada e c) conduta das autoridades judiciais, não mais de oito anos de medidas cautelares e mais podem ser validados processo, até chegar a resoluções judiciais que anulem tudo o que foi feito. (Traduzido pelo autor)

⁴ REALE, Miguel. **Questões de Direito Público**. São Paulo: Saraiva Jur, 1997. p.

se decanta, através de mal fadadas aplicações são violações de direitos, tolhimentos de garantias, alicerçamento da escola do crime nas instituições correccionais e aumento exponencial da criminalidade.

É destacável, neste sentido, que há sim, claramente, separação entre aqueles que possuem poder aquisitivo daqueles hipossuficientes. É cediço que os hipossuficientes são as maiores vítimas, tanto no aspecto qualitativo, quanto quantitativo, de atos de cerceamento de liberdade injustificados.

Antes de entrar no mérito das injustiças cometidas diuturnamente no Direito Penal e Processual Penal, é imperioso destacar que o instituto da custódia é estritamente necessário para a garantia da ordem pública, para a conveniência da instrução penal e é instrumento de sanção aos desobedientes à lei criminal.

Não se busca demonizar o instituto da custódia por si, ou mesmo defender sua extinção do ordenamento pátrio, mas levantar questionamentos sobre os casos em que há claros e flagrantes abusos, seja pela falta de indícios de materialidade autoral ou delitiva, pela demora no processamento, ou por um sentimento punitivista que busca ouvir a voz das ruas.

Ademais, se as decisões e pareceres jurídicos restarem-se norteadas pela voz das ruas, para que serve a técnica e a vereda acadêmica? Para que servem os diplomas legislativos processuais? Para que serve a Carta Magna? Neste sentido, todo zelo é valioso na aplicação do *ius puniendi*.

A custódia de um suposto agente de fato delitivo deve obediência a uma série de requisitos insculpidos na Carta Magna, na legislação específica e na legislação processual penal.

Historicamente, o Brasil desenvolveu uma filosofia de Direito Penal mais garantista que punitivista. Observa-se que vários elementos mais graves, tais como a pena de morte e a prisão perpétua, são incompatíveis com a hermenêutica, ainda que aberta, do texto legislativo, tanto na norma constitucional, quanto na infraconstitucional.

O instituto da custódia, enquanto prisão, no ordenamento pátrio, divide-se em: condenatória, cautelar, temporária, flagrante, administrativa e civil.

Além da prisão em si, há a condução coercitiva, a detenção momentânea e a apreensão.

Cuida-se que, no mérito da prisão em flagrante, da condução coercitiva e da apreensão, há uma série de aspectos que devem ser levados à baila.

Preliminarmente, nesses atos aludidos, há ocasionalmente abusos praticados pelos agentes públicos.

Não raros são os relatos de indivíduos conduzidos para estabelecimentos de delegacia e prisionais que tiveram seus bens materiais subtraídos, que foram submetidos a injúrias, difamações, calúnias, turbados de sua tranquilidade e de seu sossego, submetidos à lesões corporais e danos diversos.

Vislumbra-se assim a dicotomia entre a palavra do agente estatal, que goza de fé-pública e tem peso especial relevante e os relatos de abusos sofridos, que não-raro são mérito de queixas.

Nos casos de flagrância, o sujeito custodiado é usualmente tratado de forma agressiva e desumana. O agente público, além de fazer uso indiscriminado de algemas, o que configura claro constrangimento ilegal⁵, perfaz emprego de vernáculos de baixo calão, age com dolo ao vilipendiar a honra do flagranteado e não o informa, na condição indispensável de seu ofício, de seus direitos constitucionais.

Toma-se exemplificativamente os casos de inserção de indivíduos em Regime Disciplinar Diferenciado, sem o trânsito em julgado condenatório quanto à prática de crime doloso. É flagrante que tal medida fere a presunção da inocência.

A inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado, em razão do custodiado representar hipotético risco para a segurança do estabelecimento, ou perigo social, transmite a imputação do ônus da falência do sistema penitenciário, recaindo unicamente ao indivíduo sob custódia, apenas para satisfazer as pretensões do autor e do Estado.

Necessário destacar que tal medida é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio. Porquanto o ideal ressocializador, insculpido pelo art. 1º da LEP, restou-se olvidado, pois o Regime Disciplinar Diferenciado imprime ao custodiado uma sanção degradante e duplamente estipulada, onde nenhuma atividade salutar ou produtiva lhe é concedida.

Em verdade, o sistema penitenciário recebe a ordem de recolhimento ao cárcere, sem indagar sobre a legalidade da custódia. Trata-se de um mandado

⁵ CONSTRANGIMENTO ilegal. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>. Acesso em: 15 nov. 2020.

imperativo, restando somente ao Poder Judiciário a competência para a reanálise do cerceamento de liberdade.

A própria legislação processual penal aborda os vernáculos “preso”, “capturado”, “conduzido” e “detido” indiscriminadamente, denotando ausência de um critério técnico bem definido. Torna-se, portanto, sobremaneira hercúlea a análise da Lex criminal em associação com a Carta Republicana, que, por seu turno, utiliza-se indiscriminadamente das expressões “detenção” e “prisão”.

Essa ausência de critério sistêmico de proteção do indivíduo custodiado fortalece uma interpretação natimorta, que na sua gênese já encontra seu ocaso por falta de observância aos direitos fundamentais.

Para fins de devida homenagem aos direitos do custodiado, traz-se a taxonomia das aludidas subespécies de custódia:

- a) A captura é o ato que designa à custodiar um indivíduo por suspeita da prática de infração ou por ato de uma autoridade;
- b) A detenção, por seu turno, designa a pessoa privada de sua liberdade, exceto se o tiver sido em consequência de condenação pela prática de uma infração;
- c) A prisão designa a pessoa privada da sua liberdade consequência de condenação pela prática de uma infração;
- d) A apreensão designa a condição das pessoas conduzidas que só se justifica, em princípio, se forem absolutamente incapazes e, para os fins de guarda e proteção, sob risco de incorrer o agente em constrangimento ilegal e abuso de poder.

Sendo a liberdade inerente à condição humana, é direito tão imperioso quanto a vida. Sem a presunção da liberdade individual, decai-se da essência do direito de existir da pessoa humana. Tal verdade encontra-se desnuda nas condições de ostracismo em que se encontra a esmagadora maioria dos custodiados no sistema prisional pátrio. Esta essencial faculdade resta-se protegida, sem reservas de exceções, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Carta Republicana.

Ante o exposto, não se comporta mais o decantamento de um Código Processual Penal sem uma interpretação juridicamente sábia, com duas normas hierarquicamente superiores. Neste sentido, a Carta Magna de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos são o condão para a devida interpretação da

norma processual penal, e seus mecanismos devem ser subordinados concomitantemente.

2.1 História dos institutos prisionais e seus conceitos

Segundo Lopes Junior e Moraes da Rosa, por prisão designa-se a ação de aprisionar, tal vernáculo é derivado do latim-etrusco “*prensione*”, e também do latim romano “*prehensione*”, que no original significa “ato de prender”. A expressão latina-etrusca “*presione*” também significa “para ensinar, dar aula, escolar”, principalmente do latim assimilado pelas culturas anglo-portuguesas. Por extensão, o conceito também abarca a pena em que há privação completa da liberdade.⁶

Para a legislação penal, em sede de conceito geral, no que tange à maioria dos sistemas jurídicos globais, há duas espécies de prisão: a detenção, que é mais branda; e a reclusão, mais gravosa.

A detenção é postulada em face de delitos de menor gravidade; o tolhimento de liberdade é cumprido em cárceres de reclusão temporária, com menor grau de vigilância e cerceamento.

A reclusão é aplicável em face dos ilícitos penais de maior impacto; devendo o cerceamento ser feito em estabelecimentos mais seguros e isolados, como as penitenciárias.⁷

No que concerne à temporariedade e à amplitude da sanção, e também o local de aplicação do cárcere⁸ esta pode ser, segundo sua execução pelos sistemas jurídicos do ordenamento pátrio:

- a) Prisão temporária (Lei 7.960/89);
- b) Prisão preventiva (CPP, art. 311 a 316);
- c) Prisão domiciliar (Lei 13.257/2016);
- d) Prisão em flagrante/diligência (CPP, art. 302);
- e) Prisão em regime aberto (CP, art. 36);
- f) Prisão em regime semiaberto (Lei 7.210, art. 9º);

⁶ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Crise de identidade da "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-idade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>. Acesso em: 5 out. 2020.

⁷ GARCIA, Barbosa, Gustavo Filipe. **Painel sobre a Reforma do Judiciário**. SEMINÁRIO. Rio de Janeiro, 2005.

⁸ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. São Paulo: Paco Editorial, 2000.

g) Prisão em regime fechado (Lei 12.433/2011);

Em razão, ainda, da autoridade de quem parte a ordem (mandado) de prisão, ela pode ser, além da prisão penal em si:

a) Prisão administrativa

b) Prisão civil

Neste sentido, no que tange à aplicabilidade do instituto prisional, deve debruçar-se o agente público sobre o grande ensinamento do saudoso doutrinador Hely Lopes Meirelles ⁹ no sentido de que, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o Honesto do Desonesto. E ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético da sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo do injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.

2.1.1 Da historicidade do instituto da pena e da prisão

As teorias sobre o caráter penal são provenientes das diversas doutrinas que surgiram no decurso do tempo, em conformidade com a dinâmica social. Frisa-se como norte irradiante doutrinário dois grandes nomes: Cesare Beccaria e John Roward.

Para os referenciais teóricos absolutos, a pena tem por caráter precípua a punição, que é a paga pelo dano que o agente causou. A pena é uma contraprestação pelo mal praticado e serve como forma de compensação moral e social, sendo o castigo uma obrigação ética¹⁰.

Os referenciais teóricos utilitaristas¹¹, por seu turno, aduzem que a punição objetiva-se pela prevenção criminal, inculcando no meio social um respeito às leis e um temor às repercussões que a possível inobservância pode acarretar.

A filosofia juspositivista conceitua que a pena é uma oportunidade para reinserir o indivíduo desobediente no meio social¹², e a custódia é uma modalidade

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Medeiros, 2012. p.00

¹⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro. Atlas, 2001. p.

¹¹ BENTHAM, Jeremy. "An introduction to the principles of morals and legislation". In: _____. **The principles of morals and legislation**. Nova York: Hafner Press, 1948.

¹² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. 1999. p.

cabível de segregação do sujeito condenado para que, durante aquele período de encarceramento, não cause danos à sociedade.

Na verve teórica da doutrina mista, a custódia tem um caráter de retribuição em seu aspecto moral, possuindo caráter trifásico¹³.

Evidentemente, novas teorias surgiram, com o avanço da filosofia dos Direitos Humanos, no que tange não somente aos mecanismos de vigiar e punir, mas nas condições dos estabelecimentos de segregação e nos direitos dos sujeitos segregados.

A criminalidade é definida pela criminologia crítica como um fenômeno típico em todos os extratos sociais, sendo útil ao desenvolvimento de um mecanismo que a combata.

O aludido doutrinador clássico Beccaria teorizou que o indivíduo entrega ao Estado uma parcela de sua liberdade em troca da garantia de vigilância. Por esta razão, é imperioso que sejam confeccionados dispositivos legais para que o afã de certos indivíduos seja refreado, e a única forma de refreio é pela punição no caso de inobservância à legislação em vigência.¹⁴

Por esta razão, a custódia deve ter guarita em lei que defina seus parâmetros de aplicabilidade, e a prisão deve ter uma punição igualmente prevista e proporcional ao dano ocorrido.

Neste sentido, segue entendimento do criminalista Romanosi *apud* Baratta (1999 p. 35), in verbis:

O fim da pena é a defesa social, contrapondo-se a Beccaria, que coloca que o fundamento da pena é o pacto social. Segundo ele, a pena não é o único meio de defesa social, sendo que o maior esforço da sociedade deve ser colocado para a prevenção do delito, através do melhoramento e desenvolvimento das condições da vida social.¹⁵

Compreende-se de forma técnica que a pena e suas finalidades quando debruça-se sobre o contexto em que o *animus puniendi* surgiu e a forma como operou-se sua evolução.

Conforme a dinâmica social ocorreu o incremento da criminalidade e por conseguinte, os meios de sanção para reprimir as condutas delitivas.

No presente mérito, a história testifica os métodos de punição do Estado aos indivíduos que ousaram desobedecer o pacto legislativo entre si e a sociedade.

¹³ REALE, Miguel. **Questões de Direito Público**. São Paulo: Saraiva Jur, 1997. p.

¹⁴ BECCARIA. **Dos Delitos e Das Penas**. Rio de Janeiro: Martin Claret, 2005. p.

¹⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Petrópolis: Vozes, 1999. p.

2.1.1.1 A lei de Talião e seu escopo punitivo

A legislação de Talião constituiu-se numa codificação de punições que surgiu na era neolítica, que representou um grande avanço na matéria criminal à época, porquanto institucionalizou uma proporcionalidade entre o delito e a punição que era aplicada ao agente.

Infringia-se ao autor do fato delituoso o mesmo dano por ele praticado, a primazia de talião é a normatividade de ‘olho por olho, dente por dente’.

Corriqueiras eram as punições por meio de castração nos crimes contra a dignidade sexual, ou de penal capital para os casos de assassinato.

Ironicamente, tais tipos de sanção acabaram por enfraquecer a sociedade, pois estas penas submetiam os indivíduos a mutilações irreparáveis, o que os tornava inegavelmente débeis para defender suas posses contra a invasão e domínio de seus inimigos¹⁶.

É destacável que a legislação de Talião foi pioneira em manifestar fórmulas de juízo e sanção criminal, ao passo em que também foi a preconizadora de uma racionalidade jurídica. Não obstante porém, que as sanções elencadas e aplicadas com base na aludida legislação não devem ser classificadas como pena no sentido científico estrito.

In factum, restou-se infrutífera a tentativa o talião material ser aplicado a todos os tipos de crimes, por essa razão surgiu a legislação de talião simbólica, que constituiu-se em uma modalidade punitiva de grande repercussão. No entanto, mais branda, se comparada ao Talião original.

2.1.1.2 Instituto da Composição Criminal

O instituto da composição penal originou-se como uma modalidade mais humana do instituto punitivo, com gênese na evolução social. No instituto analisado o indivíduo pagava para não haver submissão à uma punição. Tal instituto poderia ser utilizado em benefício de si ou de outrem. A composição criminal não infligia ao delinquente nenhuma espécie de abalo psíquico ou físico, mas sim uma reparação que fosse racional e proporcional ao delito praticado.

¹⁶ ROMANOSI, 1984 apud BECCARIA, op. cit., p.26.

2.1.1.3 Do instituto da Vingança dos Deuses e Seres Exotéricos

Num subsequente período de dinâmica social, aos delinquentes eram impostas normas de procedência, usualmente inspiradas no comportamento de divindades. Constituiu-se num sistema de sanções de cunho religioso em conectividade com a legislação de Talião e ao instituto da composição. O direito penal era fortemente influenciado pelos princípios religiosos, sendo o códex religioso a própria legislação vigente.

