

OS EFEITOS JURÍDICOS DA PRISÃO CAUTELAR: A INDENIZAÇÃO POR PRISÃO INJUSTA E A DETRAÇÃO PENAL

ODONE SANGUINÉ

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFRGS, Doutor pela Universitat Autònoma de Barcelona/Espanha, Advogado, Desembargador aposentado.

Resumo: O artigo aborda a questão dos efeitos jurídicos (indenização e detração) da prisão cautelar. Ante a inexistência no Brasil de uma legislação reguladora dos casos de indenização de prisão preventiva injusta, em contraste com os modelos de diversos países da União Europeia, busca delinear as diversas hipóteses de absolvição ou de extinção do processo e apresentar fundamentos para superar a obsoleta orientação jurisprudencial dos Tribunais denegatória do direito à indenização aos presos preventivos.

Palavras-chave: Indenização, prisão cautelar, preventiva, injusta, detração penal.

Abstract: The paper addresses the issue of the legal effects (compensation and discount) the pretrial detention. Considering the lack in Brazil of a regulatory law on cases in which it is entitled to restitution for unlawful detention, in contrast to the lines of several European Union countries, seeks to outline several cases of acquittal or extinction of the proceedings and provide grounds to overcome the archaic jurisprudential guidance Courts that has denied the right to compensation to remand.

Keywords: restitution, compensation, unlawful pretrial detention, discount.

1. Introdução

Tanto a prisão cautelar¹ como a pena privativa de liberdade implicam a privação da

¹ Vide SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

liberdade pessoal do imputado, de maneira que desta identidade estrutural derivam determinados efeitos jurídicos: (a) o direito à indenização por privação injusta da liberdade; (b) a detração (cômputo) do tempo correspondente à privação de liberdade à título de prisão preventiva na futura pena porventura resultante de sentença condenatória.

2. A indenização Estatal por prisão cautelar injusta

Filangieri, em 1821, na sua obra clássica “*A ciência da Legislação*”, teve o mérito de propor a reparação do ilícito por prisão injusta². Posteriormente, os primeiros juristas que se ocuparam da questão do fundamento do direito à reparação por prisão injusta foram os criminalistas franceses que reconheciam o título do Estado a reparar as vítimas de erro judiciário na responsabilidade contratual derivada do ‘pacto social’, isto é, entre o Estado e o cidadão subsistiam obrigações recíprocas: o Estado tinha o direito de exigir do indivíduo o respeito à lei; este estava habilitado a reivindicar todas as vantagens que tal respeito deveria assegurar-lhe. Toda vez que os cidadãos violavam a lei eram por justo título acusados e punidos. Quando a respeitavam, como sucedia no caso de condenação imerecida, estavam autorizados a demandar contra o Estado que havia reconhecido erroneamente a obrigação a seu respeito e, portanto, adquiriam o direito de ser indenizado pelo dano sofrido³.

Na época contemporânea, é indubitável que uma medida privativa da liberdade injustamente sofrida e que produz um prejuízo ao preso preventivo, deve sempre gerar uma reparação⁴. Sempre que após uma prisão cautelar não resultar condenação ou esta tenha sido inferior ao tempo que tenha durado aquela medida, seja qual for a causa da absolvição, deve-se abrir as possibilidades de indenização⁵.

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 inocente⁶.

Mas essa consciência da responsabilidade do Estado e do Juiz nos casos de prisão cautelar injusta nem sempre foi idêntica. Sobretudo em épocas antidemocráticas e autoritárias, dava-se uma hipertrofia da responsabilidade disciplinar, dado que o interesse do poder não estava na reparação dos prejuízos causados aos particulares, mas sim no controle, o mais

² Cfe. VANNI, Roberto. La detenzione ingiusta. Il procedimento riparatorio. *RIDPP*, fasc. 2, abril-junho, 1999, p.655.

³ TURCO, Elga. *L’equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione*. Giuffrè Editore, 2007, p.1, nota 1.

⁴ GIUDICELLI, André. L’indemnisation des personnes injustement détenues ou condamnées. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, nº 1, 1998, p. 11.

⁵ MOVILLA ÁLVAREZ, Claudio. Responsabilidad del Estado y del Juez en los supuestos de prisión provisional injusta. In: VV.AA. *Detención y Prisión Provisional* (director Perfecto Andrés Ibáñez). *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 365.

⁶ Cfe. GIUDICELLI, André. *L’indemnisation des personnes injustement détenues ou condamnées*. p. 12.

férreo possível, do comportamento social e profissional do juiz em razão da incidência que dito controle podia determinar no exercício do poder jurisdicional. Por isso, não é em modo algum casual que a passagem da responsabilidade profissional à disciplinar, produzira-se progressivamente a partir do século XVI em conexão com a afirmação do Estado Absoluto e a burocratização do poder judicial. A fundamentação da responsabilidade disciplinar dos juízes é algo que também forma parte da ‘herança napoleônica’ e corresponde intimamente a esse modo de articular a organização judicial como ‘carreira’⁷.

2.1. A regulamentação na União Europeia

Superadas estas épocas, na atualidade, a garantia patrimonial do cidadão em relação aos prejuízos sofridos injustamente e derivados da atuação judicial está coberta diretamente pelo Estado segundo regulado em diversas normas de Convênios Internacionais.

Assim, o art. 5, § 5º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos estabelece que qualquer pessoa que tenha sido vítima de uma prisão ou detenção injusta em condições contrárias às disposições do art. 5º da CEDH deve ter um direito obrigatório à indenização. O direito à indenização parece considerar o aspecto mais amplo da ‘ilegitimidade’ das medidas adotadas. Geralmente, a reparação é devida também quando a restrição da liberdade resulte ‘injusta’ *a posteriori* –, ou seja, mesmo quando todas as condições legais da medida limitativa estivessem presentes no momento em que essa foi adotada – em razão de uma sentença absolutória ou de uma decisão de arquivamento⁸. A indenização pressupõe, portanto, que a violação de um dos parágrafos 1º, 2º, 3º ou 4º tenha sido estabelecida por uma autoridade nacional ou pelas instituições da Convenção. A circunstância de que a privação da liberdade tenha ocorrido em conformidade com as regras do direito interno não tem influência sobre a obrigação de indenizar⁹.

Igualmente, o art. 9, item 5, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – adotado em Nova Iorque pela Assembleia geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 –, dispõe que “toda pessoa que tenha sido ilegalmente detida ou presa, terá o direito efetivo a obter reparação”¹⁰.

⁷ MOVILLA ÁLVAREZ, Claudio. *Responsabilidad del Estado y del Juez en los supuestos de prisión provisional injusta*. p. 344-345.

⁸ Vide ‘Introductory Summary’, In: VV.AA. *Pre-trial Detention in the European Union. An Analysis of Minimum Standards in Pre-trial Detention and the Grounds for Regular Review in the Member States of the EU* (coord. A.M. van Kalmthout, M. M. Knapen, C. Morgenstern). Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2009, p.88 e ss.; VV. AA.: *Procedura Penali D’Europa* (dirección de Mireille Delmas-Marty; edición italiana a cargo de Mario Chiavario), Milán: Cedam, 1998, p.520.

⁹ SSTEDH, casos Wassink c. Holanda, de 27/09/2007, § 38; Karaduman e outros c. Turquia, de 17/06/2008, § 94; Balik c. Turquia, de 15/02/2007, § 28; MICHIELS, Olivier; CHICHOYAN, Daisy; THEVISSSEN, Patrick. *La détention préventive*, Anthemis, Louvain-La-Neuve, 2010, pp.158-159.

¹⁰ O PIDCP determina aos Estados membros a concessão do direito à reparação, nos termos da lei, nas hipóteses de restrição da liberdade pessoal qualificada *ex ante* ilegítima, diferenciando-a da indenização na hipótese de ‘erro judiciário em sentido estrito’, quando a condenação é anulada, ou é concedido indulto, a menos que se se lhe possa imputar, total ou parcialmente, não ter revelado oportunamente fatos desconhecidos (VANNI, Roberto. “La detenzione ingiusta. Il procedimento riparatorio”. *RIDPP*, fasc. 2, abril-junho, 1999, p.654; TURCO, Elga. *L’equa riparaçione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione*, pp.64-66; SANTORIELLO, Ciro. *La riparaçione per l’ingiusta detenzione*. In: VV.AA. *Le misure cautelari personali* (coord. Giorgio

A Recomendação Rec (2006) 13, de 27/09/2006, do Comité de Ministros do Conselho da Europa estabelece o direito à indenização de todas as pessoas presas provisoriamente e posteriormente absolvidas, *verbis*: “deve ser prevista uma indenização às pessoas presas provisoriamente que não sejam posteriormente condenadas pelo crime pelo qual foram colocados em prisão provisória. Esta reparação poderia cobrir a perda de rendimentos, perda de uma chance e danos morais” (item 34.1). Nenhuma indenização é devida quando ficar comprovado que a pessoa presa, com seu comportamento, contribuiu ativamente para a razoabilidade das suspeitas de que ela tenha cometido um delito ou tenha deliberadamente obstruído a investigação do alegado crime (item 34.2)¹¹.

O art. 10º da Convenção Americana de Direitos Humanos (*‘Pacto de San José’*) dispõe sobre o direito à indenização por erro judiciário: “Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença passada em julgado, por erro judiciário”, abrangendo a reparação dos danos e prejuízos derivados da injusta privação de liberdade e todos os demais que a decisão judicial houver ocasionado (por exemplo, dano moral pela lesão à honra e reputação)¹².

Também o Estatuto da Corte Penal Internacional (TPI), adotado em Roma em 17 de julho de 1998, com vigência no plano internacional desde 01/07/2002, e no plano interno brasileiro desde 2002, estabelece no § 1º, do art. 85 – sob a rubrica *‘compensation to an arrested or convicted person’* – o seguinte: “quem quer que tenha sido vítima de prisão ou detenção injusta terá um direito executável à indenização”¹³.

Não obstante, tais normas internacionais que conferem o direito a indenização por prisão injusta não constituem fontes diretamente aplicáveis no plano do ordenamento interno dos Estados, uma vez que preveem um genérico direito à reparação, sem ulteriores especificações sobre a disciplina de tal direito, não se prestando a uma aplicação imediata, mas assumindo somente o valor de um empenho por parte dos Estados contratantes a dar-lhe realização por meio de instrumentos dispostos pelo direito interno¹⁴.

Na União Europeia, vinte e sete Países incluíram nas suas legislações regras sobre indenização no caso de prisão preventiva *ilegal (unlawful)*, bem como em relação à prisão injustificada (*unjustified*). Apenas nove destes Países (Bulgária, Chipre, República Checa, Estônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Eslovênia e Reino Unido) não contém dispositivos legais sobre esta última situação¹⁵.

Spangher e Ciro Santoriello), Giappichelli, 2009, p.616.

¹¹ Vide, também, PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo. Os princípios estruturantes do processo penal português – Que futuro?, In: VV.AA. *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra editora, 2009, p.439.

¹² MINVIELLE, Bernadette. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el Enjuiciamiento Penal. *Doctrina Penal*, año 11, n.ºs 41 a 44, Depalma, Buenos Aires, 1988, p.111.

¹³ Vide TURCO, Elga. *L’equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione*, p.71 e ss. O Estatuto do TPI foi ratificado pelo Brasil em 06/06/2002, promulgado pelo Executivo pelo Decreto n.º 4388, de 25/09/2002, porém, até o momento, ainda não foi implementado a nível interno, apesar de que há projeto de lei elaborado em 2008 em tramitação.

