

PRISÃO PREVENTIVA, DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS

*Nestor Eduardo Araruna Santiago**

Introdução. 1 Prisão preventiva. 2 A responsabilidade do Estado por ato judicial: breves considerações. 3 A cláusula constitucional de reparação por erro judiciário: conceito. 4 À guisa de conclusão: a reparação do dano pelo excesso de prazo na prisão preventiva. Referências.

RESUMO

Trata-se de trabalho em que se desenvolve a idéia de consequência direta entre a decretação de prisão preventiva e a demora na constrição da liberdade do cidadão. Levanta-se a hipótese de o acusado que tenha cumprido a prisão provisória obter indenização por danos morais e materiais do Poder Público, em razão da aplicação das regras constitucionais que prevêm o erro judiciário e a demora razoável na condução do processo. A discussão passa, necessariamente, pela responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, ainda que lícito.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão provisória. Reparação. Dano moral. Dano material. Demora razoável do processo. Erro judiciário.

INTRODUÇÃO

Uma das consequências da decretação de prisão preventiva menos vista e debatida em doutrina e jurisprudência é a possibilidade de indenização por danos morais e materiais em decorrência erro judiciário consistente na demora da constrição cautelar.

Este é o objeto de análise neste breve artigo que, longe de querer ser conclusivo, pretende lançar algumas luzes e, também, espancar algumas dúvidas sobre o tema ora proposto.

*Doutor em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre e Especialista em Ciências Penais (UFMG). Professor de Direito e Processo Penal do Curso de Direito da Faculdade Christus. Professor Adjunto de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor de Cursos de Pós-Graduação. Advogado criminalista. E-mail: nestorsantiago@bol.com.br.

Deixa-se claro, desde logo, que não se pretende revisar conceitos básicos de prisão provisória ou reparação por dano. Entretanto, sempre que possível ou necessário, a menção a estes institutos jurídicos será feita.

Num primeiro momento, impende mostrar aos leitores alguns aspectos sobre a prisão provisória, que nem sempre são adequadamente abordados. Posteriormente, considerações sobre pontos relevantes da responsabilidade civil do Estado também serão feitas, a fim de aclarar a abordagem do tema. Finalmente, teceremos nossas conclusões, tendo em vista o princípio constitucional da demora razoável do processo e da cláusula, igualmente constitucional, da reparação do dano em virtude de erro judiciário.

1 PRISÃO PREVENTIVA

Assim como no Processo Civil, o Processo Penal prevê medidas cautelares, a fim de garantir o resultado prático do processo. A decretação destas referidas medidas deve, então, ter profunda e íntima relação com o objeto central do debate levado a juízo, sob pena de serem desproporcionais àquilo que se propõe. Servem, portanto, de instrumento, de modo e meio para se atingir a medida principal.¹ E estas medidas cautelares podem ser restritivas de liberdade (prisão cautelar ou processual) ou patrimoniais (seqüestro, arresto, etc.)

Embora haja divergências na doutrina acerca das espécies de prisão cautelar, entende-se majoritariamente que são cinco: prisão preventiva, prisão temporária, prisão em flagrante, prisão decorrente de sentença de pronúncia e prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível. As três primeiras são utilizadas no curso do processo ou do inquérito policial; as duas últimas, quando há manifestação judicial, total ou parcial, acerca do mérito da causa.²

Cumprе salientar que estas medidas cautelares restritivas de liberdade sejam decretadas pelo juiz, sempre mediante provocação do titular da ação penal, do assistente do Ministério Público³ ou da autoridade policial encarregada da investigação dos fatos delituosos. É o que determina o inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF), exigindo que a prisão – exceto a em flagrante, por óbvio – somente seja concretizada mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.⁴