A prática delitiva era defrontada como uma ofensa às divindades e, por conseguinte, uma ofensa a todos os partícipes da sociedade. Códigos famigerados decorrentes desta filosofia penal são, exemplificativamente, o código de Hamurabi, as Leis da Torá e o compêndio de Manu.

Neste contexto, a sanção ainda estava abarbadada e carregada por um sentimento de revanchismo, mas deste turno era uma vendeta divina.

Um método bastante peculiar e cruel de punição à luz do códex penal inspirado pela vendeta das deidades era o Escafismo, famigeradamente chamado de ‘O Suplício dos Botes’. Tal penalidade era aplicada usualmente na Pérsia Antiga, região que presentemente compreende o Norte Setentrional do continente africano.

A vítima de tal condenação era um delinquente que supostamente havia cometido um delito de grande monta. Assim, julgado e condenado, era amarrado em dois botes e deixado à deriva num rio ou no mar. Durante seu calvário, era alimentado exclusivamente com leite e mel.

O que, à primeira vista, pode aparentar ser uma experiência gastronômica pitoresca, era na verdade um chamado natural para insetos e larvas, que lentamente devoravam as carnes do apenado. Tal suplício poderia se arrastar durante dias, quiçá semanas.

As condenações mais brandas constituíam-se em pena de morte simples, por enforcamento, decapitação ou ingestão de veneno, conforme foi a condenação do filósofo Sócrates, acusado de subverter a juventude de Atenas. Posteriormente, as condenações evoluíram para a amputação de membros e torturas.

Neste contexto de legislação criminal religiosa, duas espécies delitivas foram bem delimitadas: Os delitos que ofendiam a coletividade, os quais constituíam-se em práticas delituosas contra autoridades públicas, tradições e contra os seres exotéricos; e os delitos que ofendiam os indivíduos comuns,

Com a irrefreável evolução da hermenêutica jurídica e com o surgimento da criminologia crítica, os crimes contra a pessoa humana superam quase todos os demais fatos delitivos, enfraquecendo a repercussão dos delitos contra os costumes tradicionalmente religiosos.

2.1.1.4 Do Instituto da Desforra Pública

Num cenário mais à frente, surge a consciência de substância e força da autoridade pública e o fortalecimento da ideia de Estado, que toma para si o exercício da justiça criminal e da execução das penas, que outrora pertencia ao ofendido, à família do autor (ou do ofendido) e aos deuses.

Neste aludido período, surge a Lei das Doze Tábuas, marco fundamental de origem para um direito criminal posto, que ainda se atém aos costumes, mas que fomenta uma base de axiomas para o alcance da justiça.

No século II antes de Cristo, institucionalizou-se o abrandamento das punições, donde os delitos privados eram punidos com o pagamento de bens ou valores; e os delitos mais gravosos eram julgados pelos habitantes da cidade. Neste período a prática processual penal toma um cunho objetivamente público.

Com a gênese da legislação romana, do imperador Augusto César, os delitos foram tipificados em rol taxativo, com a imposição de uma pena em abstrato para cada tipo de tipificação delitiva. Neste interim, ocorre a pioneira distinção entre delitos públicos e privados. A punição torna-se exclusivamente pública e a ser aplicada com extremado rigor pelos pretórios romanos.

No decurso cronológico o instituto da punição é entronizado, e no ocaso da Era Antiga, o Cristianismo influencia grandiosamente no abrandamento das penas torturantes, exterminadoras e infames, objetivando-se pelo grande valor dado à vida pela filosofia cristã.

Na Era Medieval, com a finalidade de evitar a pena de morte, a Igreja pregava pela utilização da pena de prisão em detrimento da pena capital. O agente criminoso era recolhido ao cárcere para penitenciar-se, sendo visitado exclusivamente pelo sacerdote, a quem confessava-se, ou pelo diretor carcerário. Nesta época a punição tinha condão bifásico: a reconciliação com Deus e a segregação como penitência pelos seus atos de indisciplina.

Entretanto, o advento da Era Moderna trouxe à baila, novamente, atos desumanos e torturantes de punição. Especialmente nos crimes contra os chefes-de-Estado, quer seja de conspiração ou de subversão.

A aplicação da pena passou a ser um *modus operandi* de espetáculo para as gentes, donde o condenado era marcado com metal escaldante, queimado com azeite fervido, tinha os membros decepados por espada ou machado e esquartejado.

2.1.2 Da Humanização da Punição

A humanização das penas aplicadas ao longo da história foi essencial no processo de busca pela consagração à dignidade da pessoa humana e ferramenta importante na busca da ressocialização dos que cometem delitos. Ocorre que as penas nem sempre apresentaram esse viés, sendo por muito tempo marcadas pelo sentimento de vingança, crueldade, suplícios públicos, com caráter revanchista.

Entretanto, o Estado, que hodiernamente tem a missão de alcançar a ressocialização com a imposição de reprimendas, já comportou-se de forma despótica, tendo como única meta punir o mal com o mal. Entretanto, a presente precariedade do sistema correcional tem se mostrado um obstáculo quase intransponível para a almejada paz social e subsequente diminuição dos índices de criminalidade.

Da segunda metade do século XIII em diante, os métodos punitivos torturantes foram alvo de críticas por estamentos congressistas e jurídicos em toda Europa. Deu-se seguimento a uma onda de manifestações por parte de magistrados, juristas, congressistas e filósofos, que pediam a flexibilização das punições.

As punições corporais, no entanto, perderam força ao longo da história, como visto nos dizeres de Foucault, “No fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguido”¹⁷, essa extirpação, todavia, ocorreu de maneira lenta e esparsa em todo continente europeu.

¹⁷ FOCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 39. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011. p.

Porém, pode-se vislumbrar que a dignidade da humana passa a ser valorizada, pois a partir de então a pena vai atingir não mais a vida dos criminosos, mas a sua liberdade e em muitos casos seu patrimônio. Depreende-se que mesmo as mais remotas prisões e as penas de prisão perpetua, podem ser vistas como grande passo rumo à humanização, porquanto a vida e a liberdade são os direitos mais sagrados do ser humano.

Destarte, apesar da criação das penitenciárias, as punições corporais ainda perduraram por muito tempo, o que tivemos de fato foi o aperfeiçoamento dos equipamentos utilizados para executar os condenados. Nesse sentido, as mortes passaram acontecer de forma rápida, com o mínimo de sofrimento, e ainda um mesmo modo de execução para todos aqueles que fossem condenados à pena capital.

Nesse ponto, estava saindo de cena as execuções com graus absurdos de tortura, que ocorriam ainda no início do século XVIII na Europa.

Não menos perverso, o ordenamento brasileiro também já vivenciou a aplicação de penas desumanas em logradouros públicos. Exemplificativamente, a famigerada condenação à força do inconfidente mineiro Tiradentes, alcunha de Joaquim José da Silva Xavier, líder de um movimento separatista que buscava a independência do Brasil da Coroa Portuguesa, que, ao ser delatado, foi condenado à morte.

Ante os acontecimentos históricos, os avanços práticos das novas teorias começam a surgir no início do século XIX, com a gênese do código processual e penal francês, que banuiu as mutilações, diminuiu as possibilidades de aplicação da pena capital, e permitiu aos magistrados a aplicação de penas alternativas.

A gênese dessa mudança na aplicação da pena pode ser considerado um grande ponto de partida rumo à humanização na aplicação da reprimenda. No entanto, é imperioso destacar que inicialmente os edifícios prisionais eram ambientes hostis e degradantes, e tal qualificação perdura na esmagadora maioria das penitenciárias atuais, porém a consagração da vida e da dignidade sempre deve ser vista como um grande avanço rumo à valorização e a importância da pessoa humana.

No cenário compreendido entre os séculos XVIII e XIX, as inovações do direito criminal foram de menor importância material, porém possuem grande valor

bibliográfico e filosófico, que fundamentam o Direito penal do século XX até os dias correntes.

A custódia deixa de ser utilizada como ferramenta do Estado, para simplesmente punir quem desobedecia às leis e à ordem, e aos poucos passa a ser usada como instrumento de correção ou ressocialização.

Deste ponto em diante, iniciou-se um período de maior preocupação com a integridade física dos custodiados, a codificação e a edição de leis passa a orientar as situações que podem submeter o indivíduo ao cárcere.

É uníssono na doutrina majorante, conforme leciona Greco, que o grande marco para essa mudança de pensamento, quanto à aplicação das penas, foi a obra de Beccaria, intitulada 'Dos delitos e das penas', publicada no ano de 1764, que demonstrou a insatisfação e indignação com a forma que os seres humanos estavam tratando outros seres humanos e sem a mínima observação das leis.¹⁸

¹⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, v.1, 2011. p.

3 DA CUSTÓDIA ABARBADA DE IRREGULARIDADES E SEUS ELEMENTOS

Configura-se prisão ilegal quando o encarceramento é executado com inobservância a algum pressuposto da formalidade imposta pelos diplomas legislativos, por equívoco do ente estatal. Assim, interfere nos direitos e garantias individuais estabelecidos pela Constituição Federal.

A prisão ilegal:

Se apresenta como toda providência decretada em processo penal que priva alguém de sua liberdade de locomoção, sem observância dos requisitos mínimos exigidos em lei. Toda prisão que não ocorre em flagrante delito ou com mandado judicial é ilegal, esta é uma regra que está na Constituição. Prisão ilegal, portanto, significa, antes de tudo, ilegalidade e invasão lesante do *status dignitatis e libertatis*.¹⁹

Nesse sentido, pela norma constitucional qualquer prisão que não ocorra em flagrante delito ou com um mandado judicial se torna injusta. Em um cenário que coloque o suposto acusado nessa situação, não importa qual propósito, terá o direito à reparação, sobre o Estado. A magnânima regra constitucional faz refletir na obrigação determinada pela infraconstitucional, distanciando a questão relativamente ao componente incomum à regra.

A reparação a ser ressarcida pelo Estado, é adquirida com o dinheiro dos impostos arrecadados, assim fazendo presumir isonomia a todos, porque a responsabilidade que o cofre público assume é por conta desta indenização por indevida supressão.

O abuso de autoridade, por seu turno, é conceituado como um indivíduo que em razão do seu cargo e poder, se prevalece para satisfazer suas vontades particulares. O sistema de democracia direta configurado no Brasil, se opõe a este tipo de conduta.

Do igual modo, quem pratica qualquer vilipêndio contra a liberdade de deslocamento do indivíduo, expõe-se à uma sanção administrativa civil e penal com base na disposição normativa, que pode variar de advertência até à exoneração.

Na lição de Ricardo Alexandre, o abuso de poder é argumentado: “é possível que a autoridade, ao exercer o poder, ultrapasse os limites de sua

¹⁹ TEIXEIRA, Renildo. **Teoria, prática e jurisprudência da prisão em flagrante**. São Paulo: Ed. De Direito, 1997. p.

competência ou o utilize para fins diversos do interesse público. Quando isto se verifica, diz-se que houve abuso de poder.”²⁰

A ilegalidade da custódia, no que lhe concerne, retrata de modo que, toda determinação no processo criminal que obsta a liberdade de locomoção de alguém, sem a devida observância aos requisitos exigidos pela disposição contida em lei, deve ser considerada ilegal. Em norma que se localiza na Constituição Federal, por uma questão de inteligência do art. 5º, tem-se que toda prisão que não ocorre com ordem judicial ou em flagrante delito pode ser considerada inconstitucional.

3.1 A custódia fruto de denúncia caluniosa e da falsa comunicação de crime

Conforme lição de Estefam a Denúncia Caluniosa encontra previsão jurídica no Código Penal, no rol “Dos Crimes Contra a Administração Pública”. No entanto, é pouco decantada, chegando às vezes a ser confundida com o tipo penal de calúnia.²¹

Isto porque ambos os delitos maculam a honra do indivíduo, mesmo que em vezes de forma direta e outras vezes de forma indireta, cabendo ao direito penal proteger a dignidade da vítima, em cumprimento ao que está previsto na CF/88²² pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Por tratarem-se de tipos penais semelhantes, a denúncia caluniosa já foi abordada como sendo calúnia qualificada, uma vez que as tipificações da calúnia (imputar, falsamente, a outrem um delito) encontram-se também na denúncia caluniosa.

Entretanto, no delito de denúncia caluniosa, é necessário que o autor comunique à autoridade competente e instaure investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, para que o crime reste-se configurado.²³

César Bitencourt comenta que o dolo na denúncia caluniosa constitui-se por meio da desejo de provocar investigação policial ou processo judicial, fazendo

²⁰ ALEXANDRE, Ricardo. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.

²¹ ESTEFAM, André. **Direito penal: Parte especial** (art. 286 a 359-H). São Paulo: Saraiva, 2011. p.

²² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 Out. 2020.

²³ ESTEFAM, op. cit., p.

com que o autor da ação leve ao conhecimento da autoridade, mediante o *delatio criminis*, e sendo o fato falso, provoque investigação sobre uma pessoa determinada. Sendo assim, só há configuração do delito de denúncia caluniosa quando for provada a inocência de tal pessoa, seja por uma decisão judicial ou administrativa inocentando-a, ou o arquivamento do inquérito policial.²⁴

Na falsa comunicação de crime, em seu turno, a tipificação penal se desdobra em momentos distintos, sendo que no primeiro momento demonstra a conduta de efetuar falsa imputação de um crime a um indivíduo determinado ou indeterminado, sabendo o agente que trata-se de um inocente. No momento derradeiro, é quando há o resultado e deixa ser instaurado um procedimento legal, a que a autoridade praticou em virtude da imputação mentirosa que foi descoberta.

Vislumbra-se que, existindo a privação da liberdade ou cárcere injusto do indivíduo, ocasionado pela denúncia caluniosa ou por falsa comunicação de crime, o art. 5º, inc. LXXV, da CF/1988, prevê: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.”²⁵ Observa-se que nesse caso de falsa imputação de crime, o Estado por meio de seus agentes, cumpre a prisão do indivíduo em virtude de uma norma garantidora, contida na legislação processual penal. Entretanto, trata-se de uma prisão ilegal, por não possuir fundamento na verdade, embora juridicamente legal, por se tratar de resultado amparado em mentiras.

Portanto, coloca-se em prova a responsabilidade civil do Estado, através da conduta exercida por meio de seus agentes, diante de um ato jurídico legal, porém pautada em falsas informações. Levando em conta que a responsabilidade civil do Estado é definida como a obrigação que este possui em reparar os danos que forem causados a qualquer cidadão em decorrência das atividades que perfaz, sendo que tais danos devem ser apreciados sem a necessidade de configuração de dolo ou de culpa.

3.2 A custódia fruto de decisões judiciais e atos policiais equivocados

Em observância ao formalismo constitucional, o suspeito será considerado inocente até sua sentença e o trânsito em julgado dela. Não obstante,

²⁴ BITENCOURT, César. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016. 22v. p.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988), op. cit.,

existem algumas condições excepcionais, nas quais o acusado poderá ser preso pelas medidas cautelares, com fulcro nos requisitos mencionados previamente.