¹⁴ APRILE, Ercole. *Le misure cautelari nel processo penale*. 2ª ed., Giuffrè, Milão, 2006, p.525.

¹⁵ Vide quadro comparativo em ‘Introductory Summary’. In: VV.AA. *Pre-trial Detention in the European Union*, p.89.

Em geral, tais disposições vigentes sobre indenização se referem, em essência, às situações em que uma pessoa que tenha sido considerada suspeita é considerada inocente ou que o fato não constitui um crime. Em alguns Países, como Áustria, Bélgica, Holanda e Espanha, o legislador ampliou o direito à indenização por prisão ilegal (*ex ante*) ao direito à indenização por injustificada prisão (*ex post*) naqueles casos onde o acusado foi mais tarde absolvido ou o procedimento foi interrompido¹⁶.

Paradigmáticas são as normas vigentes em alguns países da União Europeia, que regulam detalhadamente as diversas hipóteses tanto de cabimento quanto de exclusão do direito à indenização por prisão cautelar injusta¹⁷.

Na Espanha, o fundamento da indenização por prisão cautelar injusta tanto pode derivar de (i) *erro judicial ou jurisdicional* (art. 293 da ‘*Ley Orgánica do Poder Judicial*’ (LOPJ) de 01/07/1985) quanto de (ii) indenização de quem, depois de ter sofrido prisão preventiva, seja absolvido por inexistência do fato imputado (art. 294 da LOPJ).

A primeira hipótese de indenização por *erro judicial* consiste no erro crasso, por desatenção do juiz, com ou sem culpa, na fixação dos fatos ou na interpretação ou aplicação da lei não sustentável por nenhum método hermenêutico, que haja provocado conclusões fáticas ou jurídicas ilógicas ou irracionais.

A segunda hipótese de indenização configura um ‘*tertius genus*’ de responsabilidade objetiva do Estado cabível independentemente de se a decisão judicial foi errônea à época de sua decretação ou derivada de um funcionamento anormal da Administração da Justiça. Neste caso, a jurisprudência considerava incluído nesse dispositivo legal: (a) inexistência objetiva (na realidade fática) do fato delitivo imputado, inclusive por não constituir infração penal por ausência de tipicidade; (b) a inexistência subjetiva (jurídico-penal) do fato, ou seja, quando resulta indubitável a *impossibilidade de ter participado* no fato imputado ou (c) quando terceiro praticou o fato assim reconhecido na sentença.

Não obstante, recentemente o Tribunal Supremo da Espanha modificou sua jurisprudência a partir de 2010, aplicando a orientação do TEDH, segundo o qual não deve existir nenhuma diferença qualitativa entre uma sentença absolutória por falta de provas (v.g., não haver prova da participação do demandado nos fatos delituosos) e uma sentença absolutória resultante de uma constatação da inocência de uma pessoa sem nenhum tipo de dúvidas. Assim, o novo critério jurisprudencial restringe a amplitude da hipótese específica de erro judicial prevista no art. 294 da LOPJ, porém não deixa desprotegidas as situações de prisão preventiva seguida de sentença absolutória, qualquer que seja o motivo exposto pelo juiz penal, que devem ser apreciadas pela regra geral do art. 293 da LOPJ.

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência – bastante oscilante pela insuficiente regulação legislativa – exclui a indenização no caso de sentença absolutória por insuficiência de provas ou por *falta de provas* da autoria ou participação ou pelo reconhecimento de causas de exclusão da ilicitude, imputabilidade ou culpabilidade. Contudo, nestes casos não previstos em lei, não fica impedida a indenização com base no erro judicial ou por funcionamento anormal da administração da justiça com fundamento no art. 293, LOPJ, pois qualquer

¹⁶ Vide ‘Introductory Summary’. In: VV.AA. *Pre-trial Detention in the European Union*, pp.89-90 e *passim* em relação aos vinte e sete relatórios de cada País da União Europeia onde pode ser encontrada uma excelente informação sobre as regras para indenização aos presos preventivos.

¹⁷ Vide ‘Introductory Summary’. In: VV.AA. *Pre-trial Detention in the European Union*, pp.89-90 e 172.

hipótese de prisão preventiva indevida não pode ficar sem reparação por motivos de justiça material e constitucional da responsabilidade dos Poderes Públicos.

Por fim, em relação ao *procedimento* para obter a indenização, quando estiver fundada em *erro judicial* deve ir precedida de uma decisão judicial que expressamente o reconheça (art. 293.1 da LOPJ), diferentemente da indenização por danos baseada no *funcionamento anormal da Administração de Justiça*, que deve ser formulada diretamente ante o Ministério de Justiça (art. 292 da LOPJ), sem a exigência de uma prévia declaração judicial¹⁸.

Na Itália, a legislação concede o direito a obter uma equânime '*riparazione*' para todas as formas de prisão injusta ('*ingiusta detenzione*'), cujos pressupostos aplicativos são autônomos em relação às hipóteses de erro judiciário, incluídas: (a) a prisão em flagrante e o '*fermo*' (espécie de prisão temporária decretada pelo Ministério Público) consideradas *ex ante ilegítimas ou ex post* injustas; (b) o internamento a título de medida de segurança detentiva provisória, quando faltem os graves indícios ou ocorra uma causa de exclusão da pena, diversa da inimputabilidade, ou extintiva da punibilidade ou resulte omitida a verificação da periculosidade social. O legislador não impôs a comprovação de se a medida cautelar sofrida decorreu de um ato ilícito realizado pela autoridade judiciária com dolo ou culpa grave, pois comportaria um ônus da prova muito pesado para o requerente.

O direito à reparação é cabível em duas situações de injustiça da medida cautelar: (1ª) injustiça '*substancial*': hipóteses de privação da liberdade pessoal imposta legitimamente, mas considerada, *ex post*, objetivamente injusta em relação ao imputado inocente que, após ter sofrido um período de prisão cautelar – sem ter dado causa, por dolo ou culpa grave – tenha sido absolvido por sentença irrevogável (por ter sido comprovada a inocência ou pela insuficiência ou contradição probatória ou decisão de arquivamento): (a) pela inexistência material do fato; (b) por não ter cometido o fato; (c) o fato não constitui crime ou não está previsto pela lei como crime, por atipicidade ou quando a acusação postula a aplicação de normas ab-rogadas ou declaradas inconstitucionais; (d) o fato não constitui crime em razão de causas de justificação ou ausência do elemento psicológico; (e) prisão provisória a pedido de Estado estrangeiro em relação ao qual se comprova sucessivamente a falta de jurisdição. Em tais hipóteses, não importa saber se o decreto cautelar parece legítimo na perspectiva judicial, nem pressupõe erro ou ilegalidade de parte do juiz que decretou a medida, pois o que conta é o resultado final e como o imputado sofreu uma custódia objetivamente iníqua, tem direito à reparação; (2ª) injustiça '*formal*' ou '*ilegitimidade*' da detenção: esta hipótese de reparação pressupõe uma violação da lei – não necessariamente dolosa ou culposa, mas objetivamente tal – e, portanto, prescinde do êxito do processo em relação ao imputado, não importando se sucessivamente condenado ou absolvido por qualquer causa, desde que tenha sido comprovado por decisão irrevogável que a medida foi decretada ou ilegitimamente mantida

¹⁸ Vide SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia, 2003, p. 192 ss.; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*, p. 296; ARANDA ESTÉVEZ, José Luis. La responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la aplicación de la prisión provisional. In: VV.AA. *Régimen jurídico de la prisión provisional* (coord. Alberto Dorrego Carlos), Sepín, Madrid, 2004, p. 396 e ss.; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *La responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la administración de justicia*, La Ley, Madrid, 2012, p.45 e ss., 71 e ss. e 99 e ss.; FANEGO, Coral Arangüena. Reforma penal de 2010 y Medidas Cautelares Personales privativas de libertad. In: VV.AA. *Temas Actuales en la persecución de los hechos delictivos* (dir. Raquel Castillejo Manzanares), coord. María Jesús Sande Mayo, La Ley, Madrid, 2012, p.74 e ss.; DE CABIEDES, Pablo Gutiérrez. *La Prisión Provisional*, p. 295 e ss.

sem as suas *condições legais de aplicabilidade* referentes aos graves indícios de culpabilidade ou quando existente uma causa de não punibilidade ou de extinção do delito ou da pena ou, ainda, porque a medida foi adotada em relação a um crime cuja pena não permitia a limitação da liberdade, resultando *‘in re ipsa’* a sua ilegitimidade ou *‘injustiça formal’*. Inclui-se aqui a reparação dos danos decorrentes da violação do direito à duração razoável do processo penal. Porém, certas causas impedem a reparação: (a) quando a detenção cautelar sofrida injustamente tenha sido computada em detração da pena do imputado que foi condenado ou legitimamente imposta, no mesmo ou em outro processo, ou sofrida por força de outro título (submissão simultânea de duas medidas cautelares, de idêntico conteúdo, uma das quais injusta ou ilegítima); (b) quando a custódia cautelar foi imposta antes de superveniente ab-rogação da norma incriminadora em razão de *‘abolitio criminis’*; (c) o imputado tenha *‘dado causa’* ou concorrido a dar causa, por dolo ou culpa grave, à injusta custódia cautelar. Porém, a opção pelo silêncio não pode ser considerado um comportamento doloso ou por culpa grave, porque o direito ao silêncio representa uma garantia cuja utilização não pode constituir objeto de valoração negativa; (d) na hipótese de sentença condenatória, ainda que seja pena pecuniária ou de duração menor que a prisão cautelar sofrida; (e) quando tenha sido concedido o benefício do *‘sursis’*; (f) nos casos de sentença absolutória ou decisão de arquivamento por falta de uma condição de procedibilidade ou em face de uma causa de extinção do delito, pois nestes casos não existe a possibilidade de qualquer valoração sobre a injustiça da custódia¹⁹.

Na França, se admite a indenização *integral* e de caráter automático de todos os prejuízos morais e materiais causados por prisão provisória injusta no curso de um processo concluído com uma decisão definitiva de arquivamento ou de absolvição. A indenização é normal e indispensável uma vez que resulta de um *mau funcionamento da justiça*. A reparação por prisão injustificada ocorre por intermédio de um procedimento de indenização especial e, além disso, existe a possibilidade de ajuizar uma ação de responsabilidade contra o Estado por culpa do serviço público. A indenização por prisão provisória injustificada: (a) constitui um direito que deve ser expressamente informado; (b) a indenização é automática (*in re ipsa*), sem necessidade de comprovar o dano, nas hipóteses já legalmente enumeradas no art. 149 e ss., do CPP, quando sobrevém uma decisão absolutória porque o fato não constitui crime ou que não estejam comprovados ou não sejam atribuíveis às pessoas acusadas ou na qual o juiz estima que os indícios de culpabilidade não são suficientes para submeter o imputado a julgamento, ou há exclusão da ilicitude ou causa extintiva da punibilidade (prescrição, anistia). Todo dano moral e material (perda de emprego, salário, problemas psíquicos, etc.) dá lugar à reparação, desde que haja relação causal com a detenção. O fundamento tradicional da