Assim, depara o aplicador da norma com a necessidade imperiosa de fundamentação da prisão como corolário do devido processo penal, sob pena de nulidade e conseqüente relaxamento da prisão, em face de inegável inconstitucionalidade (art. 5º, LXV, CF). Nada obstante, a mesma sanção que se aplica ao ato viciado encontra eco no inciso IX do art. 93, CF. O mesmo inciso LXI do art. 5º, CF ressalta a necessidade de a medida restritiva da liberdade ser emanada de juiz competente, reforçando o princípio do juiz natural, que também é sustentáculo do devido processo penal (art. 5º, LIII, CF). Aliás, um dos aspectos mais marcantes da prisão cautelar é a sua jurisdicionalidade, ressaltada por instrumentos normativos internacionais recepcionados pelo ordenamento

jurídico brasileiro, como é o caso, por exemplo, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), itens 2 e 3 do art. 7º.

De qualquer forma, é importante ressaltar que somente justificará a decretação da medida cautelar se ela for necessária e urgente para resguardar o conteúdo dos processos de conhecimento e de execução, mesmo porque se trata de restrição de liberdade ambulatoria de caráter excepcional, acessória ao provimento principal e que dele depende para sua manutenção. Embora não seja antecipação de pena, antecipam-se os efeitos, que somente podem ser oriundos de uma ordem emanada de autoridade judiciária.

Como a prisão provisória tem natureza jurídica de medida cautelar restritiva de liberdade, impende demonstrar que os requisitos de cautelaridade – *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis* – devem estar sempre presentes, de modo a fundamentar a restrição excepcional de liberdade. Sim, excepcional, pois a regra é a liberdade, e não o encarceramento. O Poder Judiciário não pode se pautar pelo clamor público para a decretação de prisão preventiva, sob pena de utilizar a restrição de liberdade para fazer justiça. Obviamente, o Direito Processual Penal, assim como o Direito Penal, somente podem ser chamados a atuar quando outros meios de controle social forem ineficazes para proteger a sociedade. Em outras palavras, aplica-se também ao Direito Processual Penal o princípio da intervenção mínima, na vertente do princípio da subsidiariedade. Portanto, o *periculum libertatis* - observados nas situações de garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal - são os limites legais para a decretação da prisão provisória.⁵

Identifica-se o *fumus comissi delicti* na prisão preventiva pela verificação de indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime (art. 312, Código de Processo Penal - CPP). Remansosa jurisprudência se formou no sentido de que havendo elementos para decretação da prisão preventiva, haverá, também, para o oferecimento da denúncia.⁶ Daí, correto o entendimento de que a prisão preventiva, p. ex., não deve ser decretada durante o inquérito policial, reservando-se a este momento pré-processual de caráter inquisitivo a prisão temporária (Lei n. 7.960/89) e a prisão em flagrante (artigos 301 a 310, Código de Processo Penal).

2 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO JUDICIAL: BREVES CONSIDERAÇÕES

O § 6º do art. 37, CF e o art. 43 do Código Civil (CC) prevêm a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público, bem como das de direito privado prestadoras de serviços públicos. Elas 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. Assim, a idéia de divindade do poder do soberano, veiculada no período do Absolutismo (*the king can do no wrong*), hoje está totalmente superada.

Como lembra José Afonso da Silva, não se discute a existência ou não de dolo ou culpa do agente de forma a caracterizar o direito do particular ao ressarcimento pelo Estado, pois esta obrigação é oriunda da doutrina do risco administrativo, que o isenta do ônus da prova do aspecto subjetivo da conduta: “basta que comprove o dano e que este tenha sido causado por agente da entidade imputada”.⁷ Ou seja, “basta a demonstração do nexo de causalidade entre o dano e ato da administração”.⁸

Tal regra é salutar para a consecução do princípio da segurança jurídica e, conseqüentemente, do princípio da proteção da confiança dos cidadãos para com o Estado. Ademais, o prejuízo causado ao particular não pode ser minimizado ante a impessoalidade do ato estatal. Corrobora esta assertiva a necessidade de o Estado se haver do direito de regresso para responsabilizar o agente público pelo ato lesivo, sempre em obediência ao *due process of law*. Daí, a demanda deverá ser proposta diretamente contra o Estado que, por meios próprios, será ressarcido pelo agente público que praticou o ato prejudicial ao particular.