A prisão cautelar, por sua vez, é aceita quando depois de homologada a prisão em flagrante, quando a conduta do suspeito não pode ser substituída por medida cautelar. Esta conversão da prisão em flagrante para a preventiva deve atender os seguintes requisitos: *periculum libertatis* (perigo em liberdade) e *fumus commissi delicti* (sinais de cometimento de um delito), ademais deve ser sempre fundamentada, trazendo as razões pelas quais o magistrado não concedeu as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal²⁶.

Sua previsão legal está relacionada aos pressupostos insculpidos no artigo 312 do mesmo diploma legislativo, *in verbis*:

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.²⁷

O requisito do *periculum libertatis* é essencial para a efetuação da prisão preventiva, pois precisa ser certa a ameaça estando o suspeito transitando em liberdade. Está associado na primeira parte do artigo supramencionado, no que tange à garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução penal e aplicação da lei crimina.

Cabe ao magistrado verificar se do delito cometido cabe a *ultima ratio*, e caso caiba, ao decretá-la deverá embasar-se nos fundamentos retromencionados, caso contrário, a medida será considerada ilegal e pode o custodiado impetrar habeas corpus ou propor pedido de revogação de prisão.

Por seu turno, o requisito do *fumus commissi delicti* está na segunda parte do dispositivo em comento, sua sintaxe é no sentido de que precisa-se de indícios que provem a autoria e a materialidade delitivo, não implicando em um juízo absoluto, mas sim de probabilidades. Se, no entanto, existir alguma hipótese de que o acusado foi amparado por alguma excludente de ilicitude, a prisão não deverá ser decretada, visto que tornar-se-á ilegal.

²⁶ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 14 Out. 2020.

²⁷ Id. Ibd.

Exemplificando o entendimento da ilegalidade da prisão preventiva, observa-se que a decretação da prisão cautelar, quando o magistrado limita-se a repetir os termos genéricos do art. 312 do CPP, aduzindo, exemplificativamente, que decreta a prisão preventiva para garantia da ordem pública, sem efetivamente demonstrar, conforme os autos do processo, de onde se origina tal necessidade.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento:

Viola o disposto no art. 315 do CPP a decretação da prisão preventiva sem fundamentação vinculada ou concreta. O juiz deve sempre, para tanto, indicar efetivamente o suporte fático, de caráter extra típico ou de peculiar e grave modus operandi, que justifique a segregação antecipada.²⁸

Ante o exposto, quando houver ausência dos requisitos subjetivos e objetivos, e mesmo assim for decretada a prisão, o ilícito será praticado pelo ente estatal, através do Poder Judiciário, porquanto estará desobedecendo um dever legal para aderir as cautelas mencionadas na legislação para necessidade de tal medida.

3.3 A custódia injusta por excesso de tempo ante à morosidade do sistema judicial brasileiro

As prisões preventiva e temporária são compreendidas como as formas de custódia cautelar e provisória. Onde tem o intuito de assegurar o andamento processual para que não haja interferência. Sendo que estas espécies de custódia tem previsão normativa, e podem ser decretadas em sede de inquérito ou de processamento judicial.

Conceituando, sobre a prisão cautelar, Tourinho filho leciona que é:

Aquela medida restritiva da liberdade determinada pelo Juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal.²⁹

Sobre um imperioso aspecto fundamental que deve ter a prisão cautelar, devendo ser observado, segundo, Capez que este tipo de prisão só poderá ser decretada, caso preencha os requisitos da fumaça do bom direito e o perigo da demora, já que se deve ao fato que está alicerçada no que dispõe a lei³⁰.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ. apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

²⁹ TOURINHO FILHO, Fernando. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.

³⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. V.1. p.

Caso desse modo não seja, além de ser desnecessária, seria a condenação do acusado antes mesmo de uma eventual sentença condenatória, vilipendiando assim o princípio constitucional da presunção de inocência.

Capez frisa que a prisão cautelar, deve ser decretada de acordo com os termos do artigo.312 do CPP, porém deve valer-se do art. 313 do mesmo diploma, que versa em quais circunstâncias e quais tipos de delitos é cabível.³¹

Com relação ao prazo de vigência, debruçando sobre o Código de Processo Penal, é cediço que o legislador foi omissivo ao não determinar um termo fatal em que o indivíduo poderá ficar preso, gerando assim divergências e celeumas nos entendimentos jurisprudenciais e nos referenciais doutrinários, ademais, causa prejuízo ao custodiado, pois macula seus direitos constitucionais.

Nesse sentido, quanto a sua duração e prazo, aduz-se que não há na legislação um prazo para seu ocaso, quanto a esse tipo de prisão, já que vem da omissão legislativa. Assim dura até quando for preciso para o entendimento dos tribunais.

Cumpra ressaltar que deve observar os princípios da administração pública, tanto da razoável duração do processo, quanto da proporcionalidade. Porquanto visto que a custódia tem o condão de resguardar o andamento da instrução penal, no qual não pode se estender de maneira não definida, já que caso ocorra, estarão cometendo constrangimento ilegal.

No que diz respeito à prisão cautelar, a grande dicotomia reside no constante debate no direito de que o legislador foi infeliz e deixou uma lacuna, onde não estabeleceu um prazo razoável para duração da medida cautelar, que pode demorar meses ou até mesmo anos, e neste patamar já entra em claro conflito com os princípios constitucionais agasalhados na CF/88.

Ademais, tem-se também a questão de que esta espécie de custódia é apenas para cunho de investigação e para obstar qualquer ameaça contra o processo em si, e ainda esse indivíduo nem sequer fora condenado, mas pelo tempo que lá já está contido, é como se condenado já estivesse.

É cediço que estas espécies de prisão são imprevisíveis com relação ao aspecto cronológico, entretanto, é de extrema necessidade a observação de que

³¹ CAPEZ, op. cit., p.

existem direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, que são excelsos e devem ser respeitados acima de qualquer outro fator.

4 DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DO AGENTE PÚBLICO

A Carta Constituinte de 1988 trouxe para o direito positivo a filosofia da norma de garantia com caráter de direito fundamental, objetivando a proteger qualquer sujeito de direito contra a indevida privação de sua liberdade, atribuindo ao Estado, nessas situações, a obrigação de indenizar mormente os danos sofridos. Dispõe o art. 5º, inciso LXXV, in verbis: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.³²

A primeira parte do dispositivo constitucional assegura a indenização, limitando-a ao cenário da condenação do indivíduo pelo Judiciário. A segunda parte constringe a responsabilidade do Estado e a consequente sanção indenizatória ante os casos em que o ergástulo imposto mediante decisão judicial, exceda a razoabilidade de sua aplicação.

O erro judiciário é advindo de ato jurisdicional que decorre da desventurada apreciação dos fatos ou de uma interpretação aquém do Direito aplicável, levando o magistrado a proferir decisão passível de revisões. O erro pode ser vetorizado em razão de uma identificação equivocada da pessoa representada, a exemplo de uma condenação que recaia sob um indivíduo com as mesmas características fenotípicas do verdadeiro agente infrator.

Exemplificativamente, o excesso de prisão pode ocorrer no período da execução da pena, quando o condenado, por desídia ou equívoco em judiciando, não é liberado do ergástulo após regular cumprimento da pena fixada.

Ante este exemplo fático, o Estado deverá arcar com uma sanção indenizatória por atuação falha do Poder Judiciário, porquanto trata-se tanto de erro no ato de julgar quanto no ato de executar, que já foi objeto de decisão judicial.

O doutrinador e jurista Rui Stoco assevera:

O erro judiciário típico pode ser corrigido por outro julgado superior, através de medida específica e criada para tal – a Revisão Criminal – prevista no art. 621 do Código de Processo Penal e que no direito imperial tinha o nome de “recurso de revista”. [...] Mas tenha-se em mente que corrigir o erro através da revisão não é o mesmo que reparar o erro, no sentido civilístico da palavra, o que só se consegue no Juízo Cível, após a declaração dessa circunstância.³³

³² BRASIL. Constituição (1988), op. cit.

³³ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Administrativa**. São Paulo: RT, 2008. p.

Interpretando o dispositivo constitucional que trata da mencionada indenização por custódia injusta, Soares Hentz diferencia o erro *in judicando* da dilação excessiva da custódia:

Enquanto a figura do erro alberga a atividade jurisdicional comissiva, consistente no decreto da prisão ditada pelo juiz, no exercício da função jurisdicional, como consequência de vero erro de julgamento, a segunda comporta, além da comissão, a omissão de qualquer agente público na liberação do preso depois de cumprida pena imposta.³⁴

Submetido o indivíduo à situação de custódia injusta, é cabível a indenização às custas do Estado, não importando eventual licitude da razão da custódia ou o caráter de sua ilicitude.

Embora o art. 5º, LXXV, da Carta Magna, somente se refira à possibilidade de indenização ao sujeito que ficar preso além do tempo fixado numa sentença, urge o entendimento de que tal caráter indenizatório é perfeitamente possível de aplicar-se quando, por erro judiciário penal corrigido em ação de revisão, ficou a pessoa privada de sua liberdade além das razões que devem embasar a decisão judicial, injustamente.

Porquanto, se na estrutura superficial da linguagem jurídica são situações diversas, em caráter material não, posto que ontologicamente constituem modalidades de custódia injusta, sendo indenizáveis os danos dela decorrentes.

Em regra, a prisão indevida, que lhe falta justa causa à privação da liberdade, traduz cenários de equívocos judiciários na esfera penal, expondo o Estado à obrigação de indenizar, com o oferecimento do que seja essencial e suficiente à reparação dos danos causados ao indivíduo vitimado, incluindo-se os não-patrimoniais, sobretudo aqueles ditos morais.

Urge registrar a hipótese de prisão indevida decorrente de erro provocado por atitude intencional do custodiado, que induz o agente público a erro pela utilização de, por exemplo, documentos inidôneos. O erro gerado e que causa prejuízos ao custodiado indevidamente, não é erro passível de indenização por parte do Estado. Ante tal cenário, leciona o doutrinador Rodrigues Alves:

Em situações dessa natureza, o próprio preso causou sua prisão com a conduta contrária a direito, e a ninguém é dado alegar a própria torpeza para dela aproveitar-se, como se enuncia na glosa *nemo auditur turpitudinem suam allegans*, extraída do Código de Justiniano. Incide, sobre

³⁴ HENTZ, Luiz Antônio Soares. **Indenização do erro judiciário e danos em geral decorrentes do serviço judiciário**, São Paulo: Universitária, 1995. p.109.

suportes fáticos dessa configuração, a regra jurídica de pré-exclusão da responsabilidade civil estatal por prisão indevida.³⁵

Ante o entendimento doutrinário aludido infere-se que entre os mestres jurídicos há quase que um consenso que a custódia injusta constitui gênero, da qual são subgêneros, os ergástulos advindos de erro judiciário e os que excedem o desiderato cronológico da pena estabelecida em sentença condenatória.

Em que pese tal entendimento doutrinário, há um posicionamento contrário, manifestado por Soares Hentz, para quem a custódia injusta forma categoria independente, diferindo substancialmente do erro judiciário, mesmo estando previstas na mesma norma constitucional e gerando repercussões jurídicas similares.³⁶

Em referência ao aludido doutrinador, a custódia injustiçosa estende-se a todos os casos que traduzem privação do direito de liberdade pessoal, mesmo quando ainda não há decisão condenatória. O exclusivo ponto de encontro entre os dois institutos em comento converge-se no fato de que, tanto a custódia decorrente de erro *in judicando*, quanto a custódia oriunda de excesso de prazo apresentam por alicerce, a mesma base juris-filosófica centrada na dignidade da pessoa humana.

4.1 Responsabilidade do Estado em face dos custodiados indevidamente

A norma da indenização da prisão além do tempo fixado na sentença foi explicitada no direito constitucional juntamente com a reparação do erro judiciário, e, não obstante hajam pontos de contato entre os dois institutos de direito material, afirma-se que o erro do agente público não depende da verificação da custódia, assim como a indevida privação da liberdade física não decorre necessariamente de erro de processamento.

Tais fundamentos assentam-se sobre a mesma base juris-filosófica, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e a liberdade de ir e vir. A intersecção se vislumbra em vista do campo de existência e verificação tanto da custódia injustiçosa quanto do erro do agente público.

No espaço próprio da função jurisdicional do Estado se observa e se difere a atuação de cada um de seus institutos. E mais: o custodiado, visto, na ótica

³⁵ ALVES, Vilson Rodrigues. **Responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário**. São Paulo: Bookseller, 2001. Tomos I e II, p. 118.

³⁶ HENTZ, op. cit. p.

das letras da lei, como o seu destinatário, deve ser sempre considerado como sujeito de direitos, não importando sua nacionalidade e, tampouco, seu *status civitatis*, posto que os direitos e garantias fundamentais operam suas repercussões indiscriminadamente.

Por esta razão filosófica todos são iguais perante a lei, no Estado Democrático de Direito, segundo positivado no art. 5º, caput, da Carta Magna.

Feitas essas homenagens à filosofia de garantismo e de direitos fundamentais, observa-se que privação da liberdade de ir e vir tem natureza jurídica restritiva de direitos, sendo que, especificamente, resulta em cerceamento do *status libertatis*, subgênero do *status civitatis*.

Como subgênero autônomo, estende-se a disciplina da custódia indevida a todos os casos em que suceder privação de liberdade individual sem o amparo em condenação com a devida observância ao caso concreto, cujo cumprimento submete-se o indivíduo custodiado por força do poder do agente público.

É imperioso destacar que a obrigação de indenizar indivíduos custodiados além do período estabelecido na sentença e o decorrente de erro judiciário, por estarem agasalhados no art. 5º, LXXV da Carta Magna, preservam o caráter de direitos fundamentais e nessa visão não podem ser alienados ou extirpados do ordenamento jurídico.

A Constituição Federal, conforme disposição do art. 60, § 4º, excluiu a possibilidade desses direitos enunciados no citado art. 5º tornarem-se objetos de deliberação mediante proposta de emendas tendentes a findá-los.

Delimitados os termos previstos no texto constitucional, a saber erro judiciário e o excesso da custódia, que compõem a denominada prisão injustiçosa, bem como suas implicações jurídicas, resta o questionamento a respeito do cabimento da indenização em se tratando de custódia indevida, que neste turno encontra-se intimamente ligada à decretação de prisões preventivas.

Frequentes são os casos de prisão ilegal praticados no Brasil, especificamente quando se trata de medidas cautelares, ante tais abusos é que presentemente se tem indagado acerca da responsabilidade civil do Estado nos mais variados cenários que envolvem as prisões preventivas, quando determinadas, especialmente, sem a observância dos requisitos mínimos exigidos para sua decretação.

Tal questionamento deve-se ao fato de que a prestação jurisdicional, não se desenvolvendo tão somente, com a prolação da sentença, mas também nos provimentos cautelares, caracterizados no processo penal pátrio pelas prisões preventivas e temporárias, que se caracterizam como instrumentos processuais gravosos e, se mal manejados, sujeitam o custodiado à degradação extrema, mormente quando amontoado em celas ou compartimentos sórdidos que não oferecem o mínimo de dignidade, privando o custodiado do direito de ir e vir.

Ademais, conforme lição de Barros Leal : “[...] a prisão é sempre uma prisão – ambiente que fomenta uma subcultura, na qual o contágio é decorrência natural da convivência forçada [...]”.³⁷

Por tais motivos, a prisão ilegal denigre e lesa o *status libertatis* e *dignitatis* do cidadão, justificando-se a reparação do dano moral e material sofridos.