¹⁹ TURCO, Elga. *L’equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione*, pp. 2-26 e 117 e ss.; APRILE, Ercole. *Le misure cautelari nel processo penale*, p.523 e ss.; MOLINARI, Francesca María. *Considerazioni in tema di riparazione per l’ingiusta detenzione*, p. 984 ss.; LOZZI, Gilberto. *Lezioni di Procedura Penale*, 6ª ed., Torino: G. Giappichelli editore, 2004, pp.324-325; CORDERO, Franco. *Procedura penale*, 4ª ed., Milão: Giuffrè, 1998, pp.533-536; CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Compendio di Procedura Penale*, pp. 422-425; TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*, pp. 385-386; BEVERE, Antonio. *Coercizione personale. Limiti e garanzie*, p.269 ss.; GAROFOLI, Vincenzo. *Diritto processuale penale*, pp.257-258; CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale*, pp. 616-619; SANTORIELLO, Ciro. *La riparazione per l’ingiusta detenzione*. In VV.AA. *Le misure cautelari personali*, p.615 e ss.; VV. AA. *Procedure Penali D’Europa*, p.520; SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp.203-204, nota 545.

indenização estava apoiado na denominada falta grave (*'faute lourde'*), é dizer, inescusável, imputável ao serviço judiciário, mas se observa uma evolução direcionada a basear a responsabilidade Estatal na noção de *denegação da justiça* (*'déni de justice'*), que se encontra em plena expansão, e tem sido invocada para substituir a difícil prova da falta grave, *v. g.*, quando a demora em julgar é excessiva ou o juiz tenha agido irrefletidamente em comparação com um juiz consciente de suas responsabilidades. Porém, está *excluída* a indenização se a decisão de arquivamento ou de absolvição está fundada na irresponsabilidade, no caso de anistia posterior à prisão preventiva, na prescrição da ação pública após a liberação da pessoa se esta foi detida simultaneamente por uma outra causa, no caso de absolvição fundada em irresponsabilidade por doença mental, ou de autoacusação voluntária ou se deixou acusar injustamente para proteger o verdadeiro autor do fato criminoso imputado ou, ainda, se absolvido de um crime de estupro é condenado por um delito conexo de agressão sexual pelo qual a detenção provisória poderia ser imposta²⁰. Entretanto, nenhuma reparação está prevista no caso de medida de controle judiciário sócio-educativo²¹.

Na Bélgica, a legislação estabelece duas hipóteses de indenização de acusado injusta ou culposamente privado de sua liberdade: (a) a primeira hipótese, que poderia ser denominada *anticonvencional*, está prevista no art. 27 da Lei de 13 de março de 1973, com as modificações da Lei de 30/12/2009, em vigor desde 25/01/2010, e confere um direito à reparação, submetido à jurisdição civil, previsto expressamente pelo § 5º, art. 5º, CEDH, que será exercido contra o Estado Belga, na pessoa do Ministro da Justiça, para qualquer pessoa privada da sua liberdade com violação do art. 5º da CEDH; (b) a segunda hipótese, prevista no art. 28, permite à pessoa que foi detida injustamente de obter reparação no caso de *prisão preventiva ineficaz* ou *inoperante ou desnecessária*. A prisão preventiva *regular* ou *legal*, mas que é saldada sem que resulte condenação efetiva, abrange a noção de prisão preventiva *inoperante* ou *ineficaz*. A legislação exige duas condições cumulativas necessárias para uma eventual indenização: a duração da detenção, que deve durar mais de oito dias e a prisão ou sua manutenção não pode ter sido provocada negligentemente pelo próprio comportamento do detido, por exemplo, declarações contraditórias ou condutas que provoquem suspeitas. Este regime é supletivo, aplicando-se somente quando o requerente não ajuizar uma ação indenizatória perante as jurisdições ordinárias. O pedido indenizatório não é submetido à jurisdição civil, mas é encaminhada diretamente ao Ministro da Justiça. Se este se recusa a concedê-la ou se não decide no prazo de seis meses, é possível apelar para uma comissão administrativa, instalada especialmente para este fim, composta por dois magistrados e o vice-decano da Ordem dos Advogados²².

²⁰ GIUDICELLI, André: *L'indemnisation des personnes injustement détenues ou condamnées*, p. 11; GUINCHARD; BUISSON. *Procédure pénale*, pp. 828, 966-969 e 1097; FOURMENT, François. *Procédure pénale*, p.213; VARINARD, André. *Le détenu provisoire, op.cit.*, p.675; BOULOC, Bernard. *Procédure pénale*, p.706 e ss.

²¹ PRADEL, Jean. La Détention avant jugement em droit français. In VV.AA. *Pre-Trial Detention. Human rights, criminal procedural law and penitentiary law, comparative law/Détention avant jugement. Droits de l'homme, droit de la procédure pénale et droit pénitentiaire, droit comparé* (ed. P.H.P.H.M.C van Kempen), Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2012, p.386.

²² RANERI, Gian-Franco. Détention préventive inopérante. Évolutions récentes. In VV.AA. *Détention préventive: 20 ans après ?* (coord. Damien Vandermeersch e Benoît Dejemepe), Bruxelles: Larcier, 2011, p.112- 117; MICHIELS, Olivier; CHICHOYAN, Daisy; THEVISSSEN, Patrick. *La détention préventive*, pp.141-142; Vide 'Introductory Summary', in VV.AA. *Pre-trial Detention in the European Union*, pp.89-90 e

Ademais, a indenização é cabível nos seguintes casos: (a) decisão de absolvição transitada em julgado, mesmo que por falta de provas (*in dubio pro reo*). Não se exige mais que o acusado prove a sua inocência. Em virtude do princípio '*in dubio pro reo*', o qual constitui uma expressão particular do princípio da presunção de inocência, nenhuma diferença deve existir entre uma absolvição por *falta de provas* e uma resultante da constatação de inocência do acusado *sem qualquer dúvida*. Portanto, viola a presunção de inocência impor ao acusado a demonstração de sua inocência no caso de *extinção do processo* para pretender uma indenização. A legislação de 2009 suprimiu a exigência de prova da inocência, de modo a englobar qualquer *forma* e qualquer *motivo de extinção do processo*; (b) detenção à época em que já havia a prescrição da ação penal; (c) condenação por um fato que foi objeto inicialmente de uma *qualificação desproporcional* depois *desclassificada* para um crime que que um juiz prudente e diligente manifestamente não teria decretado a prisão preventiva, por exemplo, crime de homicídio qualificado desclassificado para homicídio culposo no trânsito²³. Por fim, a jurisprudência belga, por um lado, inclui a prisão extradicional e o monitoramento eletrônico assimilado à prisão preventiva para efeito de indenização, e, por outro lado, exclui a detenção sofrida por um estrangeiro após sua absolvição, por ordem do departamento de estrangeiros²⁴.

Em Portugal, a recente reforma do CPP de Portugal de 2007 estabelece a indenização por privação da liberdade ilegal ou injustificada nos seguintes casos: "1 – Quem tiver sofrido detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação pode requerer, perante o tribunal competente, indenização dos danos sofridos quando: (a) a privação da liberdade for *ilegal*, nos termos do n.º 1 do art. 220 [= detenção ilegal por estar excedido o prazo para entrega ao poder judicial; ter sido a detenção efectuada ou ordenada por entidade incompetente; ser a detenção motivada por fato pelo qual a lei não a permite] ou do n.º 2, do art. 222 [= prisão ilegal proveniente de ter sido efetuada ou ordenada por entidade incompetente; ser motivada por fato que a lei não a permite ou manter-se para além dos prazos fixados pela lei ou por decisão judicial]; (b) a privação da liberdade se tiver devido a *erro grosseiro* na apreciação dos pressupostos de facto de que dependia; ou (c) se comprovar que o arguido não foi o agente do crime ou agiu justificadamente. 2 – Nos casos das alíneas (b) e (c) do número anterior o dever de indenizar cessa se o arguido tiver concorrido, por dolo ou negligência, para a privação da sua liberdade". Além das duas cláusulas que constam do art. 225 do atual CPP (*ilegalidade e erro grosseiro*), o anteprojeto acrescenta *mais dois fundamentos* possíveis para o pedido de indenização: a comprovação de que o imputado *não foi agente do crime (nem a título de autor, nem como partícipe do crime) ou de que atuou justificadamente*. Essa comprovação pode decorrer de um despacho de arquivamento do inquérito ou de um despacho de impronúncia²⁵.

Na Alemanha, também na hipótese de prisão preventiva legalmente decretada durante a persecução penal, o § 2 da *Gesetz über Entschädigung für Strafverfolgungsmassnahmen*, concede direito à indenização. Se o imputado foi condenado, o Estado está obrigado, de um

172).

²³ SSTEDH, casos Tendam c. Espanha, de 13/07/2010, § 37; Capeau c. Bélgica, de 13 janvier 2005, § 25.

²⁴ RANERI, Gian-Franco. *Détention préventive inopérante*, pp.116 e 132-146; MICHIELS, Olivier; CHICHOYAN, Daisy; THEVISSSEN, Patrick. *La détention préventive*, pp.142-144.

²⁵ PIZARRO BELEZA, Teresa. *Prisão preventiva e direitos do arguido*, p.683.

modo geral, a indenizar pelo tempo passado em prisão provisória quando a condenação é suprimida em razão de *absolvição* ou atenuada em um procedimento revisional. A indenização está excluída, entre outras hipóteses, quando o imputado provocou dolosamente ou de maneira grosseiramente imprudente a medida de persecução penal ou quando deu lugar a ela devido a que se autoincriminou mendazmente em pontos fundamentais. Se o imputado foi absolvido ou arquivado ou não recebido pelo Tribunal de julgamento, se lhe deve conceder indenização por prisão preventiva ou internamento provisório ²⁶.

2.2. A regulamentação no direito brasileiro

O sistema jurídico brasileiro consagra a regra geral da *irresponsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais*.

Não obstante, o art. 5º, inciso LXXV, segunda parte, da Constituição Federal de 1988 estabelece a indenização no caso de *erro judiciário*: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Ao interpretar essa norma constitucional, um segmento doutrinário preconiza a necessidade de incluir a indenização por prisão cautelar injusta ou indevida com amparo em diversos argumentos ainda carentes de sistematização ante a falta de regulamentação da matéria²⁷.

É necessário distinguir três situações de indenização conforme seja decorrente de: (a) prisão cautelar ilegal; (b) prisão cautelar e subsequente desconstituição da condenação em ação de revisão criminal; (c) prisão cautelar injusta, que é a mais controvertida.

2.2.1. A indenização na hipótese de prisão cautelar ilegal

A indenização por prisão ilegal – seja de natureza cautelar, seja de prisão pena – está prevista expressamente pelo novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/01/2002) como ofensiva da liberdade pessoal. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido e se este não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso (parágrafo único, do art. 954, do CC /2002).

Pode incluir-se, por exemplo, entre as hipóteses de indenização estatal (responsabilidade objetiva por falha da administração) por prisão *ilegal*: (a) a permanência do preso encarcerado além do tempo fixado na sentença; (b) a prisão ilegal de pessoa inocente, por equívoco da autoridade, em razão de homonímia, falsa identificação, semelhança ou parentesco, ou em cumprimento de mandado de prisão revogado²⁸; (c) a prisão constitutiva de crime de abuso de

²⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, p. 512, GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El proceso penal alemán*, pp.224-225; PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo. *Os princípios estruturantes do processo penal português – Que futuro?*, p.439.

²⁷ FLACH, Norberto: *Prisão processual penal: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica*, pp.72-73, com indicações bibliográficas; NERY JÚNIOR, Nelson; DE ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*, pp.192-193 e 360-361.