Esta regra também se aplica com relação aos atos oriundos do Poder Judiciário. À primeira vista, pode parecer que o disposto no § 6º do art. 37, CF, tem alcance limitado ao Poder Executivo. Mas, basta observar a redação do *caput* do art. 37 (“A administração pública direta e indireta *de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios* obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ...”) para chegar à lógica conclusão que ao Poder Judiciário também é cabível o princípio da responsabilidade civil da Administração Pública, *tout court*.

Se assim não fosse, haveria inexplicável desigualdade de tratamento entre os atos praticados pelo Judiciário e pelos outros; em outras palavras, os membros deste Poder ganhariam carta branca do Estado para agirem conforme suas pretensões, sem se preocupar com os efeitos oriundos de suas ações ou omissões. Portanto, a regra vincula a atuação de qualquer agente público do Poder Executivo, Judiciário ou Legislativo, resguardando o particular de prejuízos que lhe sejam causados.

Entretanto, este entendimento somente ganhou maior força na doutrina nos últimos anos do século passado.⁹ Até então, vingava a idéia que os atos jurisdicionais, por serem soberanos e revelarem a independência da magistratura, estavam afastados do princípio da responsabilidade dos atos estatais, exceto se expressamente previstos em lei, como é o caso, por exemplo, do art. 133 do Código de Processo Civil (CPC), do art. 630 do Código de Processo Penal (CPP) e do inciso LXXV do art. 5º da CF, que determina, expressamente, a responsabilidade do Estado e conseqüente reparação por danos morais e materiais em razão de erro judiciário ou pela prisão além do tempo determinado na sentença. Para acrescentar, há quem enxergue uma distância entre a responsabilidade civil pela atividade jurisdicional e a dos demais agentes públicos.¹⁰

Ora, o exercício da soberania e da independência dos magistrados envolve responsabilidade pelos atos praticados, e a ausência de reparação pelo dano causado por atos judiciais levaria ao enriquecimento ilícito por parte do Estado, o que é, de todo, inadmissível. Como anota Guilherme Couto de Castro, o dever de indenizar em razão de erro judiciário é evidente. Mas ressalva o autor uma condição para implementação da indenização: a inexistência de coisa julgada material, “que é verdade jurídica para todos os efeitos, e, sem que seja rescindida, não pode ser reaberta a questão, por via indireta, sob a tese de que se trata de *erroria*”.¹¹

Ousa-se discordar. Quando se aponta erro judiciário – que nada tem a ver com injustiça na decisão – não se deseja desconstituir a coisa julgada material, mas, tão-somente, determinar o Estado a arcar com o prejuízo causado pelo erro. E a decisão permanece íntegra e inatacável, não havendo necessidade, desta forma, de haver desconstituição da coisa julgada por ação rescisória ou revisão criminal.

Por outro lado, seria descabido argumentar que dispositivos infraconstitucionais tivessem o poder de limitar o alcance dos dispositivos constitucionais determinantes da reparação do dano em razão de ato estatal incorporado em erro judiciário. Haveria total inversão da pirâmide normativa, que estabelece a norma constitucional como hierarquicamente superior a qualquer outra. Assim, as previsões normativas legais que determinam a responsabilidade judicial somente reforçam os preceitos normativos constitucionais no tocante à reparação do dano, mormente pelo fato de serem ditas normas constitucionais auto-aplicáveis, independentes de qualquer regulamentação posterior.