As medidas cautelares no âmbito do processo penal atingem o patrimônio, as provas e a pessoa do investigado. Quanto às medidas cautelares pessoais no processo penal porque está em jogo a liberdade do cidadão, o juiz deve adotar redobrada cautela para o seu deferimento.

O seu deferimento sem a real necessidade de prejuízo para a ação penal sem dúvida que será considerado constrangimento ilegal e abuso de autoridade por quem a decretar.

As medidas cautelares no Direito Processual Penal brasileiro quando destinadas a atuarem estritamente no campo da *persecutio criminis*, se constituem em providências coercitivas contra o *status libertatis* do cidadão, exercitando o Estado seu poder coercitivo-cautelar.

Nessa conjuntura, deve agir em obediência ao princípio da legalidade, com o fim de prevenir danos irreparáveis ao estado de liberdade. Se o estado coercitivo for abusivo; deve ele cessar, o que se conseguirá com a utilização dos instrumentos legais asseguradores do direito de liberdade, além da possível propositura de ação de reparação por danos na esfera cível.

Apresenta-se a prisão injustiçosa como toda providência decretada em processo penal que prive alguém de sua liberdade de locomoção, sem observância dos requisitos mínimos exigidos em lei. Abarca, exemplificativamente, a pessoa que

³⁷ LEAL, César Oliveira Barros. Direitos do Homem e Sistema Penitenciário. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [S.l.], n. 2, p. 68-72, dez. 2001. ISSN 1677-1419. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/30>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

injustamente permaneceu presa sem motivação aparente, detida pela autoridade policial, com demonstrado abuso de poder.

In casu, pode-se, a qualquer momento, exigir a reparação dos danos pelo Estado por má-atuação dos agentes. Comprovando-se, dessa forma que não apenas a prisão indevida pode gerar a obrigação de indenizar, ante o ente estatal, mas de igual modo, qualquer ação coercitiva ou abusiva do patrimônio jurídico do cidadão, que se revele descompensada ou ilícita.

Em que pese a Carta Constitucional prever explicitamente a possibilidade de indenização em casos de erro judiciário e prisão injusta, o que ocorre com grandioso histórico de repetições é a ilegalidade da custódia, pautada nos decretos de prisões cautelares.

Alguns doutrinadores compreendem que a intenção do legislador constituinte foi suficientemente clara ao impor limites taxativos nos casos em que comporta-se indenização em face do Estado. Destarte, sendo em matéria do Poder Judiciário a seguinte: Prisão injusta, nos casos em que ocorrer erro de agente público em sentença condenatória transitada em julgado.³⁸

Porém, o referido permissivo constitucional não obsteu outras possibilidades de cabimento de indenização ante o Estado custódias ilegais. Em linha de princípio é imperioso que, impondo-se ao Estado a obrigação de indenizar àquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença, estaria o texto constitucional implicitamente assegurando ao indivíduo a plena possibilidade de ser indenizado em razão de ordem de prisão cumprida sem sentença condenatória transitada em julgado.

Se a prisão for injusta ou ilegal, além do prazo estabelecido na sentença de condenação, não se entende, caso a sentença condenatória tiver sido reformada, que a prisão do réu será menos injusta ou ilegal se a queixa for finalmente rejeitada como infundada.

Quem for condenado e ficar mais tempo em custódia que o devido está agasalhado pela norma constitucional no sentido de receber indenização, na mesma linha de raciocínio quem nem mesmo foi condenado, ou às vezes até mesmo processado ou indiciado e é ilegalmente preso, indevidamente, também merece proteção do Estado, sendo responsável pelos danos causados.

³⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. São Paulo: Revan, 2006. p.

O disposto no inciso LXXV, art. 5º da Carta Magna é límpido, in verbis: "O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do termo fixado na sentença".³⁹

Mormente o texto constitucional, a lição extraída é de que o legislador deveria ter sido mais objetivo na formulação normativa que prevê a legitimidade do caráter indenizatório por parte do Estado enquanto Órgão Jurisdicional, para obstar quaisquer interpretações diversas de que a Carta Magna só ampara o direito à indenização quando a restrição da liberdade pessoal firmar-se exclusivamente no tradicional erro judiciário ou no caso de prisão que exceda o desiderato máximo de sua duração.

Pela análise do disposto no texto constitucional, ocorre ao leitor tecnicamente instigado que o constituinte olvidou-se de amparar de modo mais enfático os demais casos de custódia abusiva ou ilegal, nos quais não é observado o princípio do devido processo legal, com guarita no art. 5º, inciso LVII. Notadamente aqueles creditados pela má apreciação dos pressupostos materiais que fundamentam as prisões cautelares, pois nesses cenários não se pode aduzir a existência de sentença condenatória, especialmente em face do princípio do estado de inocência, prestigiado no art. 5º, inciso LVII.

A falta de orientação jurisprudencial para conceder indenização às vítimas de prisões ilegais tem o seguinte fundamento: Quando o Estado faz prisões processuais, o faz em nome da manutenção da pacificação e da ordem social, exercendo um inerente poder-dever: O jus puniendi, por meio do qual desenvolve uma atividade típica na perseguição da criminalidade.

Ocorre que a atividade estatal, deve visar que o processo criminal aconteça de forma técnica, observando os princípios constitucionalmente garantidos a todos os cidadãos, sobretudo o respeito ao sagrado direito à liberdade, garantido não só pela Carta Constitucional, mas também um direito reconhecido mundialmente por todos os cidadãos nos sistemas jurídicos de países democráticos.

Ante o exposto, a Constituição Federal somente chancela a prisão quando advinda de sentença penal condenatória transitada em julgado, trazendo ainda a ressalva de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado

³⁹ BRASIL. Constituição (1988), op. cit.

de sentença penal condenatória, consagrando com esse enunciado, o princípio da presunção de inocência.

Noutro ponto, impõe enfaticamente, o art. 5º, LXI, a prisão processual, enunciando a sua impossibilidade, excetuados os casos em que se configura flagrante delito ou por ordem escrita e razoável fundamentadamente de autoridade judiciária competente. Neste sentido, é cabível a prisão processual no ordenamento jurídico pátrio, desde que em caráter de excepcionalidade e com motivação por circunstâncias estritamente necessárias.

Caso não proceda com observâncias às regras supra, estará a atuação do juiz sujeita ao controle feito pelo próprio judiciário, mediante a propositura das ações cabíveis: Relaxamento de prisão ilegal, revogação de prisão preventiva, impetração de habeas corpus e pedido de liberdade provisória. Além da responsabilidade civil pelos danos ocasionados ao lesado e de uma possível responsabilização penal ante a Lei de Abuso de Autoridade.

Reforça tal entendimento que a Carta Magna ampara o caráter indenizatório decorrente da custódia injusta, com fundamento na regra insculpida no art. 37, § 6º, in verbis:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável no caso de dolo ou culpa.⁴⁰

Muito embora não seja uma interpretação pacificada na doutrina e jurisprudência, alguns posicionamentos já vêm firmando-se no sentido de que o Estado deve indenizar nos casos de custódia injusta. Neste entendimento, seguem decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça:

A Constituição da República, em razão da magnitude conferida ao status libertatis (art. 5º, XV), inscreveu no rol dos direitos e garantias individuais regra expressa que obriga o Estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permaneceu preso por tempo superior ao fixado na sentença (art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes à de quem foi submetido à prisão processual e posteriormente absolvido.⁴¹

⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988), op. cit.

⁴¹ Id. Superior Tribunal de Justiça – STJ – HABEAS CORPUS: HC 137651. 2009.

4.2 Da ação do agente público e sua responsabilidade subjetiva

O agente público é o meio por onde realizam-se os deveres inerentes ao Estado com vistas a preservar a ordem social, a disciplinar as relações societárias, a proporcionar segurança aos cidadãos e a desenvolver atividades intuitivas positivamente à coletividade.

O disposto no art. 2º da Lei Federal nº 8.429/92, a famigerada Lei de Improbidade Administrativa, caracteriza as qualificações inerentes ao agente público. Da análise de seu texto, extrai-se que o agente público é, essencialmente, uma pessoa física que produz e reflete o interesse do Direito Público:

Art. 2º - Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.⁴²

Essas qualificações são caracterizadas pela existência de atuação jurídica una, ou seja, os atos jurídicos estatais são formados por um indivíduo que manifesta juridicamente a vontade do Estado, inclusive o indivíduo que atua de forma vinculada às entidades que integram o Judiciário, pois, mesmo não integrando as pessoas estatais, exerce o Poder Jurídico função pública.

No âmbito do Direito Criminal, a semântica do funcionário público é tracejada no art. 327 e seus dispositivos, do Decreto-Lei nº 2.248/1940:

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.⁴³

Neste diapasão, da análise de ambos os dispositivos legais supracitados depreende-se que qualquer pessoa indivíduo que execute funções inerentes ao Estado, enquanto as perfaça, qualifica-se como agente público que, na definição de Carvalho Filho: “Significa o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma

⁴² BRASIL. Decreto-Lei nº 2.248/1940. Brasília, DF: Senado Federal, 2013. p.1321.

⁴³ Id. Ibid. 531.

função pública como prepostos do Estado. Essa função, é mister que se diga, pode ser remunerada ou gratuita, definitiva ou transitória, política ou jurídica.”⁴⁴

Em decorrência da finalidade pública, o agente estatal tem certas prerrogativas e obrigações específicas decantadas nos diplomas legislativos pátrios, são intitulados, conforme taxonomia legal, de poderes e deveres administrativos.

A Lei nº 8.112/90, que faz disposição sobre o regime jurídico dos agentes públicos da União, das autarquias e das fundações públicas federais, decanta, em seus arts. 121 a 124, a responsabilização administrativa, civil e penal do agente público em razão do exercício irregular de suas funções, in verbis:

Art. 121 - O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 122 - A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

§ 1º - A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

§ 2º - Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

§ 3º - A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

Art. 123 - A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.

Art. 124 - A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.⁴⁵

Conforme os dispositivos retromencionados preceituam, num cenário de desempenho funcional incompatível, o agente público sujeita-se à sanções nas esferas: Administrativa, mediante a aplicação de punições disciplinares; cível, com efeitos em seu patrimônio; e criminal, em face da previsão de instauração de inquérito e, posteriormente, de ação penal para possível imposição das penas previstas no Código Penal e nas legislações atinentes.

É imperioso frisar a similitude entre as responsabilidades criminal e administrativa, vez que ambas perfazem o exercício de punir atribuído ao Estado. Diferentemente destas, a responsabilidade cível decorre do dever de responder a ações indenizatórias ajuizadas pelo próprio Estado ou por demais prejudicados pela conduta imprópria do agente público no exercício de suas funções.

Ante os casos de omissão do agente público, a Lei nº 8.112/90, em seu aludido art. 124, versa que a responsabilidade civil-administrativa é consequente de

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p.611.

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 8.112/90. Brasília, DF: Senado Federal, 1990. p.1260.

ato omissivo ou comissivo praticado pelo servidor público no desempenho de seu cargo ou de sua função.⁴⁶

O agente de Estado que apresenta uma conduta omissa ao regime disciplinar ao qual está legalmente vinculado deve submeter-se a um procedimento administrativo disciplinar, que apurará a materialidade do ilícito e a autoria da infração, objetivando-se que seja administrativamente responsabilizado; e assim, deverá suportar as sanções impostas por ter-se desviado das obrigações de sua função, colocando em risco ou causando, efetivamente, prejuízos à outrem.

Em obediência ao princípio da legalidade, cada unidade federativa deve promover, por meio de lei, a definição dos poderes e deveres inerentes ao servidor público e a dos ilícitos administrativos e de suas respectivas punições. Essa definição deve ser feita pela própria legislação, de forma objetiva, ao descrever certa conduta como ilícita, ou indireta, quando o diploma legislativo limita a proibição ou a obrigatoriedade de determinada conduta, tipificando-se a ilicitude como a conduta que viola tal preceito legal.

Exemplificativamente, da análise do disposto dos art. 216, inciso VIII, e do art. 218, caput, ambos da Lei Estadual nº 869, depreende-se a configuração de ilícitos funcionais de maneira indireta.

É destacável a imprescindibilidade de um elemento subjetivo reprovável que comprove a culpa ou o dolo do agente público infrator. Para que seja imputada uma conduta culposa ao agente público, é necessário observar a capacidade do agente de prever o resultado lesivo caso tivesse agido com a devida atenção, e de agir de forma diligente, evitando prejuízos à Administração Pública e a outrem.

Destaca-se a previsibilidade como elemento necessário à caracterização da culpa em determinada procedência; vez que restou-se imprevisível ao agente público a ocorrência de uma prisão injustiçosa, a consequência desta não pode ser atribuída a ele.

Em sábia lição, assim declarou Damásio Evangelista de Jesus:

Para saber se o sujeito deixou de observar o cuidado objetivo necessário, é preciso comparar sua conduta com o comportamento que teria uma pessoa dotada de discernimento e prudência colocada na mesma situação do agente.⁴⁷

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 8.112/90, op. cit.

⁴⁷ JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.

Outrossim, a conduta do servidor público deve ser caracterizada como dolosa mediante comprovação de que este ansiava pelo resultado decorrente de sua conduta ou, nos casos de dolo eventual, de que assumiu o risco de causá-lo.

No âmbito da responsabilidade administrativa, é igualmente culpável aquele que, em função do cargo que ocupa na Administração Pública, sendo absolutamente capaz de cumprir os deveres inerentes a seu cargo, não procede com a devida prudência, omitindo-se dos deveres da diligência e, conseqüentemente, prejudicando o interesse de outra pessoa, não-raro cerceando-a de seus direitos fundamentais.

4.3 A análise do postulado *The King can do no wrong* e sua influência no modus operandis dos agentes públicos

Nos primórdios da organização estatal havia a teoria da irresponsabilidade, noutras palavras, o Estado não era reputado civilmente pelas suas condutas, sejam elas omissivas ou comissivas. Esses foram os tempos das monarquias com caráter absolutista, em que prevaleciam preceitos como "*The King can do no wrong*" (o Rei não erra), presente nas monarquias inglesas ou "*L'Etat, c'est moi*" (o Estado sou eu), vigente no regime monárquico da França.

A referência para a teoria da não-reputação civil estatal era objetiva: Como o Estado e o monarca representam a mesma pessoa e, partindo do pressuposto que o monarca não erra, é impossível que se atribua qualquer responsabilidade civil ao Estado. Entretanto, apesar de não ser possível atribuir responsabilidade ao Estado, era perfeitamente possível responsabilizar o funcionário atuante.

Tomando como ponto de introdução a teoria da irresponsabilidade, urge destacar que a evolução da responsabilidade civil estatal foi gradativa, porém, com o desenvolvimento do próprio direito, passou-se a admitir a possibilidade de reputar o Estado em situações pontuais. Como resultando dessa metamorfose de pensamento, restou superada a teoria da não-reputação, ao tempo em que houve a adoção de teorias civilistas.