²⁸ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*, 3ª edição, RT, 2005, pp.779-780; AgRg no Ag 1429216/MG, 1ª T., STJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 24/04/2012, DJe 04/05/2012; REsp 666822/RS, 5ª T., STJ, rel. Min. José

autoridade, quando o juiz deixa de ordenar o relaxamento da prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada ou quando levar à prisão e nela deter quem se proponha a prestar fiança, permitida em lei (art. 4º, letras ‘d’ e ‘e’, da Lei nº 4898, de 09/12/1965)²⁹; (d) prisão cautelar com *utilização injustificada* de *algemas* implica na responsabilidade civil objetiva do Estado pelo ato de seu agente ou autoridade, nos termos do verbete da Súmula Vinculante n. 11 do STF, segundo a qual “só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”; (e) prisão ilegítima do autor, motivada tão somente por *razões políticas*, resultando sua absolvição pelo Superior Tribunal Militar³⁰; (f) prisão em flagrante ilegal por cinco dias em caso de infração de menor potencial ofensivo, vedada pelo parágrafo único do art. 69, da Lei nº 9.099/ 1995³¹.

Contudo, o STJ surpreendentemente – por maioria de votos, vencido o relator, a nosso ver com a melhor tese – denegou a indenização em hipótese de prisão preventiva de Prefeito reconhecida como *ilegal* pela própria Corte por inobservância do contraditório inaugural (falta intimação para defesa prévia e ausência dos pressupostos legais do art. 312, do CPP), sob o argumento inconvincente de que a “prisão foi realizada dentro dos parâmetros legais, mesmo ante a pertinência da questão afeita à falta de intimação do ato judicial, o que mitiga o erro judiciário a ponto de não impor a indenização por dano moral”³².

2.2.2. A indenização na hipótese de revisão criminal

O Código de Processo Penal de 1941 contempla a indenização civil nas hipóteses de ação de revisão criminal (art. 621, CPP) de processos findos, quando a sentença condenatória ou absolutória imprópria aplicou medida de segurança: (I) for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; (II) se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; (III) quando, após a sentença, se descobrir novas provas de

Arnaldo da Fonseca, j. 26/04/2005, DJ 23/05/05, p.335: caso de prisão injusta de acusado de homicídio, praticado por homônimo; AgRg no AREsp 1.040/PE, 1ª T., STJ, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12/04/2011, DJe 25/04/2011; RESP 427560/TO, 1ª T., STJ, rel. Luiz Fux, j. 05/09/2002, DJ 30/09/2002, p. 204; REsp 1147513/SC, 2ª T., STJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 17/08/2010, DJe 28/04/2011; Ap. Cível n. 2000.04.01.134181-6/PR, TRF 4ª Região, 4ª T., rel. Des. Federal Valdemar Capeletti, rel. p/ acórdão Des. Federal Amaury Chaves de Athayde, j. 06/09/06; Ap. Cível n. 2002.72.08.004688-8/SC, TRF 4ª Região, 3ª T., rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 14/12/2004: prisão preventiva em razão de que o nome constava erroneamente no Sistema de Procurados da Polícia Federal.

²⁹ DE CAMPOS BARROS, Romeu Pires. *Processo Penal Cautelar*, p.515; CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*, 3ª edição, São Paulo: RT, 2005, pp.779-780; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo e Execução Penal*, pp. 866-867.

³⁰ Ap. Cível n. 2001.04.01.034962-9/PR, 3ª T., TRF 4ª Região, rel. Juiz Federal Fernando Quadros da Silva, j. 24/10/06.

³¹ Ap. Cível n. 1.0035.10.013334-3/001, 7ª Câmara Cível do TJMG, rel. Des. Washington Ferreira, j. 16/04/2013.

³² RESP 815004/RJ, 1ª T., STJ, rel. Min. José Delgado, rel. p/ acórdão Min. Francisco Falcão, j. 12/09/06, DJ 16/10/06, p.309.

inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

A indenização por danos morais decorrentes de prisão preventiva e de condenação desconstituída em revisão criminal (CPP, art. 630) constitui uma espécie de *responsabilidade civil objetiva do Estado* pela falta objetiva do serviço da Administração pública (*'faute du service'*), não se exigindo dolo ou culpa do magistrado³³.

Neste caso, o tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. O procedimento de reparação por injusta detenção, mesmo quando disciplinado no Código de Processo Penal, tem natureza civil e, por isso, incidem as normas do rito processual civil³⁴. Conforme disposto no art. 630, § 1º, do CPP, reconhecida essa indenização, o Tribunal se limitará a estabelecer o *an debeatur*, devendo ser promovida a liquidação no âmbito civil para apuração do *quantum debeatur*. Por essa indenização responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça³⁵.

A indenização não será devida se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como, *v. g.*, a confissão do imputado – salvo se decorrente de tortura ou outra forma de coação – ou a ocultação de prova em seu poder (alínea 'a', § 2º, art. 630 do CPP). Não há impedimento, porém, ao ajuizamento de ação de reparação de danos diretamente no juízo cível com fundamento no Código Civil.

2.2.3. A indenização na hipótese de prisão cautelar injusta

A doutrina ainda predominante afirma que, por se tratar de ato judicial típico, efetivo exercício da função jurisdicional, o Estado somente poderá ser responsabilizado se ficar provado o erro judicial, o abuso de autoridade, a ilegalidade do ato. Decretada a prisão cautelar nos termos e nos limites da lei, não há como responsabilizar o Estado porque não há nenhuma ilicitude no ato. A responsabilidade do Estado, de que trata o art. 37, § 6º, do CF, só é de admitir-se nas hipóteses de atos eivados de alguma ilicitude. Assim, mesmo que sobrevenha absolvição do preso por falta de provas, não tem essa decisão, por si só, o condão de transmudá-la em ato ilegal, capaz de respaldar pretensão indenizatória³⁶.

³³ RE 505393/PE, 1ª T., STF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 26/06/07, DJ 04/10/2007, DJ 05/10/07, p.717. O caso em julgamento era de um Reitor de Universidade Federal preso preventivamente e condenado por crime de peculato culposo, porém, posteriormente, eximido de toda responsabilidade pelo Tribunal de Constas da União e, em consequência, desconstituída a sentença condenatória em ação de revisão criminal (art. 630, inciso I, do CPP). Conforme mencionou o Ministro relator em seu voto, especificamente à revisão criminal, já em 1875, a França a estabelecia, e os seus grandes juristas, na época e no princípio do século XX, já se punham de acordo em ser um caso de responsabilidade civil, fundada no risco da atividade e da administração da Justiça. O problema sofreu, na Itália, o retrocesso da teoria de Rocco, que equipara o erro judiciário a uma calamidade pública, a um acidente e, conseqüentemente, só concede indenização àquele que fosse extremamente necessitado como mero ato de assistência social, doutrina que veio a incorporar-se ao Código de Processo Penal de 1930.

³⁴ SANTORIELLO, Ciro. La riparazione per l'ingiusta detenzione. In VV.AA. *Le misure cautelari personali*, p.618.

³⁵ BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*, p.699.

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p.253.

A jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal considerava que o decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário mesmo que o acusado, ao final da ação penal, venha a ser absolvido. Esse ato jurisdicional configura emanação da soberania estatal, razão por que não se iguala o juiz ao ato do administrador. A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei³⁷. No mesmo diapasão, o Superior Tribunal de Justiça vinha decidindo que a prisão cautelar, devidamente fundamentada e nos limites legais, ainda que o acusado seja absolvido por falta de provas, por não configurar erro judicial. A responsabilidade do Estado não é objetiva, dependendo da prova de que seus agentes (policiais, membro do Ministério Público e juiz) agiram com abuso de autoridade³⁸.

Não obstante, outras decisões recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça indicam uma tendência evolutiva direcionada a alterar essa orientação tradicional, conforme se deduz da ‘*ratio decidendi*’.

Em um desses precedentes, o STF admitiu a indenização em caso de prisão preventiva seguida de condenação, porém posteriormente desconstituída em ação revisional criminal, com fundamento na responsabilidade civil objetiva do Estado. O art. 5º, LXXV, da CF é uma garantia individual mínima que não impede que a lei ou eventuais construções doutrinárias venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses diversas das de erro judiciário *stricto sensu* por atos de jurisdição, tais como as hipóteses de prisão preventiva indevida por decisões errôneas por evidente *falta objetiva do serviço público* (*‘faute de service’*) *da administração da Justiça*, que não estão efetivamente previstas no art. 5º, LXXV, da CF³⁹.

Posteriormente, no precedente ‘*Bar Bodega*’, a Corte Suprema reafirmou a configuração de responsabilidade civil objetiva do Estado (art. 37, § 6º da CF), fundada na teoria do ‘*risco administrativo*’, na hipótese de decretação de prisão cautelar e subsequente arquivamento do inquérito policial por falta de qualquer participação ou envolvimento no fato investigado.⁴⁰

³⁷ RE 429518 AgR/SC, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª T., STF, j. 05/10/2004, DJ 28/10/04, p.707: caso de *absolvição por falta de provas* de homônimo de traficante. “I. - A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II. – Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário – C.F., art. 5º, LXXV – mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido”. Em seu voto, o Min. Carlos Velloso afirmou que *o ato jurisdicional é emanação da soberania estatal*, razão por que não se iguala o juiz ao administrador que, ao revés, exerce atos de execução lastreados pela legalidade, o que permite o amplo controle da atividade administrativa e a direta responsabilidade (objetiva) do Estado pelo funcionamento deletério do serviço público. Precedente citado: RE 219.117, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 20/10/1999; AI-AgR 465604 / RS, 1ª T., STF, Relator Min. Cezar Peluso, j. 21/02/ 2006, DJ 17/03/06, p.12: caso de absolvição por *atipicidade* da conduta.

³⁸ AgRg no REsp 945.435/PR, Min. Humberto Martins, DJe de 25.8.2009; REsp n. 1.169.029/PR, rel. Min. Herman Benjamin, j.17/02/2011; AgRg no REsp 1295573/RJ, 2ª T., STJ, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 27/03/2012, DJe 16/04/2012; AgRg no AREsp 182.241/MS, 1ª T., STJ, rel. Min. Ari Pargendler, j. 20/02/2014, DJe 28/02/2014; RESP 337225/SP, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., STJ, j. 25/03/2003, DJ 14/04/2003, p. 213: exercício regular da atividade estatal não pode ser capaz de gerar indenização, uma vez que as circunstâncias fáticas que envolveram a investigação davam suporte à atuação policial.

³⁹ RE 505393/PE, 1ª T., STF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 26/06/07, DJ 04/10/2007, DJ 05/10/07, p.717.

⁴⁰ RE 385943 AgR/SP, 2ª T., STF, rel. Min. Celso de Mello, j. 15/12/2009, DJe 19/02/2010.

Idêntica tendência também pode ser observada em dois precedentes recentes do Superior Tribunal de Justiça. No primeiro precedente, o STJ reconheceu que o Estado está obrigado a indenizar por danos morais a um acusado que fora submetido à prisão cautelar arbitrária ou indevida porque o *fato não constituía crime*. O fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser focado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados aos cidadãos, especialmente, o de ir e vir. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. A indenização por danos morais é uma compensação pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado. A responsabilidade pública por prisão indevida, no Direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV, da CF. A restrição preventiva da liberdade de alguém constitui situação equivalente à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário, regra constitucional expressa que obriga o Estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado pela sentença. A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar o mais comezinho direito fundamental à vida livre e digna. *A absolvição futura revela a ilegitimidade da prisão pretérita*, cujos efeitos deletérios para a imagem e a honra do homem são inequívocos (*notoria non egent probationem*). Trata-se de *responsabilidade civil objetiva* do Estado (art. 37, § 6º, CF) por ato jurisdicional danoso (voluntário ou involuntário), flagrantemente ilegal e atentatório não só à liberdade da pessoa, como a sua imagem, capaz de identificar danos morais cometidos por seus agentes, em face da prisão arbitrária. A responsabilidade do Estado decorrente da atividade judiciária é espécie do gênero responsabilidade do Estado pelo exercício do serviço público⁴¹.