3 A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE REPARAÇÃO POR ERRO JUDICIÁRIO: CONCEITO

Como se sabe, o conceito é absolutamente necessário para se ter uma idéia do objeto que se vai analisar. Assim, não será científico perquirir chegar à conclusão deste breve trabalho sem antes se ater à dimensão jurídica da cláusula constitucional que determina a reparação por erro judiciário e pelo excesso de prazo no encarceramento. Primordial, pois, investigar o que o legislador constituinte entende por “erro judiciário”, para, em pós, adentrar no aspecto ligado ao excesso de prazo na prisão preventiva.

Primeiramente, deve-se desmistificar a idéia de que “erro judiciário” está ligada, tão-somente, ao direito e ao processo penal. A própria dicção da cláusula constitucional dá este mote, ao distinguir erro judiciário de excesso de prazo na prisão. Como lembra Dergint, se a jurisdição é una e indivisível, “a ela deve corresponder um único e homogêneo sistema de responsabilidade estatal”¹², nada havendo que justifique o tratamento diferenciado entre o erro judiciário penal do não-penal.

Este mesmo autor conceitua o instituto como “o equívoco da sentença judicial, seja no âmbito criminal, seja no âmbito cível”. Justifica o erro judiciário

com base na falibilidade humana, mas de pronto afasta deste conceito os erros *in judicando* e *in procedendo*, posto serem inerentes à atividade judicial, em que o juiz não desenvolve suas funções de forma anômala.¹³

De pronto, pode-se apontar uma imperfeição no conceito acima formulado: o conceito de erro judiciário não pode ser limitado à sentença judicial. Em outras palavras, ele pode ser evidenciado em outras manifestações judiciais durante o processo.

Lembra Cretella Júnior que:

Judiciais (= judiciários) são todos os desempenhos do Poder Judiciário, específicos ou não, sem se indagar da natureza intrínseca, contenciosa ou voluntária, do desempenho. Tudo o que promana do Poder Judiciário é atividade judicial, orgânica ou formalmente considerada. Não, porém, sob o aspecto material ou substancial, que é a atividade considerada, em si e por si, independentemente da fonte da qual emana.¹⁴

Os administrativistas, de forma corajosa, buscaram conceituar ou balizar os limites do erro judiciário; contudo, não conseguiram chegar a um consenso. Odete Medauar chega à conclusão que seria considerado erro judiciário passível de reparação o “ato judicial típico, que é a sentença ou decisão, enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, nas hipóteses do art, 5º, LXXV, da CF/88”.¹⁵ Mais adiante, esclarece que os atos administrativos praticados pelo Poder Judiciário “equiparam-se aos demais atos da Administração e, se lesivos, empenham a responsabilidade civil objetiva da Fazenda Pública”.¹⁶

Hely Lopes Meirelles, aferrado a uma visão extremamente tradicional e arcaica, afirma que “a responsabilização do Estado por danos oriundos de atos jurisdicionais ainda não encontrou guarida, apesar de rica elaboração doutrinária em sentido favorável”.¹⁷ Apega-se este autor ao entendimento de que a responsabilidade civil do Estado está umbilicalmente vinculada ao erro judiciário de natureza penal, numa leitura pouco recomendável do art. 630 do CPP.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende que os atos jurisdicionais típicos (sentença e acórdão) não são passíveis de indenização. “Para que fossem prejuízos indenizáveis, seria necessário que se *comprovasse* que teriam sido causados *antijuridicamente*, hipótese em que passariam a existir prejuízos de direito”.¹⁸ Ou seja, a responsabilidade pelo ato jurisdicional ilícito - neste caso, erro judiciário - deveria ser provado pelo jurisdicionado, ou por qualquer administrado que tenha sofrido o prejuízo. Apesar de não concordarmos com a opinião do autor, parece-nos que deixa claro que o erro judiciário é aquele oriundo de ato ilícito do juiz - o que, por si só, não satisfaz a conceituação do objeto em estudo.