Nesse segundo ponto da evolução histórica da responsabilidade civil estatal, famigeradamente denotada como doutrina mista, o estudo acerca da existência ou não de culpa do agente da Administração ganhou importância.

Segundo a teoria mista, era essencial diferenciar os atos administrativos em atos de império e atos de administração. Estes eram os atos que o Estado praticava despojado de suas prerrogativas, estando em paridade de condições com os administrados, enquanto que os atos de império derivavam da soberania do Estado.

A partir dessa fragmentação, os atos de gestão eram os únicos que poderiam gerar algum tipo de responsabilização por parte do Estado, uma vez que não seria possível responsabilizar o Estado quando ele realizasse atos protegidos por normas de direito público, as quais serviam justamente para pôr o Estado em uma condição de superioridade, resguardando-o.

Diante da hercúlea tarefa de identificar empiricamente quais seriam os atos de administração e contemplando que a maioria dos atos estatais continuou a não gerar qualquer tipo de reputação, houve uma evolução da teoria da responsabilização do Estado, passando-se a adotar a famigerada Teoria da culpa administrativa.

Para a Teoria da culpa administrativa, também conhecida como Culpa anônima ou Culpa do serviço, proveniente da expressão francesa "faute du service", deslocou-se a análise da culpa do agente de Estado para o serviço prestado. Assim, o Estado poderia ser reputado nas hipóteses de ausência ou atraso na prestação do serviço ou em sua prestação defeituosa, resultando em danos para os cidadãos.

A maior relevância dessa teoria provém justamente da mudança de uma concepção até então dogmática, fortalecendo a denominada culpa anônima do serviço, ignorando-se assim a necessidade de comprovação da culpa do agente estatal.

Noutros termos, a teoria da culpa do serviço foi totalmente responsável por superar as teorias civilistas, dando ensejo à gênese das teorias publicistas. Deste ponto, começou-se a acatar a ideia da responsabilidade civil objetiva do Estado, fazendo-se desnecessária a análise da culpa ou dolo sobre o ato administrativo praticado.

No ordenamento brasileiro, cumpre destacar que a teoria da irresponsabilidade nunca fora aceita, mesmo no período monárquico. Neste período, embora não houvesse determinação expressa do dever do Estado de indenizar o administrado por danos causados por seus atos, os pretórios e os teorizadores reconheciam a responsabilidade civil do Estado decorrente de prejuízos causados a terceiros pelos equívocos estatais.

Nesse entendimento, a posição da doutrina civilista imperou por todo período monárquico e resultou na consagração da teoria da responsabilidade subjetiva, insculpida no disposto do art. 15 do Código Civil de 1916. A frase 'procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei' positivada naquele dispositivo conduzia à ideia de que deveria ser demonstrada a culpa do funcionário para que o Estado pudesse ser reputado.

Apenas com a outorga da Carta Magna de 1946, restou consagrada explicitamente a responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico, ao prever, em seu art. 194, que: "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros".⁴⁸

O alicerce para adoção da responsabilidade civil objetiva do Estado, afastando as regras do direito privado, provém da necessária observância do princípio da isonomia. Compreende-se que, se o Estado exerce a sua atividade de forma coercitiva, é aceitável que, da mesma forma que o ente estatal tem a força para impor seu desempenho, a doutrina que oriente a sua responsabilização em face do particular seja mais gravosa.

Nesse sentido, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado fundada no risco administrativo surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É o modelo democrático de dividir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública.

No trato dessa matéria pelo texto da Carta Magna, é possível afirmar que as constituições que sobrevieram não trouxeram nenhuma novidade em relação à ao referencial teórico quanto aos danos causados por agentes públicos. É notável, porém, que a presente Carta Magna, acrescentou aos indivíduos que prestam serviços públicos por delegação de atribuição no rol de pessoas jurídicas que podem ser responsabilizadas na modalidade objetiva, in verbis:

Art. 37, §6°. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes nessa qualidade causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.⁴⁹

⁴⁸ BRASIL. Constituição da República de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 22 out. 2020.

⁴⁹ BRASIL. Constituição (1988), op. cit.

Embora exista grande controvérsia em relação ao disposto no art. 21, XXIII, pode-se afirmar que a atual Carta Magna adotou a teoria do risco administrativo, pelo qual o Estado será reputado pelos danos causados por atos, quer sejam lícitos ou ilícitos, de seus agentes, conforme sejam provados os seguintes elementos: Conduta, Nexo de causalidade e Configuração de danos.

Noutro prisma, a Administração poderá afastar sua responsabilização se restar provado que o dano alegado decorrerá de caso fortuito ou força maior, ou ainda de fato exclusivo de terceiro ou da vítima.

Embora a sociedade tenha conseguido se ver livre do absolutismo estatal na primeira etapa de consagração dos direitos fundamentais, o desiderato das eras demonstrou que os direitos de primeira dimensão não seriam suficientes para assegurar uma proteção completa à pessoa humana. Mais do que a exigência de abstenção do Estado, o indivíduo se ressentia de uma atuação positiva estatal, porém pouco intuitiva e digna, especialmente quando se tratar de hipossuficientes.

Nesse plano, o tom de individualismo exagerado que norteou a primeira geração de direitos fundamentais e a concepção puramente liberal de Estado, alheia aos aspectos econômicos e sociais, começou a perder enfoque e a entrar em colapso com o advento da Segunda Revolução Industrial, e acabou sendo substituído pelo modelo *pro societate*.

Conforme leciona José Afonso da Silva, os direitos sociais são:

Dimensões dos direitos fundamentais dos homens, prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.⁵⁰

O traço que diferencia estes direitos é a sua dimensão positiva, isto é, não mais pretendem vedar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas antes proporcionar a intervenção direta para garantir o bem-estar social dos indivíduos.

Embora a Constituição Federal decante em diversas passagens que é obrigação do Estado proteger e propiciar o gozo de determinados direitos, lembra-se que não é raro que seja negado valor jurídico aos direitos universais, que restam caracterizados como meras declarações de bons intentos, de compromissos políticos ou de narrativa meramente pacificadora.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2015. p.

As normas legais que preveem estes direitos são tidas como de natureza política e programática e não como catálogos de deveres legais para o Estado, ao contrário do que ocorre com os direitos civis e políticos, caracterizados como únicos possíveis de serem demandados legalmente.

Muito embora diversos direitos sociais estejam afirmados na Carta Magna seguidos da fraseologia "na forma da lei", a compreensão de que eles representam mera intenção deve ser reputado como ultrapassado diante do espírito constitucional de 1988.

Não se deve olvidar que o art. 5º, §1º, da norma constitucional versa que os dispositivos que definem os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, de modo que, independente da maneira com que foram elencados, os direitos universais, porquanto espécie do gênero direitos fundamentais, possuem um conteúdo mínimo essencial e efeitos basilares para gerar efeitos que não podem ser desprezados pelos agentes públicos.

Em que pese a reputação dada ao Estado, uma decisão jurídica que decreta a custódia de alguém resulta da análise de um conjunto de fatores provenientes das circunstâncias do crime e das características pessoais do representado. Fatores estes que, isolados, não possíveis de substanciar a decisão do magistrado, porquanto sua análise, nas frias letras da lei, é insuficiente para que se conclua com total convencimento que o representado deve ser posto sob custódia.

Ademais, existe um caleidoscópio de prazos nos diplomas legislativos, mas a quase totalidade destes são analisados com irreverência por parte dos agentes públicos, ou seja, são materialmente ineficazes.

Questionamentos do tipo: "quanto tempo pode durar o processo penal no Brasil?" ou "quanto tempo perdura uma prisão preventiva?" seguem sem decifração no vigente ordenamento jurídico.

É inescusável, conforme prescrição do o artigo 37, § 6º, da Carta Magna, que as pessoas jurídicas de Direito Público respondem pelos danos causados a terceiros por ação ou omissão de seus funcionários. O Estado, por seus agentes policiais, tem o dever de promover a segurança social. Se um indivíduo é, portanto, vítima de agressões ou vilipêndios por parte de agentes públicos, deve o Estado responder pelas consequências danosas do evento.

Destarte, sobrevindo em razão de ato danoso praticado por agente estatal, que cause perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, configurado está o dano moral, passível de indenização. A reparação do dano moral tem natureza punitiva, aflitiva para o ofensor, tendo a imperiosa missão de evitar que repitam-se situações semelhantes.

O dano moral do custodiado injustamente corresponde às lesões sofridas por este, consistindo em violações de natureza não econômica. Tendo sua moral e sua honra maculadas.

Não obstante, destaca-se que o constrangimento, a humilhação e a tristeza sofridos pelo custodiado são intensos, a ponto de poderem ser facilmente distinguidos dos acontecimentos e dissabores de uma rotina de liberdade.

5 DOS CASOS NOTÓRIOS DE INJUSTO ENCARCERAMENTO

A prisão injusta constitui ato atentatório à liberdade da pessoa, direito positivado na Carta Constitucional de 1988. Apesar do preceito constitucional, a ocorrência da prisão ilegal é ordinária e origina-se de arbitrariedade ou imperícia de alguns e má fé, erros formais ou apurações irregulares de outros entes e ofícios.

A legislação pátria consagra o direito de a vítima de prisão injusta ser reparado pelo erro cometido pelos agentes da administração pública, mediante indenização em face do Estado, responsável pelos atos praticados, conforme disposto na Constituição Federal, art. 5º, inciso LXXV.

Ao agente ostensivo e ao investigatório, como servidores da Administração Pública, tendo natureza de *longa manus* do Estado, cabe zelar pela ordem e pelo sossego social e pela imaculada segurança dos cidadãos. No exercício desse dever são consentidos alguns instrumentos⁵¹, sem os quais não poderá bem cumprir o seu dever e combater a criminalidade.

Entretanto, não é detentor de salvo-conduto que lhe dê permissões para agir indiscriminadamente, nem lhe foi concedido direito à indenidade. O exercício regular desse direito não passa pelo abuso, nem se inspira no excesso ou desvio do poder conferido⁵².

Então, se um agente, quando em ofício de sua função, pecar por excesso nas atribuições que lhe foram cometidas e das quais faz uso, responde o Estado pelos prejuízos que deste ato advenham. Aplica-se a regra geral contida no art. 37, § 6º, da Magna Carta. A responsabilidade é objetiva.⁵³

A Carta Magna de 1988 dá guarita à responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo. Para a responsabilização basta a ocorrência do dano causado por ato "lesivo e injusto", não importando a culpa do Estado e de seus agentes.

Neste sentido, no advento de menoscabo à personalidade de um indivíduo em razão de ato ilícito praticado por agente estatal, há clara perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos afetos deste, configurando-se em dano moral, passível de indenização.

⁵¹ CARVALHO FILHO, op. cit. p.

⁵² DI PIETRO, Maria Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. 33.ed. São Paulo: GEN; Forense, 2020. p.

⁵³ STOCCO, Rui. **Tratado de Direito Administrativo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p.

A reparação do dano moral, por seu turno, possui caráter punitivo, aflitivo para o agente ofensor. Tal reparação goza da importante função, entre outras veredas, de evitar que se repitam situações semelhantes.

Em sede de custódia injustamente estabelecida, o caso de maior repercussão no séc. XX envolveu os irmãos, Sebastião e Joaquim Naves⁵⁴, empresários que eram residentes na cidade de Araguari, estado de Minas Gerais.

Em 1937, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofertou denúncia por homicídio qualificado contra os irmãos, que foram presos sob a acusação de ter vitimado o sócio Benedito Pereira Caetano.

A verdade é que Benedito Pereira havia dado um golpe nos irmãos, forjando a própria morte, desaparecendo e levando quantia no importe de 90 contos de réis, hoje o equivalente a 300 mil reais.

Ocorre que a autoridade policial judiciária chegou à equivocada conclusão de que Sebastião e Joaquim mataram o sócio e ocultaram o cadáver no afã de obter vantagens financeiras oriundas do negócio.

Agentes do Estado torturaram os familiares dos irmãos para descobrir o esconderijo do dinheiro, conseguindo dessa forma a confissão forçada dos réus que, levados a júri popular, foram absolvidos. O Ministério Público não se conformou e recorreu da decisão; entretanto, os jurados mantiveram a absolvição.

É destacável que, à época do caso em comento, o júri não tinha soberania jurisdicional, assim sendo, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reformou a decisão e condenou, por maioria absoluta, Joaquim e Sebastião a pena de 16 anos e seis meses em regime fechado.

Oito anos após a sentença condenatória, os irmãos tiveram livramento condicional mediante boa conduta em cárcere; Joaquim morreu poucos meses depois como indigente, já Sebastião encontrou Benedito em julho de 1952, confirmando assim a inocorrência de sua morte, a configuração do golpe, o acerto dos jurados com a decisão de absolvição e o grave equívoco do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

⁵⁴ CASO Sebastião e Joaquim Neves. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=58. Acesso em: 10 nov. 2020.

A descoberta de Sebastião provocou ação de revisão criminal, em 1953, que sentenciou pelo seu provimento. Em 1960, o Judiciário concedeu indenização a Sebastião e aos herdeiros de Joaquim.

No presente século, o caso de maior repercussão de custódia injustiçada, no Brasil, ocorreu no estado do Amazonas. Heberon Lima de Oliveira⁵⁵, 33 anos, teve a plenitude da vida usurpada por um grave equívoco do Poder Judiciário, prosseguindo em peleja incessante para receber uma indenização face os danos que sofreu na Unidade Prisional do Puraquequara.

Custodiado no ano de 2003, suspeito de estuprar uma criança de nove anos, Heberon permaneceu três anos em reclusão até que teve a inocência comprovada.

O vitimado, que exercia o ofício de servente de pedreiro, foi acusado de entrar na casa de vizinhos, na periferia da cidade de Manaus, arrastar uma criança para o quintal e estuprá-la enquanto os pais dormiam.

Heberon aduz que, na noite do crime, estava em outro bairro distante da periferia. A vítima de estupro, uma infante de 9 anos, foi coagida a reconhecê-lo como algoz e assim dar um fim ao clímax do caso.

Embora a descrição física do verdadeiro autor do estupro fosse divergente das características de Heberon, ele foi preso e transferido para a unidade prisional mencionada. Tendo esperado a resolução do caso por quase três anos.

No cárcere, o homem sem antecedentes criminais, assistiu a rebeliões, entrou em quadro de depressão, foi abusado sexualmente por 60 colegas de cela e contraiu o vírus HIV.

De 2003 a 2006, não houve despacho ou sequer audiência de custódia. Até que a defensora pública do estado do Amazonas, Ilmair Faria, interviu. Preliminarmente, a defensora comunicou ao Ministério Público de que não havia elementos probatórios para que Heberon fosse considerado suspeito.

O Ministério Público emitiu parecer dando razão à Heberon e encaminhou os autos processuais para o Juízo. O Juízo de piso, na pessoa de outro magistrado, reconhecendo o equívoco e as graves consequências oriundas, pediu desculpas pela injustiça e concedeu a liberdade.

⁵⁵ AS 3 MORTES de Heberon. Disponível em: <https://www.uol/noticias/especiais/as-3-mortes-de-heberon.htm>. Acesso em 10 nov. 2020.