No segundo precedente, o STJ reconheceu o direito à indenização por dano moral decorrente de prisão preventiva inicialmente considerada lícita, mas que se tornou ilegal por *excesso expressivo do prazo legal*. Em seu voto-condutor, o Min. Luiz Fux asseverou que a prisão preventiva, desde que preenchidos os requisitos legais, revela aspectos da tutela antecipatória no campo penal, por isso que, na sua gênese, deve conjurar a ideia de arbitrariedade. A coerção pessoal que não enseja o dano moral pelo sofrimento causado ao cidadão é aquela que se lastreia nos parâmetros legais. Ao revés, empreendida a prisão cautelar com *excesso de prazo*, ultrapassando o lapso legal em quase um décuplo, restando, após, *impronunciado o acusado por inexistência de autoria*, por ter trazido aos autos prova razoável de registro de sua presença em outro local, revela-se inequívoco o direito à percepção de indenização por dano moral, por violação do cânone constitucional específico, além de afrontar o princípio fundamental da dignidade humana. Em *obiter dictum*, acrescentou que ocorrendo prisão ilegal, em desatendimento aos pressupostos que a informam, com notória repercussão negativa pela mídia, cabe ao Estado o dever de indenizar, tendo em vista a responsabilidade objetiva consagrada na Carta Constitucional⁴².

⁴¹ RESP 220982/RS, 1ª T., STJ, rel. Min. José Delgado, j. 22.02.2000, DJ de 03.04.2000, RSTJ 134, pp.93 ss.; RJTJRS 210/29-48 (destaquei texto em itálico). Convém destacar que neste acórdão o STJ rechaça expressamente o usual, porém, equivocado argumento de que seriam irrelevantes circunstâncias posteriores à prisão, pois bastaria a constatação dos seus pressupostos formais aferidos considerando-se os indícios concomitantes à prisão.

⁴² RESP 872630/RJ, 1ª T., STJ, Rel. originário Min. Francisco Falcão, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, j.

A jurisprudência deveria evoluir ainda mais para reconhecer outras hipóteses de responsabilidade decorrentes de prisão cautelar injusta ou indevida – negadas pela jurisprudência predominante – sempre que sobrevier decisão de arquivamento, de extinção do processo ou qualquer espécie de sentença absolutória.

Com efeito, a tendência no direito comparado se inclina no sentido de ampliar, cada vez mais, a indenização no caso de prisão indevida. Se na decretação de uma medida cautelar ocorrer erro judicial ou funcionamento anormal da Administração de Justiça (= *'faute du service'*) e se produzir um prejuízo para o imputado, o Estado deverá indenizá-lo pelas consequências derivadas de tal prejuízo⁴³. A responsabilidade 'ressarcitória' do Estado por prisão injusta não é considerada necessariamente, por si só, nem um caso de responsabilidade dos juízes, nem de responsabilidade substitutiva do Estado que se acrescente ou substitua à primeira, mas, sobretudo, um caso de *responsabilidade direta e objetiva* (do aparato judiciário, separada da responsabilidade dos juízes) do Estado de indenizar quem se tornou vítima do 'erro judiciário', independente da existência ou não de dolo ou culpa do juiz⁴⁴. A responsabilidade por prisão preventiva injusta se configura, portanto, como uma hipótese autônoma e independente do erro judicial e do funcionamento anormal da administração, como uma responsabilidade não somente direta e objetiva, mas também necessária enquanto constatável de forma automática a partir do resultado do processo, se estendendo a todos os casos em que suceder privação de liberdade individual sem o amparo em condenação com definitiva aplicação de pena de prisão⁴⁵.

Mesmo que a medida cautelar de privação antecipada da liberdade tenha sido *corretamente* aplicada, é justo que o Estado de Direito assuma a responsabilidade pelos danos sofridos por imputados inocentes⁴⁶.

No sistema italiano, o direito à reparação equitativa está fundamentado na solidariedade como um instituto autônomo, um *tertium genus* entre ressarcimento e indenização, no qual a prova é *in re ipsa*, resultando da comprovação da mera existência do erro. Essa espécie de responsabilidade estatal qualifica-se como um verdadeiro e próprio direito subjetivo público, pois um ato do poder público, como o que determina a submissão do imputado à custódia cautelar não pode ser qualificado como ilícito, gerador de responsabilidade aquiliana, mas sim que nasce de um ato legítimo consubstanciado na medida restritiva da liberdade pessoal considerado como dano injusto diretamente pelo legislador. O instituto da reparação concernente aos direitos fundamentais da pessoa consistente no prejuízo decorrente de ter sido submetida a processo e injusta privação da liberdade pessoal cumpre uma *função solidarista* compensando a vítima dos sofrimentos morais e psíquicos ou das drásticas alterações pejorativas da própria vida, sofridas por causa da injusta detenção. O Estado tem a obrigação

13/11/2007, DJ 26/03/08, p.1. Esta decisão foi confirmada, por unanimidade, pela 1ª Seção do STJ: EResp 872630/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 26/11/2008, DJe 09/12/2008.

⁴³ MORENO CATENA, Víctor; GIMENO SENDRA, Vicente; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*, pp. 481-484; ASECIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*, pp. 175-176 y 185; ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, p.196.

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes irresponsáveis?* (trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1989, p.53 e nota 81.

⁴⁵ Vide: DE CABIEDES, Pablo. *La prisión provisional*, p.297; SOARES HENTZ, Luiz Antonio. *Indenização da Prisão Indevida*, São Paulo: Leud, 1996, p. 130.

⁴⁶ PEREIRA, Rui. *Entre o 'garantismo' e o 'securitarismo'*, 2009, p.261.

de restaurar os direitos fundamentais da liberdade e da dignidade humana da pessoa lesionada pelo erro cometido, ainda que não seja reconhecível uma responsabilidade atribuível ao órgão que adotou a medida. A obrigação estatal é congênita ao ineliminável *risco funcional da atividade da administração da justiça*; erro que denota a injustiça, de caráter objetivo, do provimento adotado pelo juiz. Em suma, o erro é reparado porque o cidadão tem direito a uma decisão jurisdicional ‘justa’, de modo que o direito à reparação representa uma reação do próprio ordenamento jurídico à injusta coação dos direitos fundamentais à liberdade e dignidade pessoal. O direito à reparação por detenção ilegal prescinde da ‘injustiça’ demonstrada *a posteriori* pelo conteúdo da decisão final e pode ser reconhecida inclusive no caso de condenação do acusado⁴⁷. O direito à reparação por injusta detenção não nasce *ex illicito*, mas sim de um *dever de solidariedade* que onera a coletividade em relação àqueles que sofreram uma *ofensa a um bem constitucionalmente garantido qual seja a liberdade pessoal*: o ordenamento jurídico consente a limitação da liberdade alheia quando isso seja necessário para a segurança da sociedade, mas simultaneamente sobre esta última grava a obrigação jurídica de pagar uma soma de dinheiro que restaure o sacrifício injustamente imposto ao indivíduo⁴⁸.

Nos casos de prisão preventiva legalmente justificada, mas tornada depois materialmente injusta, não é suficiente dizer, para arredar um dever ressarcitório do Estado, que aqueles que passam pela malha do judiciário depois de terem sido retidos durante tempo mais ou menos longo, não são sempre modelos de honra e de virtude; nem que a recusa da reparação é condição necessária para se evitar o descrédito da justiça penal; tampouco é legítimo afirmar que a prisão preventiva equivale sempre a um sacrifício especial e grave, pois isso implicaria a paralisação da atividade punitiva-preventiva do Estado⁴⁹. A responsabilidade por atos lícitos – afirma Canotilho – não poderá assentar-se num princípio exclusivamente publicístico, como é o da igualdade perante os encargos públicos, mas sim em um princípio jurídico material diverso como fundamento da noção privatística de *responsabilidade pelo risco*: a compensação entre as vantagens e as perdas derivadas de exercício de determinadas atividades⁵⁰. Portanto, o princípio da reparabilidade dos danos derivados de prisões preventivas injustas se fundamenta no fato de que, como a Constituição

⁴⁷ TURCO, Elga. *L'equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione*, pp. 2-26 e 117 e ss.; APRILE, Ercole. *Le misure cautelari nel processo penale*, p.523 e ss.; MOLINARI, Francesca María. *Considerazioni in tema di riparazione per l'ingiusta detenzione*, p. 984 ss.; LOZZI, Gilberto. *Lezioni di Procedura Penale*, 6ª ed., Torino: G. Giappichelli editore, 2004, pp.324-325; CORDERO, Franco. *Procedura penale*, 4ª ed., Giuffrè, Milão, 1998, pp.533-536; CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Compendio di Procedura Penale*, pp. 422-425; TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*, pp. 385-386; BEVERE, Antonio: *Coercizione personale. Limiti e garanzie*, p.269 ss.; GAROFOLI, Vincenzo. *Diritto processuale penale*, pp.257-258; CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale*, pp. 616-619; SANTORIELLO, Ciro. La riparazione per l'ingiusta detenzione. In VV.AA. *Le misure cautelari personali*, p.615 e ss.; VV. AA.: *Procedure Penali D'Europa*, p.520; SANGUINÉ, Odone: *Prisión provisional y derechos fundamentales*, pp.203-204, nota 545.

⁴⁸ SANTORIELLO, Ciro. La riparazione per l'ingiusta detenzione. In VV.AA. *Le misure cautelari personali*, p.618, com indicações bibliográficas.

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, pp.219-220.

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*, Livraria Almedina, Coimbra, 1974, pp.84-85; no mesmo sentido, DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*, São Paulo: RT 1994, pp. 178-180.

condiciona a expropriação da propriedade ao pagamento de uma justa indenização, não pode desproteger, então, a liberdade individual, situada axiologicamente no catálogo dos direitos fundamentais pelo menos em um plano igual ao da propriedade. A *expropriação da liberdade* não tolera, dentro das coordenadas da Constituição, um tratamento mais desfavorável que a expropriação da propriedade. Também aqui o legislador tem o dever, sob pena de inércia legislativa inconstitucional, de adotar as medidas necessárias à efetivação das imposições constitucionais⁵¹.

Destarte, ainda que tenha sido decretada conforme a Constituição Federal e a lei processual, a prisão cautelar implica na privação da liberdade do acusado, razão pela qual pode acarretar o dever Estatal de indenizar danos materiais e morais que sofreu, caso sobrevenha absolvição, por haver sido privado de sua liberdade, ainda que não tenha nenhuma ilegalidade no momento em que foi decretada, independentemente do fundamento (negativa de autoria e/ou materialidade, atipicidade da conduta, etc., inclusive na hipótese de absolvição por falta de provas, pela aplicação do princípio *in dubio pro reo*). Trata-se aqui de *responsabilidade objetiva* do Estado por *ato lícito* (art. 37, § 6º, da CF), similar à indenização devida em razão da desapropriação (também ato lícito praticado pelo Estado que, contudo, não o isenta de indenizar pelo dano que provoca ao direito fundamental de propriedade). Difere, portanto, da hipótese distinta da responsabilidade por ato ilícito, em razão de erro judiciário ou de o acusado ficar preso por tempo superior ao determinado na lei ou na sentença⁵².