Ante a ausência de unanimidade acerca do conceito de erro judiciário, torna-se oportuno resolver o impasse. Sem maiores pretensões, *erro judiciário*

é a realização ou não-realização de ato judicial, lícito ou ilícito, que cause dano ao jurisdicionado ou a terceiro.

Não se pode isolar do conceito de erro judiciário a prisão além do tempo determinado da sentença. A prisão excessiva é prisão indevida e ilegal, sendo inconcebível pensar que um ato judicial evitado de erro como é a prisão indevida ou por excesso de prazo não possa ser considerada erro judiciário.

Pode-se perceber claramente que o legislador constituinte foi extremamente cauteloso a diferenciar as situações somente por uma questão de interpretação do texto constitucional, de forma a evitar que o Estado se eximisse de responsabilidade pelas prisões realizadas ou mantidas fora de seus aspectos legais formais. Entretanto, se a prisão é ilegal, o erro judiciário é evidente, pelo que deve existir a indenização. E não há argumentos de soberania ou de independência dos atos judiciais que justifique a negativa, como se o Poder Judiciário fosse constituído por semi-deuses ou de extraterrestres: significaria a legitimação do arbítrio e da restrição indevida de liberdade.

4 À GUIA DE CONCLUSÃO: A REPARAÇÃO DO DANO PELO EXCESSO DE PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA

Em atenção ao implícito princípio constitucional da economia processual, a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, acrescentou ao texto constitucional a necessidade de o processo ser breve, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (inc. LXXVIII do art. 5º, CF). É inadmissível que o provimento jurisdicional seja demorado, pois, como já se disse, justiça tardia é injustiça.

Os tempos de hoje são o da velocidade - *dromos*, em grego. Há quem diga que vivemos em uma *dromocracia*, e não numa democracia. E este sentimento de pressa, de velocidade, reflete no texto constitucional e também na legislação infraconstitucional.

Todavia, quando o assunto é prisão cautelar, o legislador infraconstitucional trata o assunto com parcimônia.¹⁹ Sobre prisão temporária, a Lei n. 7.960/89 cuida dos prazos de 5 e de 30 dias, prorrogáveis por igual período. Em termos de prisão preventiva, o único dispositivo legal que prevê a duração da prisão preventiva é o art. 8º da Lei n. 9.034/95, que estabelece 81 dias de prazo para o encerramento da instrução criminal.²⁰ Ora, por analogia (art. 3º, CPP), esta regra deve se estender para todos os casos de prisão preventiva, e não somente aos casos de crimes praticados por organização criminosa.

Mas o estabelecimento de regra de duração da prisão faz com que surjam exceções, por óbvio. A primeira a ser mencionada é que “eventuais atrasos na conclusão da instrução, se não imputáveis à defesa, não deverão ter o condão de ampliar o aludido prazo”.²¹ A segunda é que “não há constrangimento ilegal

por excesso de prazo [na manutenção da prisão preventiva] quando a complexidade da causa, a quantidade de réus e de testemunhas justificam a razoável demora para o encerramento da ação penal”.²² Neste último caso, a fiscalização constante da defesa e do Ministério Público, como *custos legis*, é essencial a fim de que evitar abusos na custódia cautelar sob o pretexto de dificuldades no encerramento da instrução. A terceira e última se refere à superação do excesso de prazo na prisão preventiva pelo encerramento da instrução criminal.

Seguindo a regra e as exceções, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu diversas decisões sobre o tema, sempre, logicamente, mirando nos princípios constitucionais implícitos e explícitos.