Entretanto, Heberon nunca mais seria um homem de existência plena. Conseguiu ofício numa loja de materiais de construção e foi vítima do preconceito entre os próprios colegas de trabalho, com receio de beberem da água do mesmo bebedouro que ele bebia. Melancólico e enfermo, demitiu-se.

Sete anos após a soltura e incontestada absolvição, Heberon permanece desempregado, perambulando pelas ruas catando recolhendo material reciclável e consumindo pedras de crack.

6 DOS DANOS CAUSADOS A CUSTODIADOS INJUSTAMENTE

O aprisionamento de um indivíduo resulta em várias repercussões não só para si, mas para o próprio Estado, que passa a ter diversas deverias em relação àquele interno. Em tese, o custodiado deve receber assistência em todos os aspectos da sua vida, conforme disposição na LEP, que separa capítulos específicos para tratar da atenção que o Estado deve dar a estes indivíduos.

Em comento, o Art. 10 e 11 da referida Lei dispõe que a assistência prestada ao custodiado será: “Material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”.⁵⁶

É cediço que, nos dias atuais, o objetivo central da prisão é a ressocialização e a readaptação do indivíduo aos moldes sociais para que este não volte a cometer delitos. Entretanto, os efeitos causados pela prisão na vida do detento são devastadores em vários sentidos e, desafortunadamente, tendem a ser mais danosos do que positivos.

De início pode-se contemplar as muitas consequências da custódia no âmbito psíquico que repercutem fortemente a vida do indivíduo. Destas consequências, algo que constantemente está presente é o fenômeno da não-individualização. Este fenômeno perfaz-se na perda da autocontenção e do autoconhecimento quando o indivíduo se encontra integrado em um grupo.

Esta manifestação é objeto de estudo da psicologia forense e mostra como um indivíduo acaba por ter a visão reduzida ou inexistente das consequências das suas ações, perdendo assim a noção de responsabilidade do ato delituoso e identificando-se cada vez mais com o meio do qual faz parte.

Ante o exposto, pode-se observar que este fenômeno, que envolve a perda de identidade de um indivíduo, se traduz no ambiente penitenciário como forma de contribuir para que determinados padrões de comportamento, ora malévolos, sejam reconstituídos em escala abrangente.

Exemplificativamente, se é costume da penitenciária que os agentes reprimam e humilhem os custodiados, este comportamento se repetirá por meio dos próximos agentes penitenciários que irão trabalhar naquele centro de custódia, bem

⁵⁶ BRASIL. Lei nº 7.210/1984. Brasília, DF: Senado Federal, 1984.

como, se os custodiados agem demasiadamente de forma violenta, isto também se repetirá na mesma proporção, porquanto a inclinação dos membros é agir de acordo com o histórico em detrimento da sua personalidade.

O custodiado que se torna membro de determinado grupo e tende a reproduzir os comportamentos históricos. Nesse sentido: “A não-individualização quase sempre acontece quando a participação em grupo faz com que as pessoas se sintam excitadas e anônimas⁵⁷.”

Noutros, a não-individualização é o ato de olhar para os sujeitos e percebê-los somente como membros de um todo, de tal maneira que a individualidade (personalidades e preferências de cada um) é ignorada. Através do fenômeno da não-individualização, os indivíduos são vislumbrados em termos de quantidade, e não como seres únicos dotados de peculiaridades e características psicológicas únicas.

O referencial supracitado remete à realidade do tratamento dispensado aos custodiados que são vislumbrados meramente como integrantes de um grupo, onde suas particularidades são totalmente desprezadas. Exemplificativamente, a constatação do fato de que os presos ganham um número em lugar de seus nomes e serem tratados por todo o período de custódia apenas por aquele número. Este detalhe confirma o processo inconsciente da perda de individualidade dentro das penitenciárias.

Adamais, os danos sofridos pelos detentos abrangem também a esfera emocional. O ambiente de custódia é sobremodo perturbador e impossibilita o funcionamento dos mecanismos da mente que permitem a conservação do equilíbrio psíquico e da saúde cognitiva e, desta forma, contempla-se que grande parte dos custodiados estão propensos a apresentar desequilíbrios psicológicos em razão do ergástulo.

É sobremaneira ambíguo que o ambiente em que vivem estas pessoas durante a custódia seja tão hostil, desumano e antissocial, quando no aspecto deontológico deveria apresentar a possibilidade destes indivíduos aprenderem a comportarem-se em sociedade. Sobre a ausência de aspectos humanos no cárcere leciona Bitencourt:

⁵⁷MYERS, F.W.H. **Human Personality and Its Survival of Bodily Death**. Massachusetts, EUA: Hampton Roads Publishing, 2001. p.

Quando se fala nos transtornos psíquicos produzidos pela prisão, imediatamente se pensa na desumanidade do regime celular. Mas não imagine que apenas o regime celular foi maléfico, pois igualmente o é a prisão fechada contemporânea. A ausência de verdadeiras relações humanas, a insuficiência ou mesmo a ausência de trabalho, o trato frio e impessoal dos funcionários penitenciários, todos esses fatores contribuem para que a prisão se converta em meio de isolamento crônico e odioso. As prisões que atualmente adotam o regime fechado, dito de segurança máxima, com total desvinculação da sociedade, produzem graves perturbações psíquicas aos reclusos, que não se adaptam ao desumano isolamento. A prisão violenta o estado emocional, e, apesar das diferenças psicológicas entre as pessoas, pode-se afirmar que todos os que entram na prisão – em maior ou menor grau – encontram-se propensos a algum tipo de reação carcerária.⁵⁸

Tais efeitos repercutem também nos profissionais que laboram no âmbito penitenciário. Bicalho defende a filosofia da implementação de uma individualidade criminal de tratamento, sem deixar de lado o dever de manter a ordem e a segurança, bem como a disciplina. Em seus termos a proposta é “Homogeneizar a disciplina e singularizar a assistência⁵⁹”.

6.1 Dos danos morais sofridos pelos custodiados injustamente e sua aferição

Em uma pesquisa na Penitenciária de Catanduva, interior do estado do Paraná, desenvolvida pelo programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas em Direitos Humanos da UFRJ, verificou-se que, de 101 custodiados, 62% faziam uso de fármacos, sendo que 93% destes medicinais eram de origem benzodiazepínica.

Dos variados danos experimentados pelos custodiados e também pelos profissionais da área, os mais latentes são os psíquicos, tais como: Transtornos de ansiedade, dependência de entorpecentes, distúrbios recorrentes no sono, sintomas de depressão e estresse.

Tais distúrbios psíquicos podem ser identificados mesmo em penitenciárias federais, que possuem uma estrutura um tanto melhor do que as estaduais. Assim leciona Bicalho:

Pensar em ações que diminuam a incidência de transtornos mentais em presos e servidores precisam acompanhar a construção de políticas penais que sejam condizentes com a individualidade do preso e com a valorização da qualidade de vida do servidor.⁶⁰

⁵⁸ BITENCOURT, César. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001. 7v. p.

⁵⁹ BICALHO, Pedro Paulo. Sistema Penitenciário Federal e Comemoração dos 10 Anos de Implantação do Sistema. SEMINÁRIO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL. Brasília, 2016. p.

⁶⁰ Id. Ibid.

É necessário compreender que a punição imposta por determinado delito não objetiva anular o sujeito em sua personalidade, mas antes em torna-lo capaz a volver ao convívio social, estando totalmente reestruturado, porém a evidente falha na prestação de assistência aos custodiados e profissionais resulta em um efeito reverso, que acaba por piorar o cenário penitenciário.

No que tange à saúde física é possível observar que o ambiente carcerário requer atenção especial no que tange aos cuidados profissionais, posto que muitas condições neste local propiciam a proliferação de enfermidades.

Algumas das razões que contribuem para tal cenário, sem dúvidas, são a superpopulação penitenciária, as péssimas condições de insalubridade contidas no cárcere, o recorrente contato físico, além de possíveis abusos sofridos. Ademais, os indivíduos que utilizam entorpecentes injetáveis, e por este motivo tem mais chances de desenvolver moléstias.

As enfermidades que acometem os custodiados, com substancial frequência, vão desde problemas pulmonares, alimentares, alérgicos até doenças sexualmente transmissíveis, há casos mais graves como a tuberculose e a contaminação pelo HIV. Estes dois últimos tomaram dimensões epidêmicas na população penitenciária, sendo que detentos enfraquecidos pelo HIV são facilmente acometidos pela tuberculose, agravando seu estado de saúde.

A omissão no tratamento adequado aos custodiados representa também uma ameaça à saúde pública, porquanto não estão isolados por completo do mundo e não ficarão sob custódia para sempre.

Há necessidade de um cuidado mais eficaz nestes casos. A omissão de atendimento ambulatorial aos custodiados permite que estas moléstias se proliferem, posto que estes indivíduos recebem visitas íntimas e posteriormente retornarão ao convívio social. Ademais, não exclui-se a verdade de que o Estado tem a o dever de assegurar ao preso, caso adoeça, a devida assistência profissional. Tal omissão em relação à população carcerária só confirma a falência do sistema penitenciário brasileiro e o descaso das autoridades. O tratamento hospitalar, além de essencial, é direito do custodiado.

Em muitos casos, o relato dos custodiados é de que não há sequer profissionais da área de saúde para atendê-los e muitos passam dias e dias com sintomas sem qualquer atendimento profissional. Em alguns presídios há apenas um profissional para uma densa população carcerária, que, embora constem na folha de

pagamento da penitenciária, ficam-se por apenas algumas horas, uma ou duas vezes por semana, e atendem aproximadamente 15 enfermos nestas rápidas visitas.

Faz-se desnecessário um cálculo matemático de complexidade elevada para notar que esta prestação de serviços é descompassada e que muitos custodiados ficam-se sem atendimento médico.

Na ala feminina o problema se agrava quando a custodiada é gestante ou lactante e necessita de cuidados especiais, como o acompanhamento pré-natal. Muitas chegam à situação de não saberem sequer quantas semanas faltam para o nascimento do seu bebê, tudo isto resultado da falta de um acompanhamento profissional efetivo.

Outro ponto que é chave para a compreensão do porquê existe uma franca decadência no sistema prisional vigente é a falta de segurança dentro das penitenciárias e a crescente onda de delitos, que só tende a alimentar as facções e organizações criminosas que atuam de forma flagrante no meio carcerário.

Considerando que as organizações criminosas estabelecem um poder paralelo dentro do cárcere, se mostrando por vezes mais hercúleos que o próprio Estado, o recém-custodiado, mesmo não fazendo parte de nenhuma organização criminosa, vê-se na obrigação de respeitar as regras estabelecidas por elas.

Entretanto, tal vereda não finda-se neste ponto, posto que muitos custodiados acabam integrando uma facção em busca de proteção dentro do próprio sistema penitenciário.

Os custodiados injustamente acabam por necessitar de proteção contra o próprio órgão responsável por protegê-los. É costumeiro observar a crescente supressão dos direitos fundamentais e constitucionais dos indivíduos aprisionados pelas autoridades responsáveis pela segurança e disciplina. São tratados de forma desumana e execrável, sendo submetidos a torturas físicas e morais, especialmente quando tentam fugir ou após motins.

Outrossim, a ausência de separação entre réus primários e os reincidentes e condenados a longas penas também é um fator determinante para a maior incidência da criminalidade dentro da prisão. Tal divisão é algo previsto na Lei nº 13.167/15 que alterou⁶¹ o disposto no Art. 84 da LEP e passou a versar que os custodiados devem ser segregados conforme a gravidade do delito cometido.

⁶¹ BRASIL. Lei nº 13.167/2015. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

Esta modificação visa obstar que delinquentes eventuais se tornem piores devido a convivência com delinquentes contumazes. Entretanto, a superpopulação carcerária é uma problemática hercúlea de ser sanada e representa um grande obstáculo à eficácia da legislação aludida, que não possui meios efetivos para ser colocada em prática.

6.2 Dos danos diversos causados ao custodiado injustamente

As repercussões prisionais injustiçadas, por seu turno, não encontram limites no ambiente carcerário, posto que também possuem grande reflexo na vida do indivíduo que se torna um ex-preso.

A sensação de rejeição e indiferença que o cidadão inocente experimenta tanto do meio social quanto do próprio Estado, torna a ressocialização e a reinserção aspectos cada vez mais intangíveis, começando pela dificuldade extrema em se recolocar no mercado de trabalho até a forma de tratamento que se dispensa aos egressos.

Por estas razões a reincidência é uma das consequências mais recorrentes do encarceramento ilegal. Na maior parte dos casos, o indivíduo que foi preso ilegalmente não consegue de forma alguma se readaptar ao convívio social e não consegue reestabelecer sua vida, e assim começa a vislumbrar que as suas opções ficaram escassas, até não restar outra alternativa a não ser a das práticas delitivas.

Conforme disposição legal, é obrigação do Estado assegurar também a assistência pós-cumprimento de tempo em cárcere, seja por pena ou por medida judicial. A legislação prevê que o egresso deve receber orientações para sua reinserção à sociedade, assistência social para obtenção de uma vaga no mercado de trabalho e residência em abrigo nos primeiros dois meses da concessão da sua liberdade.

O órgão designado para este tipo de assistência é o Patronato Penitenciário que, como os demais órgãos penitenciários, é carente de suporte e investimentos para que funcione de forma efetiva. Sua função é propiciar uma melhor reinserção do indivíduo na sociedade.

É cediço, porém, que o tratamento desigual que os ex-presos recebem influencia e muito a sua volta à prática criminosa, mas mesmo assim não é o único

fator que explica a questão da reincidência, afinal, conforme retromencionado, alguns se tornam membros das facções ainda dentro das cadeias e depois que saem passam a atuar da mesma forma, só que de fora do presídio. Por esse motivo, a reincidência também é consequência do tratamento degradante que os custodiados recebem.

É destacável a forma errônea e discriminatória com que a coletividade recebe estes egressos. Criou-se uma verdade absoluta de que o ex-presos é merecedor de todos os tipos de sofrimentos e atrocidades cometidos contra si.

Não é necessário excluir o fato delitivo para reanálise as condições a que estão sujeitos os custodiados e entender que a Lei de Talião não deve mais produzir repercussões presentemente.

A demanda por uma legislação mais severa têm sido o clamor social e associado a ela estão as intermináveis promessas e projetos das autoridades favoráveis à construção de mais presídios, alia-se também a exploração pela mídia sensacionalista, que tão somente alimenta a tensão social. Estes itens contribuem para incutir na cabeça da população que a única solução possível tem a ver com a exclusão social, ostracismo e reclusão sem objetivo do custodiado.

É necessária a observação, conforme exposição, que a medida de aprisionamento que apenas objetiva retirar um indivíduo do convívio social e abandona-lo não gera efeitos positivos nem para o próprio meio social, porquanto sairá muito mais especializado na criminalidade, posto que não obteve a devida atenção que deveria ser dispensada pelo Estado.

6.3 O estigma sobre a vida dos custodiados injustamente

Em 1780, Filangieri, em sua obra “A ciência da Legislação”, teve a sapiência e a sensibilidade de propor a reparação do ilícito por prisão injusta. Seguidamente, os primeiros operadores que se ocuparam da questão do fundamento do direito à reparação por custódia injusta foram os criminalistas franceses, que reconheciam a obrigação do Estado em reparar os danos sofridos pelas vítimas de erros judiciários.⁶²

⁶² BRASIL. Lei nº 13.167/2015, op. cit.