Por conseguinte, a indenização por prisão cautelar indevida, fora dos casos em que ocorra um erro crasso pessoal do magistrado, apesar de se tratar de uma medida correta quando decretada de acordo com seus pressupostos legais (*fumus commissi delicti e periculum libertatis*) e as circunstâncias do caso e do momento, constitui uma hipótese claríssima de ‘*responsabilidade pelo risco*’, ou seja, de funcionamento normal da justiça, não importando eventual licitude do motivo⁵³. O Estado, por intermédio da sua atividade legislativa, ao possibilitar a prisão cautelar, aplicada ou mantida pelo Estado-jurisdição, *assume riscos na defesa dos interesses da coletividade*, e, tendo a custódia preventiva o sentido de antecipação do efeito definitivo da tutela estatal, na hipótese desta não se verificar enseja obrigação ao poder público. O fundamento da indenização por prisão indevida é a *assunção de responsabilidade, frente ao risco assumido* (teoria do risco administrativo)⁵⁴. Se a Constituição assegura a presunção de inocência e reconhece o direito de indenização ao réu que ficar preso além do tempo fixado na sentença, o tempo de prisão provisória deve merecer reparação: havendo uma *sentença absolutória*, o tempo de prisão cautelar será sempre maior do que o fixado na sentença⁵⁵. Seria incompreensível que, sendo injusta a prisão no que

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*, pp.221-223.

⁵² NERY JÚNIOR, Nelson; DE ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*, pp.192-193 e 360-361, com indicações bibliográficas.

⁵³ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. Prólogo, In MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *La responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la administración de justicia*, pp.20-21; SOARES HENTZ, Luiz Antonio. *Indenização da Prisão Indevida*, pp. 131-136.

⁵⁴ SOARES HENTZ, Luiz Antonio: *Indenização da Prisão Indevida*, pp. 188-189.

⁵⁵ SUANNES, Adauto Alonso S. “Indenização por prisão injusta”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 21, p. 246; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Prisão cautelar e o Princípio da Presunção de

exceder o prazo fixado na sentença condenatória, tenha sido menos injusta a prisão do réu que nela é mantido, se ao final vem a ser absolvido⁵⁶. Não se trata somente de erro judiciário, mas também de manter preso, por mais tempo que o devido, alguém que é considerado inocente, porém que sofreu privação de liberdade ainda que sob o rótulo ‘cautelar’⁵⁷.

O Código Civil, no parágrafo único, do art. 927, oferece um fundamento à obrigação de indenizar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade (incluída a do Estado) normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza (atividade jurisdicional), risco para os direitos de outrem (*responsabilidade pelo risco*). Com efeito, o jurisdicionado não pode ser obrigado a assumir o risco da atividade jurisdicional monopolizada pelo Estado, cabendo a este os riscos do sistema, é dizer, criado pelo próprio serviço ou atividade que, embora inicialmente lícito, se revela ao final injusto⁵⁸. Aliás, o inciso I, do art. 811, do CPC⁵⁹, estabelece a responsabilidade processual *objetiva* do autor de medida cautelar civil, independentemente da existência de má-fé, bastando a comprovação de prejuízo, quando a sentença no processo principal lhe for desfavorável.

Não obstante, a ausência de legislação infraconstitucional regulando especificamente a matéria da indenização no caso de prisão cautelar cria uma zona de insegurança jurídica, uma vez que a jurisprudência considera que a regra constitucional sobre erro judiciário não abrange propriamente as hipóteses de prisão provisória injusta, razão pela qual vem negando, na maioria dos casos, a indenização quando sobrevém sentença absolutória ou extintiva do processo penal.

Enquanto não houver, no Brasil, legislação nos moldes dos países da União Europeia reguladora dos casos de cabimento de indenização decorrente de prisão cautelar injusta, é indispensável fazer um esboço sistemático das diversas situações tomando como referência as hipóteses de absolvição ou de extinção do processo.

Assim, a indenização por prisão indevida será cabível quando:

a) estiver provada a inexistência do fato (art. 386, inciso I e 415 inciso I, ambos do CPP)⁶⁰;

Inocência. *Fascículos de Ciências Penais*, Sérgio Antonio Fabris editor, ano 5, vol. 5, nº 1, p. 24.

⁵⁶ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*, p.780.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo e Execução Penal*, p. 867.

⁵⁸ A tese do ‘risco social’ vem sendo defendida há bastante tempo por alguns autores como fundamento da indenização por prisão preventiva decorrente de erro judiciário: DE CAMPOS BARROS, Romeu Pires. *Processo Penal Cautelar*, *op. cit.*, pp. 513-514, invocando o magistério de José de Aguiar Dias; recentemente segue essa teoria, ALBRECHT, Luiz Vinicius. “O Dever do Estado de Indenizar a Vítima de Prisão Injusta”, RDCPC nº 30, 2004, p.158.

⁵⁹ Dispõe esse dispositivo, *verbis*: “o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida: I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável”.

⁶⁰ Cfe. CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*, pp.779-780; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, p.945; Apelação cível e reexame necessário nº 70008669137, 10ª Câmara Cível, TJRS, j. 16/09/2004, rel. Des. Luiz Ary Vesini de Lima: absolvição criminal por *inexistência do fato delituoso* e que gerou prisão indevida por estupro da sobrinha em razão de erro (falha na prestação do serviço, responsabilidade objetiva por atividade administrativa Estatal realizada pelo Poder Judiciário, com fulcro no § 6º, do art. 37, da CF, mas não por erro judiciário) dos agentes do Estado induzidos por laudo médico que apontava o desvirginamento da suposta vítima, o que posteriormente se verificou não ser verdadeiro.

b) estiver provado que o réu não concorreu para a infração penal (art. 386, inciso IV, e 415 inciso II, ambos do CPP)⁶¹, isto é, que o acusado *não foi autor ou partícipe do fato* cometido por outra pessoa⁶², v. g., porque comprovado um *álibi*, tal como expressamente previsto na legislação de outros países⁶³;

⁶¹ Cfe. SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, p.201; CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*, pp.779-780; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, p.945.

⁶² Nesse sentido: SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, pp.197-201; AI 798396/MG, 2ª T. STF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2010, DJe 05/11/2010; RE 385943 AgR/SP, 2ª T., STF, rel. Min. Celso de Mello, j. 15/12/2009, DJe 19/02/2010; RESP 872630/RJ, 1ª T., STJ, Rel. originário Min. Francisco Falcão, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, j. 13/11/2007, DJ 26/03/08, p.1. Esta decisão foi confirmada, por unanimidade, pela 1ª Seção do STJ: EResp 872630/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 26/11/2008, DJe 09/12/2008; caso de prisão processual e posterior absolvição pelo Tribunal do Júri porquanto evidenciado que o crime fora cometido por uma terceira pessoa: “1. A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5º, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização. 2. Assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido. A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar o mais comezinho direito fundamental à vida livre e digna. A absolvição futura revela a ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e a honra do homem são inequívocos (*notoria non eget probationem*)(...). O constituinte de 1988, dando especial relevo e magnitude ao *status libertatis*, inscreveu no rol das chamadas franquias democráticas uma regra expressa que obriga o Estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado pela sentença (CF, art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes a de quem submetido à prisão processual e posteriormente absolvido”(RESP 427560/TO, 1ª T, STJ, rel. Luiz Fux, j. 05.09.2002, DJ 30/09/2002, p. 204, que em seu voto declarou que “a situação de o cidadão ser submetido à prisão processual e depois absolvido, é equivalente àquela em que o Estado indeniza o condenado por erro judiciário ou pelo fato de este permanecer preso além do tempo fixado na sentença. Forçoso, assim, concluir, que quando preso preventivamente o cidadão e depois é absolvido, *in casu*, pelo Tribunal do Júri, também se configura situação em que houve erro judiciário, sem que tenha havido condenação”(RESP 434970/MG, 1ª T., STJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 26/11/2002, DJ 16/12/02, p.257); caso de prisão preventiva e posterior absolvição pelo Tribunal do Júri por *negativa de autoria* (Apelação Cível nº 2003.001.35541, 11ª CCível do TJRJ, rel. Des. Cláudio de Mello Tavares, j. 05/05/2004; Ap. Cível n. 121262-5/188, 4ª CCível do TJGO, rel. Dr. Sérgio Mendonça de Araújo, j. 29/01/2009, DJe 290 de 09/03/2009; Embargos Infringentes nº 347/2000, 5º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRJ, j. 08/11/2000, Revista de Direito, vol. 48, p.164 ss.; voto vencido Des. Odone Sanguiné, na Apelação Cível nº 70012375002, 9ª Câmara Cível, TJRS, j. 14/12/2005; absolvição pelo Tribunal do Júri por *negativa de autoria* (Ap. Cível nº 200300135541, TJRJ, 11ª Câmara Cível, rel. Des. Cláudio de Mello Tavares, j. 05/05/2004) ou de prisão em flagrante de *pessoa reconhecidamente inocente* (V Grupo de Câmaras Cíveis TJRJ, Embargos Infringentes nº 347/2000, j. 08/11/2000, Revista de Direito, vol. 48, p.164 ss.); Apelação Cível com revisão nº 247.809-5/2-00, 9ª Câmara de Direito Público, TJSP, rel. Des. Osni Souza, j. 22/04/2009: prisão preventiva e subsequente absolvição porque as vítimas, co-réus e testemunhas excluíram a participação do demandante no roubo, evidenciando a falha dos agentes públicos; Apelação Cível 70000519843, 5ª Câmara Cível, TJRS, rel. Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha, j. 21/06/00: “falsa imputação de crime e prisão indevida, demonstrados pela absolvição em sede criminal, com base no art. 386, I, do CPP. Gera indenização por dano moral”; Ap. Cível 597176387, 1ª CC, TJRS, rel. Des. Léo Lima, j. 10/06/98: “Autor, alvo de prisão preventiva injusta, equiparada a erro judiciário, pois absolvido no feito criminal que respondia por latrocínio, a par da identificação dos verdadeiros autores do delito, confessos e denunciados, há de restar ressarcido pelo dano moral sofrido. Artigos 5º, LXXV e 37, parágrafo 6º da Constituição Federal”.

⁶³ SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, p. 199; Voto vencido do Des. Odone Sanguiné, na Apelação nº 70006406748, 9ª Câmara Cível, TJRS, j. 20/07/2005; no mesmo sentido, Ap. Cível nº 130478, rel. Des. Ricardo Lewandowski, 9ª Câmara de Direito Público do TJSP, j. 24/09/2003; ARANDA ESTÉVEZ, José Luis. “La responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la aplicación de la prisión provisional”, *op.cit.*, pp. 396 e 413; DE CABIEDES, Pablo. *La prisión provisional*, Aranzadi, Navarra, 2004,

c) inexistência de prova da autoria ou participação criminal e subsequente prisão cautelar⁶⁴.

d) existirem circunstâncias excludentes da ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento de dever legal) ou da culpabilidade (erro de proibição, coação irresistível e obediência hierárquica, inimputabilidade e embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou força maior). Por analogia, conforme jurisprudência consolidada, cabe incluir também a inexigibilidade de conduta diversa considerada causa suprallegal excludente da culpabilidade (art. 386, inc. VI, c/c art. 314 e 414, inciso IV do CPP)⁶⁵.

Convém destacar que no caso de inimputabilidade ou semi-imputabilidade que legitime inicialmente a medida alternativa de internação provisória (art. 319, inciso VII, do CPP) e superveniente sentença absolutória imprópria, com a imposição de medida de segurança, não é cabível indenização se posteriormente sobrevier a imposição de medida de segurança definitiva.

e) não constituir o fato infração penal (art. 386, inciso III; 397 e 415 inciso III, ambos do CPP)⁶⁶, por exemplo, fato atípico (ausência de tipicidade por falta de subsunção no tipo objetivo ou subjetivo) que não configura infração (crime ou contravenção) penal⁶⁷;

f) prolatadas sentenças absolutórias por *falta ou insuficiência de provas*:

p. 301.