No julgamento do Habeas Corpus n. 86.850/PA, decidiu-se que se o excesso de prazo não é imputável ao acusado, é inadmissível que a prisão provisória perdure sem nenhuma limitação, devendo ser a mais breve possível, com base no princípio da razoabilidade. No caso analisado, o paciente permaneceu sob custódia cautelar por mais de dois anos, sem que tivesse sido realizada a oitiva de testemunhas arroladas pela acusação. Isto porque a juíza responsável pelo processo redesignou a data de audiência somente para um ano e oito meses depois de frustrada a audiência para oitiva das testemunhas arroladas pela acusação.²³

Em julgamento de outro Habeas Corpus no STF, decidiu-se pela liberação do acusado preso preventivamente em razão da demora injustificada para encerramento do processo criminal, sem justificativa plausível ou sem que se pudessem atribuir a ele as razões para o retardamento daquele fim. Neste caso, fundamentou-se a Ministra Carmen Lúcia nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e o da razoável duração do processo (art. 5º, inc. III e LXXVIII, da Constituição da República). Lembrou, ainda, que “a forma de punição para quem quer que seja haverá de ser aquela definida legalmente, sendo a mora judicial, enquanto preso o réu ainda não condenado, uma forma de punição sem respeito ao princípio do devido processo legal”.²⁴

Por último, há que se mencionar que o fato de a prisão preventiva ter sido decretada em razão de crime hediondo não autoriza a demora na realização da instrução criminal: “a duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar do réu, sem julgamento da causa, ofende o postulado da dignidade da pessoa humana e, como tal, consubstancia constrangimento ilegal, ainda que se trate da imputação de crime grave”.²⁵

Ora, o excesso de prazo na duração da prisão preventiva configura, inegavelmente, violação direta ao princípio da demora razoável da duração do processo, como corolário do princípio da economia processual. Entende-se que, quando se fala em “processo”, fala-se, implicitamente, em procedimento. Assim, a realização de qualquer procedimento no curso da ação penal deve atender aos postulados constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade, do devido processo legal e, principalmente, da dignidade da pessoa humana, sob pena de ser ilegal – e, por que não dizer? – inconstitucional.

Como foi abordado linhas atrás, o conceito de prisão por tempo superior ao determinado na sentença, i.e., por excesso de prazo, está inserido no conceito de erro judiciário, indenizável sob os aspectos material e moral. Nas três decisões acima citadas como exemplos, a constatação no excesso de prazo na formação da culpa e conseqüente liberação do acusado em razão da ilegalidade da prisão leva, inexoravelmente, à conclusão de que se trata de *erro judiciário*, nos termos do conceito acima elaborado.

E não há sofisma algum neste raciocínio: a partir do momento que o conceito de “prisão além do tempo determinado na sentença” é inserido no conceito de erro judiciário, estabelece-se um limite processual, além do qual a prisão torna-se ilegal e indevida. Ora, se o mais é ilegal, o menos – prisão preventiva com prazo excessivo – também o será. Ademais, a Súmula 716, STF, implicitamente reconhece que a prisão provisória excessiva redundará na possibilidade de progressão de regime prisional *antes* do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.²⁶

Baseado em acórdão da 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Cahali entende que seria perfeitamente cabível a indenização por danos morais e materiais em razão de prisão preventiva legal, embora cumprida em excesso de prazo, com posterior absolvição do acusado.²⁷ Mas, ao mesmo tempo, lembra que o Estado de Direito, em reforço à garantia dos direitos individuais do cidadão, não pode compactuar com a restrição injusta à liberdade individual, e, portanto, deve responsabilizar-se pelos danos causados.²⁸

Entende-se incabível limitar-se o direito à indenização somente nos casos de absolvição: independentemente do resultado final do processo, se excessivo o lapso de tempo da custódia cautelar, cabível a reparação do dano, pois não se cogita da legitimidade da prisão, mas, sim, de sua duração indevida.

Concluindo, o respeito à duração da prisão preventiva, calcado supinamente nos princípios constitucionais da razoabilidade, da demora razoável do processo, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, evita o erro judiciário e a decorrente responsabilidade civil objetiva do Estado em reparar o dano moral e material, nos termos dos artigos 953 e 954 do Código Civil.²⁹

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: RT, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição de 1988: artigo 5º (LXVII a LXXVII) a 17*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. 2, 1989.