Noutras palavras, entre o Estado e o cidadão subsistem deveres recíprocos: O Estado tem o condão de exigir do indivíduo o respeito à lei e à ordem, e o indivíduo está habilitado a reivindicar todas as vantagens que tal respeito deve assegurar-lhe.

Quando havia respeito à legislação, como sucedia no caso de condenação imerecida, estava autorizado a demandar em face do Estado, que havia reconhecido erroneamente a legitimidade de sua custódia, portanto, adquiria o direito de ser indenizado pelos danos que sofreu. Presentemente, é inconteste que uma medida privativa da liberdade injustamente sofrida e que produz um prejuízo ao custodiado preventivamente, deve sempre gerar uma reparação.

Em todos os casos em que, após uma prisão cautelar não resultar em sentença condenatória ou esta tenha sido inferior ao tempo que tenha durado aquela medida, seja qual for a razão para tal, abrem-se as possibilidades de reparação.

A questão de injustiça refere-se à ausência de resposta adequada do 'sistema' de justiça criminal ou porque o mesmo incorreu em erro. A inocência do custodiado, que deveria ser presumida desde o princípio, foi em um primeiro plano afetada pela prisão antes da sentença. O resultado não provém exclusivamente de um erro humano, mas sim de uma frequente omissão do Estado, conforme asseverou John Rawls⁶³: "De uma combinação fortuita de circunstâncias que se chocam com o fim fixado pelas regras legais".⁶⁴

O processo criminal é a própria personificação do que se pode chamar duma justiça processual imperfeita, em que pese que nunca haverá a certeza de que se possa alcançar com toda segurança jurídica a finalidade objetivada: Identificar o culpado e não punir o inocente.

Entretanto, essa consciência da responsabilidade do Estado e do magistrado nos casos de prisão cautelar injusta nem sempre foi uníssona.

⁶³ "A injustiça se refere à falta de resposta adequada do 'sistema' de justiça criminal ou porque o mesmo incorreu em erro. A inocência do cidadão, presumida em princípio, foi em um primeiro momento afetada pela prisão antes da condenação. Dito resultado não provém sempre de um erro humano, mas sim com frequência, como disse John Rawls, de uma combinação fortuita de circunstâncias que se chocam com o fim fixado pelas regras legais. O processo penal é o próprio exemplo do que se pode chamar "uma justiça processual imperfeita", no sentido de que nunca haverá a certeza de que se possa alcançar com toda segurança a finalidade perseguida: identificar o culpado; não punir ao inocente." (RAWLS apud ANGUINÉ, Odone).

⁶⁴ SANGUINÉ, Odone. **Os efeitos jurídicos da prisão cautelar**: a indenização por prisão injusta e a detração penal. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://seer.ufrgs.br/redppc/article/viewFile/52345/32189>> Acesso em: 15 Nov. 2020.

Especialmente em tempos de autoritarismo. Dava-se uma hipertrofia da responsabilidade disciplinar, dado que o interesse do Estado não estava na reparação dos prejuízos causados aos particulares, mas sim no controle, mais ferrenho possível, do comportamento em sociedade.

Por essa razão, não é casuísmo que a passagem da responsabilidade profissional à disciplinar, produzira-se gradativamente a partir do século XVI, em conexão com a afirmação do Estado Absoluto e o aspecto cartorial do Poder Judiciário.

A fundamentação da responsabilidade disciplinar dos magistrados é algo que também forma parte da herança do Direito Francês Napoleônico e corresponde inteiramente a esse modo de articular a organização judicial como vocação.

É evidente que as pessoas que desconhecem a realidade do sistema prisional, dos custodiados e de todo o histórico prisional, não possuem noção alguma dos efeitos que a custódia injusta causa na vida de todas as pessoas envolvidas.

Estas questões em relação ao caráter ressocializador da pena que não ocorre, são reflexos diretos da situação penitenciária, com muitas ambiguidades sobre o resultado pretendido em relação ao cumprimento da custódia, como os motins, que são atos de rebelião, com o objetivo de expressar revolta e descontentamento.

É o caso, exemplificativamente, do motim ocorrido em 2002, em Urso Branco, a alcunha pela qual se conhece a Penitenciária José Mário Alves da Silva, situada na cidade de Porto Velho, estado de Rondônia, onde sobre este episódio o ex-presos Jorge Paulo de Freitas Braga escreveu o livro “Urso Branco, a porta para o Inferno”⁶⁵.

O autor estava custodiado na ala B, quando houve o episódio que culminou em um massacre, onde detentos eram arremessados do telhado com seus entes queridos testemunhando a cena de horror na área externa.

Os custodiados exigiam apenas o que consta na própria Carta Magna, a saber: Dignidade humana, conforme as mensagens escritas por eles. Por seu turno, os agentes do Estado, não conseguia obter acordo com os rebelados. O autor

⁶⁵ BRAGA, Jorge Paulo de Freitas. **Urso Branco, a porta para o Inferno**. Porto Velho: ABG, 2007. p.229.

descreve com riqueza de detalhes o ocorrido, nesta obra Jorge Paulo de Freitas Braga aduz:

As marcas físicas dos espancamentos não são nada perante as feridas que ficam na alma. A “peia” vem acompanhada de outros castigos. Quebram tudo que tem nas celas: rádio, televisão, espelhos, rasgam roupas, derramam mantimentos no chão, frutas, leite tudo enfim, que possa contribuir para minorar o sofrimento do infeliz que, culpado ou não caiu naquele inferno[...] o rancor e a revolta estimulam mesmo os mais calmos e quietos a se tornarem mais violentos e mais descrentes na justiça.⁶⁶

Tanto os custodiados, quanto profissionais que laboram no sistema penitenciário e as famílias dos internos correm risco de sofrer os efeitos sociais da não ressocialização. Ante o exposto, depreende-se que a sociedade é vitimada também por tal fenômeno, porquanto a tendência de delinquir dos egressos é agigantada pela ausência de ação cuidadosa e efetiva do Estado.

6.4 As lições da psicologia forense sobre os vitimados por erros jurídicos e policiais

O imperiosidade do estudo dos casos de custódia e condenação indevidos ou injustificados tem aumentado nos últimos anos no âmbito acadêmico. Nos Estados Unidos, exemplificativamente, em 1992 foi criado o “Project Innocence⁶⁷”, em português “Projeto Inocência”, que analisa exames de DNA para inocentar pessoas injustamente presas e mitiga por modificações no sistema de justiça penal para evitar que ocorram novos casos de injustiça.

Existe um número cada vez maior de estudos que analisam a frequência e as causas dos erros cometidos pelo Poder Judiciário. Entretanto, foram feitos até agora poucas pesquisas sobre indivíduos egressos, principalmente aqueles que foram absolvidos.

No ordenamento brasileiro, deve-se considerar que o problema começa em ergástulos sem preencher os requisitos legais, o que somente se justificaria, de acordo com o texto da lei, quando um suspeito coloca em xeque o processo de apuração do fato. Porquanto todo acusado deve ser tratado como inocente até que se prove o contrário.

⁶⁶ BRAGA, op. cit.

⁶⁷ PROJETO Inocência. Disponível em: <https://innocenceproject.org/>. Acesso em: 15 nov. 2020

Num estudo feito por estudantes de pós-graduação e professores da UNISUAM, publicado em 2018 pela revista LexCult⁶⁸, pode-se encontrar uma lista dos problemas gravíssimos do sistema penitenciário brasileiro, que inclui: Superlotação carcerária, atendimento precário das necessidades básicas dos custodiados, desrespeito e violação de direitos humanos, motins, homicídios e transmissão de moléstias.

Mesmo que as condições no sistema sejam dignas, os inocentes custodiados vivem separados de seus entes queridos, deixam de conviver com seus companheiros e suas companheiras. Também podem perder empregos e oportunidades de trabalho, o que faz com que se sintam desamparado.

Nos depoimentos dados pelos que saíram do sistema, os egressos afirmaram que se sentiam estranhos, com dificuldade para retomar as relações familiares e afetivas, tentando absorver o impacto do tempo perdido. Aqueles que foram entrevistados por pesquisadores mostraram grande dificuldade para identificar os problemas psicológicos que adquiriram.

Grande parte dos que ficaram custodiados por engano acaba desenvolvendo problemas emocionais muitas vezes graves: Depressão, ansiedade, pânico, psicose paranoica, dependência de entorpecentes, etc.

A lógica de aprisionamento massivo, que é verificada pela sanha punitivista, tem como consequência prisões injustas e o elevado número de casos de injustiça. O Brasil é o terceiro país com a maior população carcerária do mundo. Segundo o CNJ⁶⁹, quase metade desses custodiados não foram julgados ainda. Cumpre ressaltar que, cada interno custa aproximadamente 1.5 mil reais mensais para o erário público.

Esse ímpeto de controle social baseado no ativismo judicial, além de custoso, acaba penalizando inocentes. Os efeitos da prisão nessas pessoas são devastadores, tanto no que diz respeito à sociabilidade prisional violenta, o contato com o submundo do crime, bem como o cerceamento de oportunidades quando a liberdade é retomada.

⁶⁸ VIOLAÇÃO de direitos humanos. Disponível em: <http://lexcultccjf.trf2.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/307>. Acesso em: 15 nov. 2020.

⁶⁹ CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em: 15 nov. 2020.

6.5 Dos efeitos na esteira pessoal que abarbam a existência do custodiado injustamente

A submissão de qualquer indivíduo a um encarceramento injusto viola a sua personalidade em todos os aspectos possíveis, atingindo não só a sua dignidade, mas também a sua honra e a sua imagem, causando-lhe um tipo de sofrimento e angústia a qual nenhuma pessoa deveria ser jamais induzida.

Acerca do tema, o Zaffaroni asseverou:

Impor a um homem uma grave pena, como é a privação da liberdade, uma mancha em sua honra, como é a de haver estado no cárcere, e isso sem ter sido provado que é culpado e com a probabilidade de que seja inocente, é coisa que se distancia muito da justiça.⁷⁰

Sob o olhar da criminologia crítica, estuda-se com base em dados estatísticos e fundamentação teórica, o fracasso do Sistema Penitenciário brasileiro e os efeitos do encarceramento na vida do custodiado injustamente e da sociedade.

Dentro do cárcere há uma deseducação da vida em sociedade e uma educação para a vida na penitenciária, onde os custodiados aprendem que sem violência não tem como sobreviver na prisão. Pois é uma ação natural do ser humano, se aclimatar, tendo em vista que, o ser humano se comporta à medida como é tratado.

A existência no cárcere traz efeitos maléficos ao indivíduo, trazendo até o efeito de uma sentença perpetua à vida do egresso, impedindo o processo de reinserção social. Tem-se um ambiente no cárcere sem quaisquer condições para o desenvolvimento psíquico-social ou profissional do indivíduo. Posto que não há acompanhamento profissional adequado e nem programa efetivo de capacitação laboral.

Zaffaroni também aduz que:

O preso está submerso em um meio completamente artificial, introduzido em uma sociedade com valores que nada têm a ver com os da vida em liberdade e que parece uma escola de crianças grandes bastante complicadas. Transformando a prisão numa fábrica de delinquentes, pois a pena privativa de liberdade não oferece nenhum tipo de possibilidade de melhora, seja no desenvolvimento humano ou laboral.⁷¹

O cárcere devolve à sociedade um indivíduo estigmatizado, alvo de preconceitos, sem qualificação, sem acompanhamento social e sem perspectivas.

⁷⁰ ZAFFARONI, op. cit.

⁷¹ Id. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Certamente a forma que o mesmo encontrará meios para subsistir será delitiva. Percebe-se que, quanto maior o tempo encarcerado, maior a probabilidade de reincidência. Porquanto quanto mais tempo o indivíduo passar cumprindo pena, mais raízes ele fincará com os demais custodiados e maior será a sua experiência no crime.

A custódia, que deveria devolver o egresso ressocializado à sociedade, acaba que, entregando de vez, o mesmo para o mundo do crime, devolvendo meio social um indivíduo qualificado para o crime e inapto para um convívio social. A experiência em cárcere aflora no injustamente apenado seus instintos primitivos.

Destarte, tudo que foi estudado, o cenário latente da escola do crime vai de encontro à função social da pena, nas palavras de Roxin:

A missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos.” Denota-se aqui o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o agente medite sobre o crime, soprando suas consequências, inibindo-o ao cometimento de outros.⁷²

A Carta Magna e dispositivos infraconstitucionais alicerçam um ordenamento jurídico que traz garantias individuais essenciais para que os indivíduos no sistema prisional possam cumprir sua pena e serem ressocializados para retomar a vida em sociedade. Entretanto, o ambiente prisional injusto, a falta de assistência psíquica-social e a falta de crédito ao sistema jurídico-prisional, não permitem o cumprimento do objetivo das normas, vilipendiando a honra e o direito de ir e vir.

Conforme levantamento⁷³ do Grupo de Estudos Carcerários Aplicados da Universidade de São Paulo – GECAP-USP, estima-se que um custodiado, injustamente ou não, custe por mês para uma Unidade Federativa, cerca de R\$ 1.500,00. Esse importe pode triplicar em caso de custodiado inserido num presídio federal de segurança máxima.

Em relação à custódia injusta os danos sofridos são latentes, sendo de senso comum que tal situação cria um grave constrangimento, humilhação, angústia, tristeza, temor, aflição, quadro de ansiedade e preocupação, caracterizando, dessa forma, prejuízos de ordem moral. Para mensurar a reparação

⁷² ROXIN apud GRECO, op. cit. p. 474.

⁷³ GRUPO de estudos carecrários aplicados registra... Disponível em: <http://www.direitorp.usp.br/grupo-de-estudos-carcerarios-aplicados-da-universidade-de-sao-paulo-gecap-usp-divulga-pesquisa-sobre-o-custo-mensal-e-anual-de-uma-pessoa-presa-no-brasil/>. Acesso em: 16 nov. 2020.

devida por danos morais deve-se levar em conta as condições do custodiado, as circunstâncias em que ocorreu o fato, o grau de culpa do ofensor, a intensidade do sofrimento, devendo-se ainda considerar o caráter repressivo-pedagógico da reparação do dano.

7 DA APLICAÇÃO IDEAL DO SISTEMA JURÍDICO PARA OBSTAR INJUSTIÇAS

O objetivo jurídico quando um indivíduo é privado de sua liberdade é que neste tempo, haja uma reflexão sobre o fato que desencadeou esta custódia, de modo a prevenir e punir a prática de delitos que ofendem os bens jurídicos tutelados e trazer segurança no meio social.

No entanto, no presente contexto do sistema prisional a prevenção-punição não tem alcançado seus objetivos, impedindo a ressocialização do custodiado, acarretando uma maior criminalidade nos extratos sociais mais pobres e violando direitos humano e garantias constitucionais, ao invés de tutelá-los.

Neste contexto algumas condições que são impostas aos indivíduos que estão no sistema penitenciário, tais como os abusos recorrentes, maus tratos, insalubridade, etc., despertam no ser humano submetido à injustiça muito descontentamento, posto que não deveria estar naquela condição.