⁶⁴ Nesse sentido há uma jurisprudência ainda incipiente mas que vai ganhando corpo: (a) RESP 872630/RJ, 1ª T., STJ, Rel. originário Min. Francisco Falcão, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 13/11/2007, DJ 26/03/08, p.1. Esta decisão foi confirmada, por unanimidade, pela 1ª Seção do STJ: EResp 872630/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 26/11/2008, DJe 09/12/2008; (b) “ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO JUDICIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. INDENIZAÇÃO. Caso em que escrevente de Tabelionato foi preso temporariamente em local de trabalho, com intervenção de órgãos da imprensa, em rua de grande fluxo de público, apesar de não haver qualquer prova contra ele na investigação criminal. Sua participação foi deduzida exclusivamente porque ele foi contatado, por telefone – em conversa interceptada pela polícia – por integrante de organização criminosa para lavrar uma escritura, ato de seu ofício. A tendência jurisprudencial no Brasil é de conceder indenização por erro judiciário apenas nos casos previstos em lei ou em caso de dolo ou culpa grave. Por conta disso, prisão provisória não implica dever de indenizar por parte do Estado, ainda que o indiciado venha a ser absolvido. Não obstante, se o erro do magistrado na avaliação da prova for evitável, e tenha causado dano anormal e grave ao jurisdicionado, não é razoável que ele suporte esses danos sem qualquer compensação, apenas porque derivam de ato judicial” (Embargos Infringentes n. 5014759-32.2010.404.7000/PR, 2ª Seção, TRF4, m. v., rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 18/05/2012).

⁶⁵ FUENTE ÁLVAREZ, Francisco: “El derecho a al indemnización em el supuesto de prisión preventiva seguida de sentencia absolutória”, In: *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 85, 21 de janeiro de 1993, p. 2, cfe. SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, p.199; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, p.945; voto vencido Des. Odone Sanguiné, na Apelação 70006406748, 9ª Câmara Cível, TJRS, j. 20/07/2005; CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*, pp.779-780.

⁶⁶ RESP 220982/RS, 1ª T., STJ, rel. Min. José Delgado, j. 22/02/2000, DJ de 03/04/2000, RSTJ 134, pp.93 ss.; RJTJRS 210/29-48.

⁶⁷ A falta de tipicidade penal do fato retira o fundamento da prisão cautelar, que somente poderá ser decretada se houver prova da existência do crime. A decretação de prisão preventiva por fato atípico é ilegal e gera direito à indenização (SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, pp.198-200, com indicações bibliográficas e jurisprudenciais do TS da Espanha). O STF, em razão da não admissibilidade do Recurso Extraordinário, rejeitou a possibilidade de discutir o cabimento de indenização no caso de prisão preventiva e absolvição posterior por *atipicidade* da conduta (AI-AgR 465604 / RS, 1ª T, STF, Relator Min. Cezar Peluso, j. 21/02/ 2006, DJ 17/03/06, p.12).

Há um grupo de situações legalmente previstas de sentença absolutória cujo fundamento comum reside na incerteza ou falta de provas sobre a inocência do acusado com aplicação da regra '*in dubio pro reo*': (i) se não houver prova da existência do fato (inc. II, do art. 386, e 414, ambos do CPP); (ii) não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal (inciso V, do art. 386 e 414 do CPP); (iii); se houver fundada dúvida sobre a existência de circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (inciso VI, *última* parte, do art. 386, do CPP); não existir prova suficiente para a condenação (art. 386, inciso VII do CPP). Nessas situações a doutrina e jurisprudência majoritária consideram incabível a indenização por prisão cautelar injusta⁶⁸.

Todavia, essa posição que rejeita a indenização nesse grupo de casos deve ser superada porque sua fundamentação não é convincente.

A distinção entre duas espécies de absolvição *viola o princípio constitucional da presunção de inocência* e o princípio *in dubio pro reo*. A presunção de inocência afirma-se e torna-se absoluta sempre que há absolvição, independentemente de tal decisão resultar de dúvida sobre quem praticou o fato, ou de haver a certeza de que não foi o imputado quem o cometeu ou de que o praticou justificadamente. *Ao exigir, como condição da indenização, a prova de que não foi o imputado que cometeu o crime ou de que ele atuou justificadamente*, está a transformar, neste aspecto da indenização, o princípio *in dubio pro reo* em *in dubio contra reum*. Em qualquer das hipóteses, o imputado é considerado inocente e, como tal, tem igual direito a ser indenizado. Inadmissível estabelecer distinções entre absolvições de primeira e absolvições de segunda categoria⁶⁹.

Essa vetusta distinção entre sentenças absolutórias de primeira categoria (aquelas em que se comprove a inocência do acusado ou a justificação da conduta), em relação às quais é cabível a indenização da prisão preventiva, e sentenças absolutórias de segunda categoria (aquelas em que não comprove a inocência do imputado, por exemplo, por força do funcionamento do princípio *in dubio pro reo*, ou a justificação da conduta), que não dão lugar à indenização, constitui um retrocesso à dogmática pré-liberal, anterior à Revolução Francesa, que distinguia entre vários tipos de absolvições. Das duas uma: ou o legislador indeniza todos

⁶⁸ Vide, por todos, STJ: "a prisão preventiva, quando fundamentada, não gera ao Estado obrigação de indenizar o acusado, em face da sua absolvição por insuficiência de provas, posto ser ato de persecução criminal que repousa em juízo provisório" (REsp 139980/MS, 1ª Turma, STJ, rel. Min. Garcia Vieira, j. 07/11/1997, DJ de 16/02/1998, p.38); AgRg no RESP 826814/RS, 1ª T., STJ, rel. Min. Francisco Falcão, j. 16/05/06, DJ 01/06/06, p.169; CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, pp.283-284. Contra, com acerto, reconhecendo a indenização, vide: Apelação Cível nº 852.523.5/3-00, TJSP, 3ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Magalhães Coelho, j. 03/02/2009: responsabilidade objetiva do Estado por ato lícito (art. 5º, LXXV, CF): prisão preventiva e posterior absolvição por falta de provas.

⁶⁹ TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª ed., Coimbra editora, 2008, pp.428-431; a doutrina brasileira vai ganhando corpo no sentido de que se não há restrição constitucional, à luz da presunção de inocência qualquer caso de absolvição previsto no art. 386 do CPP enseja reparação porque no final do processo a prisão cautelar mostrou-se indevida ou desnecessária (MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p.671). Em sentido similar, Dergint argumenta que se o acusado foi absolvido por insuficiência de provas, em virtude do princípio *in dubio pro reo*, a dúvida deveria beneficiá-lo, porquanto não se pode levar em conta suspeitas para recusar-lhe indenização pelos prejuízos causados. Ademais, seria contra a equidade criarem-se duas categorias de absolvição, uma prova de inocência, a outra simples declaração de incerteza (DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*, p.181).

os acusados presos preventivamente e posteriormente absolvidos, ou não pode indenizar nenhum acusado absolvido. O legislador não pode estabelecer diferenças de tratamento entre imputados absolvidos, uma vez que, por força de uma conquista da Revolução Francesa, todas as absolvições são iguais e a absolvição por força do *in dubio pro reo* não vale menos que qualquer outra⁷⁰.

Apesar de que o Tribunal Constitucional Português julgou constitucional a norma constante do nº 2 do artigo 225 do CPP, interpretada no sentido do não cabimento de indenização na hipótese de prisão preventiva aplicada a um imputado que vem a ser absolvido com fundamento no princípio *in dubio pro reo*⁷¹, diversos votos dissidentes seguiram orientação que consideramos mais correta e, de resto, conforme a recente jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos adiante mencionada.

Assim, o Conselheiro Vítor Gomes, por exemplo, declarou que na indenização por prisão preventiva decorrente de absolvição *não pode haver duas categorias de absolvidos*, os que o foram pelo funcionamento do princípio *in dubio pro reo* e os restantes. Ademais, não existe razão válida para que a indenização por privação injustificada da liberdade fique condicionada à existência de erro grosseiro na imposição desta. Nem sequer à existência de erro censurável no momento da aplicação. Essa restrição não existe no caso de danos causados a outros direitos fundamentais por atos lícitos do poder público, notadamente pelo sacrifício do direito de propriedade como sucede na expropriação por utilidade pública. Não se vê em salvaguarda de que valores haveria a Constituição de tolerá-la perante o sacrifício (materialmente) injustificado da liberdade. Seria incongruente admitir o dever de indenizar do Estado sempre que um ato do poder público afete lícitamente, para persecução do interesse público, os interesses patrimoniais do cidadão, deixando desprotegida a lesão, lícita, mas não menos gravosa, de um valor elementar como o da liberdade pessoal, ao sujeitar o ressarcimento dos danos decorrentes da prisão preventiva à prova de erro do aplicador do direito avaliável por referência à realidade processual no momento em que a decretou. A imposição da prisão preventiva está justificada para salvaguarda de outros valores constitucionalmente protegidos, como os da eficácia da justiça penal, da segurança e da própria liberdade individual dos demais membros da comunidade. Mas fazer recair o risco de a sua imposição vir a revelar-se objetivamente desnecessária, exclusivamente, sobre o indivíduo a ela sujeito, afigura-se uma restrição desproporcional do direito à liberdade individual porque não passa o teste da necessidade.

Com efeito, a prossecução dos valores que constitucionalmente justificam a restrição da liberdade autorizada pela Constituição alcança-se com a decretação judicial da prisão cautelar, de acordo com o regime legal e os pressupostos de fato que à data da sua imposição o processo revelava. E nisso se esgota. Não justifica que, em nome deles (ou dessa autorização constitucional para restringir), continue, depois da absolvição por falta de provas, a sacrificar-se o indivíduo que foi sujeito à medida cautelar, privando-o do ressarcimento dos prejuízos dessa prisão preventiva que a evolução do processo revelou ser materialmente injustificada,

⁷⁰ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo. Os princípios estruturantes do processo penal português – Que futuro? In: *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra editora, 2009, pp.438-439; PIZARRO BELEZA, Teresa. *Prisão preventiva e direitos do arguido*, p.684.

⁷¹ Acórdão n. 185/2010, 3ª Secção, rel. Conselheira Maria Lúcia Amaral, j. 12/05/2010, in , acesso em 06/07/2010.

em vez de repartir o seu custo por toda a comunidade em benefício de quem foi decretada. Pelo menos é excessivo (proporcionalidade em sentido estrito) que seja o imputado a suportar as gravosas consequências de uma decisão que, em nome de interesses opostos aos seus, teve de ser tomada perante prova indiciária que vem a revelar-se insubsistente, quando para esse sentido da decisão não tenha ele dado causa determinante, por qualquer comportamento processual doloso ou negligente.

A prisão preventiva lícita, mas que vem a revelar-se materialmente injustificada, não deixa de constituir uma lesão do direito de liberdade individual. A conformidade à lei e a correção de apreciação dos pressupostos de fato no momento da imposição da medida cautelar é o bastante para a privação da liberdade, mas não explica a privação da compensação pelo sacrifício. Negar indenização pelo sacrifício aos indivíduos particularmente atingidos por prisão preventiva que o desfecho do processo venha a revelar materialmente injustificada por receio de que isso possa induzir os juízes a um uso mais frequente da prisão preventiva, é adotar um meio que, à luz dos princípios do Estado de direito, tem de ser considerado, se não inadequado, pelo menos manifestamente excessivo para esse mesmo fim da tutela da liberdade⁷².