CRUZ, Diogo Tebet da. Decretação de prisão preventiva *ex officio*. Violação ao princípio da inércia da jurisdição e ao princípio acusatório *Boletim IBCCrim*, São Paulo, a. 14. n. 163, p. 14, jun. 2006.

DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo brasileiro*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005,

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual processo penal e execução penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.

¹ Cf. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 559.

² Entretanto, não é irrazoável se pensar que elas podem ser reduzidas a três espécies, pois é inegável que a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível e a prisão decorrente de sentença de pronúncia têm caráter nítido de prisão preventiva. Contudo, este não é o posicionamento mais recente do Supremo

Tribunal Federal. Cf. ainda, RANGEL, op. cit., p. 609, em que fala sobre a natureza jurídica da prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível como execução provisória de pena, baseando-se, para seu raciocínio, na Súmula 716 do STF.

³ Sobre a legitimidade do assistente do Ministério Público requerer a prisão preventiva, desenvolveremos o assunto em outro trabalho mais abrangente.

⁴ Na doutrina, discute-se a possibilidade de decretação da prisão preventiva *ex officio* no curso do inquérito policial. Entende-se que a regra contida no art. 311 do CPP é inadequada ao sistema acusatório, adotado pela CF; por isso, a decretação de ofício pelo juiz somente seria válida no curso da ação penal. Neste sentido, cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 429-430; RANGEL, op. cit., p. 589; CRUZ, Diogo Tebet da. Decretação de prisão preventiva *ex officio*. Violação ao princípio da inércia da jurisdição e ao princípio acusatório *Boletim IBCCrim*, São Paulo, a. 14. n. 163, p. 14, jun. 2006. Em sentido contrário: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 589; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 562.

⁵ Há que se fazer menção ao art. 30 da Lei n. 7.492/86, que trata da decretação de prisão preventiva em crimes contra o sistema financeiro nacional em razão da magnitude da lesão causada. Vale notar que o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal aponta na direção da impossibilidade de decretação da medida cautelar restritiva baseado, unicamente, na magnitude da lesão causada, que é elemento do tipo penal (cf. HC n. 86.620/PE. 1ª Turma. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 13.dez.2005. DJU I, 17.fev.2006, p. 59.)

⁶ Cf. a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE RELAXADA. DECRETADA A PREVENTIVA. DENÚNCIA NÃO OFERECIDA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA. PLEITO MINISTERIAL DE CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. EXCESSO DE PRAZO. CONFIGURAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A prisão provisória é uma medida extrema e excepcional, que implica sacrifício à liberdade individual, sendo imprescindível, em face do princípio constitucional da inocência presumida, a demonstração dos elementos objetivos, indicativos dos motivos concretos autorizadores da medida constritiva. 2. Na hipótese em tela, não se vislumbra presentes nem os indícios da autoria, tanto que ainda não oferecida a denúncia exatamente por essa razão, tampouco a necessidade da prisão, seja para garantia da ordem pública, da aplicação da lei penal ou para fins de instrução. 3. Também assiste razão à súplica no que se refere ao excesso de prazo para a formação da culpa, uma vez que, ao que consta dos autos, até o momento – já transcorridos quase 10 meses da prisão dos Recorrentes –, não foi sequer oferecida a denúncia, inexistindo qualquer justificativa plausível para tanto. 4. Recurso conhecido e provido para deferir a liberdade provisória aos ora Pacientes, com a consequente expedição do alvará de soltura, se por outro motivo não estiverem presos, sem prejuízo de eventual decretação de custódia cautelar, devidamente fundamentada.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 20.118/PA. 5ª Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, 19.out.2006. Publicado no DJU I, 20.nov.2006, p. 344.). Na doutrina pátria, cf. por todos, TOURINHO FILHO, op. cit., p. 485.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 674.

⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 361.