Os tratados de Direitos Humanos são de suma imperiosidade para conservação da dignidade da pessoa, acima de qualquer ativismo judicial, pois sem os preceitos mínimos de preservar a liberdade de um inocente, não há como mencionar em recuperação de vidas, tampouco em proporcionar mudança ou evolução nas condutas adversas que são penalizadas no sistema penitenciário.

Por intermédio de algumas observações e análise mostra que com trabalho digno efetivado na consagração da liberdade e da honra do indivíduo pode propiciar modificações significativas no desiderato criminal.

O sistema jurídico vigente é falho, diante da falta de estrutura que não oferece segurança e não previne que um inocente seja custodiado.

O Estado, ao exercer as suas atividades, por intermédio de entidades que representam sua vontade jurídica, sujeita-se a equívocos, como o particular a essa ocorrência se submete. O nível de complexidade das atividades desenvolvidas pelos entes estatais os torna, aliás, mais propensos ao cometimento de erros no desempenho de seus agentes.

Dá-se assim na execução das complexas atividades administrativas em que consiste a atuação do Estado junto aos cidadãos, no exercício do poder de vigilância, que lhe é inerente, ou na realização de suas finalidades voltadas ao interesse social.

Por seu turno, o direito de liberdade, por se constituir, antes de tudo, em direito natural do próprio cidadão, sempre o acompanhou desde tempos imemoriais, na qualidade de direito supremo, por essa razão, alcançou consagração nos ordenamentos jurídicos, merecendo atenção das normas constitucionais, sobretudo por parte dos países democráticos que, mediante a instituição dos direitos fundamentais e das garantias individuais, o colocou no pináculo, abordando seus diversos aspectos, como a liberdade pessoal de locomoção, de expressão, de reunião, associação, consciência, crença, etc.

Conforme leciona Soares Hentz:

No exercício da função jurisdicional, como já foi demonstrado, ao tecer comentário sobre o erro judiciário, que os danos provocados por ação ou omissão do Estado, nas espécies já desenvolvidas nesta tese, comportam solução, no campo do direito, assegurando ao prejudicado a recomposição patrimonial, de modo a torná-lo indene, nos limites do resultado material e moral em que a indenização vem a ser admitida pelo direito⁷⁴.

Mas, quando se trata de prisão ilegal, o resultado lesivo sobrepuja em imperiosidade todos os danos possíveis de perpetração por desastrosa atuação do Estado, dado o ferimento do direito de ir e vir, bem supremo do cidadão, havendo de existir justificativa para semelhantes riscos, sob pena de se estar concedendo aos entes públicos encarregados da custódia a possibilidade de equívoco em prejuízo da proteção à liberdade física que ao cidadão é devida.

Considerando a indenização uma garantia fundamental do homem, prevista no rol do art. 5º da Constituição Federal que, no caso de prisão cautelar, pode ocorrer que o réu venha a ser condenado e, nesse caso, o tempo em que esteve preso é descontado do período da condenação, o que já constitui uma forma de reparação pela punição antecipada.⁷⁵

Entretanto, na hipótese de uma absolvição, ou quando a condenação não comportar pena restritiva de liberdade, ou quando a pena prolatada for inferior ao tempo de prisão cautelar, surge a questão da indenização por equívoco do Poder Judiciário.

Neste sentido, vale rememorar que a custódia indevida, segundo Rui Stoco “é aquela que ocorreu de forma ilegítima e abusiva em desobediência à realidade fática e aos requisitos formais”.⁷⁶

⁷⁴ HENTZ, op. cit.

⁷⁵ DI PIETRO, op. cit.

⁷⁶ STOCO, op. cit. p.

Presentemente, a custódia é objeto de regulamentação bastante pormenorizada na Constituição Federal, que estabelece em seu art. 5º, LXI: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.⁷⁷

Ante o exposto, a regra continua sendo a liberdade, permitindo a Constituição, o aprisionamento apenas diante de flagrância na prática de delito, ou mediante expedição da competente ordem de custódia devidamente fundamentada e nos demais casos previstos em lei. Objetivando proteger a liberdade dos cidadãos, a Constituição ainda prevê em seus vários incisos do art. 5º, uma série de garantias, quais sejam:

LXII- a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; LXIII- o preso será informado de seus direitos entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; LXIV- o preso tem direito a identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; LXV- a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI- ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; LXVII- não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel [nesta última hipótese, a Súmula Vinculante n. 25, do STF, pôs fim à discussão, sendo considerada ilícita tal prisão, nos seguintes termos: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”]. LXVIII- conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder; LXXV- o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.⁷⁸

Para findarem-se as injustiças que permeiam o sistema prisional e para cessar os casos de inocentes que são privas do seu sagrado direito de ir e vir, são necessárias algumas modificações no ordenamento processual criminal. Tais como:

- a) Definição de prazo para o cumprimento de prisão cautelar, porquanto mesmo nos ordenamentos jurídicos onde o direito penal é mais rígido existe prazo para o ergástulo preventivo;
- b) Ultrapassar os métodos arcaicos de reconhecimento de suspeitos por fotografia ou pela palavra da vítima isoladamente;
- c) Reconhecer os métodos forenses de investigação como os mais cabíveis para determinar ou não a custódia de alguém;

⁷⁷ BRASIL. Constituição (1988), op. cit.

⁷⁸ Id. Ibid.

- d) Conversão da prisão temporária em preventiva apenas se o caso concreto for favorável para tal;
- e) Imposição de adoção urgente de medidas alternativas à prisão antes da sentença condenatória transitada em julgado;
- f) Reverência aos direitos fundamentais e às garantias individuais.

In fine, o direito à liberdade, no dizer de Paulo Bonavides, corresponde aos famigerados direitos de primeira dimensão. Estes são os direitos da liberdade, os pioneiros a constarem no instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que na sua vasta maioria corresponde, por um vértice histórico, àquela fase inicial do constitucionalismo do Ocidente.⁷⁹

Sem a devida reverência a esta dimensão pioneira, cria-se um precedente perigoso, que obstará o pleno gozo dos outros direitos fundamentais e das garantias individuais. Por isso, é tão imperioso defender sua consagração e envidar pelas mudanças necessárias no ordenamento jurídico pátrio, em especial no desiderato penal. Assim, será possível cessar as injustiças que são cometidas diuturnamente com a chancela do Estado.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.

8 CONCLUSÃO

A liberdade é um direito inalienável, o qual já nasce com o próprio cidadão, sendo considerado um dos mais importantes na existência dos seres humanos, sendo ultrapassado tão somente pelo direito à vida. Outrossim, é um dos mais debatidos e versados pelas legislações em nações conduzidas pelo regime de estado democrático de direito, figurando desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como em na Constituição da República de 1988, sendo que na norma constitucional é insculpido como garantia individual e direito fundamental inalienável.

Não obstante, todos estão sujeitos a sanções impostas pelo Estado, especialmente no que concerne ao direito criminal. Qualquer indivíduo, ao cometer um delito previamente tipificado por lei, está sujeito a punições impostas pelo Estado, e destas a mais famigerada é a prisão, que segundo a doutrina observada no presente trabalho, é a privação do convívio em sociedade dos que põem em risco a ordem pública e paz social.

Entretanto, o Estado, pode cometer equívocos durante a fase administrativa e durante a investigação policial, assim como na fase de processamento judicial, e vindo a custodiar injustamente uma pessoa. Sendo ele o responsável pelos eventuais danos causados por seus agentes em seus respectivos ofícios. Conforme abordado, toda esse entendimento está firmado pela Constituição Federal, também foi explanado que, na Carta Constitucional, há dicção de que a prisão ilegal deve ser relaxada imediatamente, no momento em que restar comprovada a irregularidade do ato.

Foi exposto que, conforme a legislação penal, o Estado deve indenizar qualquer dano praticado por seus agentes, incluindo a custódia ilegal. Nesse sentido, resta ao Estado, indenizar aquele que, por omissão voluntária, negligência ou imprudência do Poder Público, ficou segregado e por repercussão disso foi privado de gozar de sua liberdade.

Vislumbrou-se a relevância da conduta do agente público para a realização dos fins essenciais à Administração Pública e para a concretização do princípio da supremacia do interesse coletivo, vez que esse agente é aquele que reflete e produz os interesses do Estado. Analisou-se que, para atingir tal objetivo, são atribuídos ao agente público prerrogativas e obrigações peculiares, como o

poder-dever de agir, que vincula seu ofício como representante da Administração Pública, ao cumprimento dos interesses coletivos.

A inobservância ao poder-dever de agir, leva o agente público a estar sujeito a responsabilização nas esferas cível, criminal e administrativa. Foi estudado que a responsabilidade administrativa, nos cenários em que o servidor público pratica conduta comissiva por omissão, é latente, porquanto esse, como *longa manus* da Administração Pública, ao manter-se omissos quando deveria agir, atua de forma insatisfatória aos direitos fundamentais e aos interesses coletivos vilipendiados por uma conduta ilegal e abusiva.

Ressaltou-se a necessidade da identificação da culpa ou de dolo por parte do agente público que praticou ato abusivo, sendo imperiosa a observação se o servidor público agiu sem a prudência devida e de maneira negligente para com os deveres inerentes ao seu ofício.

Investigou-se a responsabilização administrativa do servidor público, que somente pode ser configurada diante um processo administrativo disciplinar, procedimento que viabiliza a observância do princípio da previsão legal, da racionalidade, do exercício da ampla defesa e do contraditório.

Por fim, ante todas as fontes de pesquisa, firmou-se entendimento de qualquer modalidade de custódia ou de ato que culmine na cessação da liberdade de alguém inocente, dilacera e impõe extremado sofrimento. Não há razões para admirar-se a ação de encarcerar alguém. Se é verdade que encarceramento extirpa a delinquência, essa no essencial é arquitetada no próprio ergástulo, e é justamente por essa razão que a segregação e as injustiças continuam.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

AS 3 MORTES de Heberson. **Revista VEJA**. Disponível em: <https://www.uol/noticias/especiais/as-3-mortes-de-heberson.htm>. Acesso em: 10 nov. 2020.

ALVES, Vilson Rodrigues. **Responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário**. São Paulo: Bookseller, 2001. Tomos I e II.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

BECCARIA. **Dos Delitos e Das Penas**. Rio de Janeiro: Martin Claret, 2005.

BENTHAM, Jeremy. "An introduction to the principles of morals and legislation". In: _____. **The principles of morals and legislation**. Nova York: Hafner Press, 1948. Tradução do autor.

BICALHO, Pedro Paulo. Sistema Penitenciário Federal e Comemoração dos 10 Anos de Implantação do Sistema. SEMINÁRIO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL. Brasília, 2016.

BITENCOURT, César. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016. 22v.

_____. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001. 7v.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: LTDA, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAGA, Jorge Paulo de Freitas. **Urso Branco, a porta para o Inferno**. Porto Velho: ABG, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei nº 7.210/1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Senado Federal, 1984.

_____. Lei nº 13.167/2015. Altera o disposto no art. 84 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para estabelecer critérios para a separação de presos nos estabelecimentos penais. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

_____. Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 14 out. 2020.

_____. Lei nº 8.429 de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1992.

_____. Decreto-Lei nº 2.248/1940. Abre, pelo Ministério da Viação o crédito especial de 1.257:500\$0, para despesas da Estrada de Ferro Central do Rio Grande do Norte. Brasília, DF: Senado Federal, 2013.

_____. Lei nº 8.112/90. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

_____. Constituição da República de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 22 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS: RHC 8105 SP 1998/0088010-0. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/427525/recurso-ordinario-em-habeas-corpous-rhc-8105-sp-1998-0088010-0>. Acesso em: 14 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ – HABEAS CORPUS: HC 137651. 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6445803/habeas-corpous-hc-137651>. Acesso em 14 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF - HC 91.952, voto do rel. min. Marco Aurélio, P, j. 7-8-2008, DJE 241 de 19-12-2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>. Acesso em 15 nov. 2020.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. São Paulo: Livraria Almedina, 2000.

CAPPELLETTE, Mauro. **Juízes irresponsáveis**. Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. V.1.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. 29. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país. Portal G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em 15 Nov. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay**. Sentença de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas). Tradução do autor.

CONSTRANGIMENTO ilegal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>. Acesso em: 15 nov. 2020.

DI PIETRO, Maria Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: GEN; Forense, 2020.

ESTEFAM, André. **Direito penal: Parte especial** (art. 286 a 359-H). São Paulo: Saraiva, 2011.

FILANGIERI, Gaetano. **La scienza della legislazione**. 1780-1785. Vol. 1: Preceduta da un Discorso. Londres: Forgotten Books, 2018. V.1. Tradução do autor.

FOCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da Prisão**. 39. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

GARCIA, Barbosa, Gustavo Filipe. **Painel sobre a Reforma do Judiciário**. SEMINÁRIO. Rio de Janeiro, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, v.1, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987.

GRUPO de Estudos Carcerários Aplicados da USP divulga pesquisa sobre o custo mensal e anual de uma pessoa presa no Brasil. Disponível em: <http://www.direitorp.usp.br/grupo-de-estudos-carcerarios-aplicados-da-universidade-de-sao-paulo-gecap-usp-divulga-pesquisa-sobre-o-custo-mensal-e-anual-de-uma-pessoa-presa-no-brasil/>. Acesso em 16 Nov. 2020.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. **Indenização do erro judiciário e danos em geral decorrentes do serviço judiciário**. São Paulo: Universitária, 1995.

JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. São Paulo: Paco Editorial, 2000.

JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEAL, César Oliveira Barros. Direitos do Homem e Sistema Penitenciário. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [S.l.], n. 2, p. 68-72, dez. 2001. ISSN

1677-1419. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/30>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Crise de identidade da "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-crise-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>. Acesso em: 5 out. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Medeiros, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro. Atlas, 2001.

MICHEL. **Vigiar e Punir: nascimento da Prisão**. 39. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

MYERS, F.W.H. **Human Personality and Its Survival of Bodily Death**. Massachusetts, EUA: Hampton Roads Publishing, 2001. Tradução do autor.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PROJETO inocência. Disponível em: <https://innocenceproject.org/>. Acesso em: 15 Nov. 2020.

REALE, Miguel. **Questões de Direito Público**. São Paulo: Saraiva Jur, 1997.

ROXIN, Claus. **Novos Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da prisão cautelar: a indenização por prisão injusta e a detração penal. **Revista dos Tribunais**, 2015. Disponível em: <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://seer.ufrgs.br/redppc/article/viewFile/52345/32189>. Acesso em: 15 Nov. 2020.

SILVA, Américo Luís; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2015.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Administrativa**. São Paulo: RT, 2018.

_____. **Tratado de Direito Administrativo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TEIXEIRA, Renildo. **Teoria, prática e jurisprudência da prisão em flagrante**. São Paulo: Ed. De Direito, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIOLAÇÃO de direitos humanos no sistema penitenciário. **Revista LexCult**. Artigo 307. Disponível em: <http://lexcultccjf.trf2.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/307>. Acesso em 15 Nov. 2020.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. São Paulo: Revan, 2006.

_____. **O Inimigo no Direito Penal**. São Paulo: Revan, 2007.

_____. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.