⁹ Contudo, em decisão de 2004, o STF reafirmou o entendimento de que o Estado somente seria responsável por atos de seus juízes nos casos expressamente declarados em lei, e que o decreto de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 429.518/SC. 2ª Turma. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgamento em 5.out.2004. Publicado no DJU I, 28.out.2004, p. 49).

¹⁰ Embora discordemos *in totum* do posicionamento do autor, cf. RIZZARDO, op. cit., p. 380-381.

¹¹ CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 64.

¹² DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 166.

¹³ Ibid, p. 164-165.

¹⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição de 1988*: artigo 5º (LXVII a LXXVII) a 17. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, v. 2, p. 826.

¹⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo brasileiro*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 653.

¹⁶ Ibid, p. 653.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 437-438.

¹⁸ MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 590.

¹⁹ Contudo, há Projeto de Lei do Deputado Moreira Franco, dando nova redação ao artigo 311 do Código de Processo Penal, estabelecendo que o prazo de prisão preventiva durante o inquérito policial será de 30 dias, e de 120 dias durante a instrução criminal, prorrogável por igual prazo em caso de extrema e comprovada necessidade. (Íntegra disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/401537.pdf>>. Acesso em 19.fev.2007, 18:12.)

²⁰ Sobre a construção jurisprudencial do prazo legal de prisão preventiva, cf. por todos, OLIVEIRA, op. cit., p. 426-429.

²¹ Ibid, p. 427.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 89.168/RO. 1ª Turma. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 26.set.2006. DJU I, 20.out.2006, p. 426.

²³ 2ª Turma. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 16.ami.2006. DJU I, 06.nov.2006, p. 50.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 87.721/PE. 1ª Turma. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 15.ago.2006. DJU I, 07.dez.2006, p. 52.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 87.241/RJ. 1ª Turma. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, 21.mar.2006. DJU I, 28.abr.2006, p. 8.

²⁶ Súmula 716, STF: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

²⁷ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 790.

²⁸ Ibid., p. 775.

²⁹ Cahali (ibid., p. 772) aponta que, ao contrário do novo codificador, que “permaneceu estático no tempo e omissivo em definir a natureza do dano indenizável, manteve-se atrelado ao direito anterior, que, (...) já reconhecia, no caso, a ocorrência de dano moral, especialmente após a Constituição de 1988.”

PREVENTIVE DETENTION, TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME AND COMPENSATION FOR MATERIAL AND MORAL DAMAGE

ABSTRACT

This is a paper which assesses the idea of the existence of a direct relation between the ruling of preventive detention and the endurance of the restrictions on human freedom. In this sense, the author presents the possibility that the accused persons that have temporarily been under arrest receive compensation from State for

material and moral damage, due to the constitutional rules concerning judicial error and trial within a reasonable time span. The debate concerning the issue necessarily includes State liability for jurisdictional acts, albeit lawful.

KEYWORDS: Temporary detention. Compensation. Moral damage. Material damage. Trial within a reasonable time. Judicial error.

PRISON PRÉVENTIVE, DURÉE RAISONNABLE DE LA PROCÉDURE ET RÉPARATION PAR DES DOMMAGES MATÉRIELS ET MORAUX

RÉSUMÉ

Il s'agit de travail sur l'établissement d'un lien direct de conséquence entre la décision imposant la prison préventive et l'allongement de cette constriction de la liberté de l'individu. On soulève l'hypothèse de l'accusé qui ait accompli la prison provisoire d'obtenir indemnisation par des dommages matériels et moraux du pouvoir public par l'application des règles constitutionnelles qui statuent sur l'erreur judiciaire et le retard raisonnable dans la conduction de la procédure. La discussion passe, nécessairement, par la responsabilité de l'État par acte juridictionnel, indépendamment de son caractère licite.

MOTS-CLÉS: Prison provisoire. Réparation. Dommages moraux. Dommages matériels. Retard déraisonnable de la procédure. Erreur judiciaire.