Também os votos vencidos dos conselheiros Maria Fernanda Palma e Rui Manoel Moura Ramos consideram que esta questão versa sobre uma ponderação de interesses que exige um dever de solidariedade. Se a Constituição admite em certos casos a sobreposição do interesse público ao individual, também tal princípio tem como geral contrapartida a ressarcibilidade da lesão dos interesses e direitos individuais. Assim acontece, de modo muito claro, na expropriação por utilidade pública (artigo 22º, nº 2, da Constituição) e se revela, igualmente, no âmbito da responsabilidade por atos lícitos das entidades públicas (artigo 62º, nº 2, e 22º, respectivamente, da Constituição). Tal princípio de reparação das lesões dos direitos individuais sacrificados num conflito de interesses em que o agente sacrificado não provocou a situação de conflito terá de valer inteiramente, por igualdade ou maioria de razão, quando o interesse sacrificado é o direito à liberdade. São os fundamentos do Estado de Direito baseado na dignidade da pessoa humana que justificarão esta solução. Nesta perspectiva não poderá ser aceitável um sistema de responsabilidade civil pela prisão preventiva, revelada injustificada *ex post*, devido à absolvição do imputado, que se baseie apenas na legalidade *ex ante* da sua aplicação em face dos elementos então disponíveis. Mesmo a mais perfeita justificabilidade da prisão preventiva numa perspectiva *ex ante* não pode, em nome do carácter absoluto de uma necessidade processual, sobrepor-se ao direito do imputado – que não deu causa a essa situação por qualquer comportamento doloso ou negligente – a ser reparado dos prejuízos sofridos nos seus direitos fundamentais. Mas, muito menos será aceitável uma restrição da relevância ao erro grosseiro, deixando-se sem qualquer indenização todos os casos de erro constatável *ex ante* (eventualmente por um jurista mais sagaz), mas que não atingem uma manifesta evidência. Não deve, assim, em geral, um juízo provisório sobre a culpabilidade do imputado ser mais valioso do que um juízo definitivo de absolvição, e em particular quando haja erro susceptível de ser *ex ante* configurado, justificando, em absoluto, os danos sofridos nos seus direitos. Isso limitaria, do ponto de vista das consequências, o valor da presunção de inocência. A esta razão de fundo acresce a da

⁷² Voto proferido no Acórdão n. 185/2010, 3ª Secção, Tribunal Constitucional de Portugal, rel. Conselheira Maria Lúcia Amaral, j. 12/05/2010, in www.tribunalconstitucional.pt, acesso em 06/07/2010), com fundamento em Maria Paula Ribeiro de Faria e Gomes Canotilho.

inexplicável desigualdade entre aquele que, sendo condenado, viria a ser compensado pelo período em que cumpriu a prisão preventiva, mesmo em caso de perfeita justificabilidade ‘*ex ante*’ de tal medida, através do desconto na pena de prisão em que seja condenado, e o imputado absolvido que não obteria qualquer compensação pela privação da liberdade se revelada *ex post* injustificada”.

Por outro lado, a obrigação jurídica de o Estado reparar os danos não patrimoniais (compensação) causados por uma privação da liberdade que, *a posteriori*, se veio a revelar como objetivamente injustificada, *não pode ficar dependente da existência de erro na apreciação dos pressupostos da prisão cautelar*. O dever jurídico de reparação impõe-se, mesmo que a decisão do juiz que determinou tais medidas seja irrepreensível e inteiramente justificada, pois, o que está em causa não é o juízo sobre razoabilidade ou irrazoabilidade da decisão, mas sim o fato objetivo – constatado *a posteriori* – de que alguém esteve privado da sua liberdade injustificadamente. A sociedade pode precisar ter de sacrificar a liberdade de uma determinada pessoa, mas *vindo a verificar-se que este sacrifício foi, objetivamente, injustificado, tem o Estado a obrigação de reparar tal sacrifício*⁷³.

Destarte, o pedido de indenização não deveria depender da comprovação positiva da inexistência de responsabilidade (por falta de imputação ou por funcionamento duma causa de justificação): *qualquer sentença absolutória deveria ter esse efeito, independentemente do fundamento da absolvição*. Se o Estado não logrou ultrapassar a dúvida razoável no julgamento ou não levou o caso tempestivamente a julgamento pela incidência da prescrição, deve responder civilmente pela privação da liberdade a que o acusado ficou submetido, porque ela só se justificava funcionalmente e o Estado falhou na realização dessas funções, notadamente porque a presunção de inocência nunca chegou a ser afastada por uma sentença penal condenatória transitada em julgado⁷⁴.

A jurisprudência reiterada e consolidada do Tribunal Europeu de Direitos Humanos estabelece que, em virtude do princípio ‘*in dubio pro reo*’, o qual constitui uma expressão específica do princípio da presunção de inocência, *não deve existir nenhuma diferença qualitativa entre absolvição por falta de provas e a resultante da constatação da inocência da pessoa sem qualquer dúvida*. A distinção entre absolvição completa e absolvição *in dubio pro reo* é contrária à presunção de inocência como *também é incompatível com este princípio ter duas classes de absolvição*. Sempre que uma decisão absolutória tenha transitado em julgado – mesmo que a absolvição tenha sido determinada pela regra *in dubio pro reo* –, qualquer rumor ou indicação de suspeitas de culpabilidade, incluindo as que foram expressas na motivação da absolvição, é incompatível com a presunção de inocência. Na verdade, as decisões de absolvição não se distinguem em função dos motivos que são cada vez sustentados pelo juiz penal. Pelo contrário, no contexto do § 2º do art. 6º da CEDH, o dispositivo da sentença de absolvição deve ser respeitado por qualquer autoridade que se manifeste de maneira direta ou incidental sobre a responsabilidade penal da pessoa. Portanto, o raciocínio que realiza uma distinção entre uma absolvição por falta de provas e uma absolvição resultante de uma constatação da inexistência dos fatos criminosos, ignora a absolvição prévia dos acusados, cujo dispositivo deve ser respeitado por toda autoridade judicial, sejam quais forem os motivos invocados pelo juiz penal. Ademais, a exigência de

⁷³ TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Sucessão de Leis Penais*. 3ª ed., pp.429-430.

⁷⁴ PIZARRO BELEZA, Teresa. *Prisão preventiva e direitos do argüido*, p.684.

que uma pessoa produza a prova da sua inocência no processo de indenização por prisão provisória é desarrazoada e revela uma violação da presunção de inocência⁷⁵.

Assim, uma vez reconhecida a indenização por prisão cautelar indevida serão indenizáveis os danos *patrimonial* e *morais* resultantes da perda da liberdade individual do cidadão⁷⁶. O dano é presumido pelo mero fato da vítima estar tolhida em sua liberdade de locomoção⁷⁷. Basta a aferição da indevida privação da liberdade individual *in concreto* para a imposição da obrigação ao Estado de indenizar o dano, ficando afastada a possibilidade de alegação de normalidade do dano e culpa da vítima⁷⁸.

De qualquer modo, mesmo quando a legislação proclama a indenização por prisão provisória injusta, não é demais conclamar a responsabilidade ‘*metajurídica*’ do juiz nos casos de prisão provisória injusta. O magistrado do Tribunal Supremo da Espanha, Movilla Alvarez, adverte que, se o Estado responde objetivamente pelos danos causados por erro judicial ou funcionamento anormal da Administração de Justiça, enquanto que o juiz responde por atos culpáveis, de maneira que ao prejudicado lhe será normalmente menos oneroso reclamar do Estado que acionar o juiz, pois em relação a este, se encontraria com o encargo adicional da prova da culpa, sem contar com o dado de que o patrimônio do juiz nunca poderá ser comparável aos recursos do Estado, não se podendo esquecer que os danos e prejuízos

⁷⁵ SSTEDH, caso Weixelbraun c. Áustria, de 20/12/2001, §§ 22-31; Sekanina v. Áustria, j. 25/08/1993, §§ 23-31; Asan Rushiti v. Áustria, j. 21/03/2000, §§ 24-32; Del Latte c. Holanda, n.º 44760/98, § 30, 09/11 2004; Capeau c. Bélgica, n.º 42914/98, § 25, 2005-I; Vassilios Stavropoulos c. Grécia, n.º. 35522/04, § 39, 27/09/2007; Tedam c. Espanha, j. 13/07/2010, §§ 37 e 39 e 41; TAIPA DE CARVALHO, Américo A. Sucessão de Leis Penais. 3ª ed., *op.cit.*, p.428, nota 545; PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo. Os princípios estruturantes do processo penal português – Que futuro?, *op.cit.*, pp.438-440; FANEGO, Coral Arangüena. Reforma penal de 2010 y Medidas Cautelares Personales privativas de libertad, *op.cit.*, pp.75-77. Na Inglaterra, a Corte de Apelações, em 11/05/2011, ampliou os casos de indenização por erro judicial, para abranger também os casos de nulidade da condenação do réu porque surgiram provas que, se tivessem sido apresentadas no julgamento, o corpo de jurados não teria decidido pela condenação. Por exemplo, condenação anulada porque os condenados conseguiram comprovar que o júri se baseou na confissão deles para dar o veredicto, mas havia indícios razoáveis de que eles só confessaram porque foram torturados por policiais. Doravante, portanto, não é mais necessário provar a inocência com a nova prova (Pinheiro, Aline. Justiça britânica amplia conceito de erro judicial. In www.conjur.com.br/2011, acesso em 12/07/2013). Todavia, em uma situação diversa das mencionadas, em que o TEDH negou o direito à indenização no caso de *condenação anulada* por insegura em razão de terem surgido novas provas de peritos médicos de que as lesões cerebrais sofridas pelo bebê podiam ter sido produzidas por outra causa diversa de chacoalhada ou impacto. Para o TEDH a linguagem usada por os tribunais internos não minou a absolvição do requerente nem o tratou de uma maneira inconsistente com sua inocência. Ao avaliar se havia um erro judicial, os tribunais não fizeram nenhum comentário, com base na prova, sobre se a requerente deveria ser, ou iria provável ser, absolvida ou condenada, ou se a prova era indicativa de culpa ou inocência da requerente, nem determinaram novo julgamento, pois a acusada já tinha cumprido sua pena quando sua condenação foi anulada, mas somente que a nova prova criou a possibilidade de que um júri poderia absolvê-la. Eles simplesmente reconheceram que um júri teria de avaliar a prova nova, teve um novo julgamento sido encomendado, ficando muito aquém de demonstrar acima de qualquer dúvida razoável de que tinha havido um erro judicial (Allen v. Reino Unido, Grande Câmara, de 12/07/2013, §§ 10-13 e 127-134).

⁷⁶ SOARES HENTZ, Luiz Antonio: *Indenização da Prisão Indevida*, pp. 152-153 e 190.

⁷⁷ SOARES HENTZ, Luiz Antonio: *Indenização da Prisão Indevida*, pp. 154-155.

⁷⁸ Em todo caso, a responsabilidade do Estado por prisão indevida autoriza o *regresso contra o causador do dano* (art. 37, § 6º, da CF), dependente esta ação regressiva de prova de conduta dolosa ou culposa, incidindo o princípio do *solve et repete*, consequência do fim da solidariedade entre o Estado e o causador direto do dano (SOARES HENTZ, Luiz Antonio: *Indenização da Prisão Indevida*, pp. 189-190).

originados pela atuação do Poder Judiciário e em particular os determinados por uma prisão que não se devia sofrer, não são resultado da atividade de uma impessoal organização defeituosa, mas sim *são manifestações do exercício pessoal do poder jurisdicional*. A circunstância de que o Estado responda pelos prejuízos derivados de uma decisão não justificada de privação de liberdade, não pode produzir nos juízes um determinado ‘efeito-escudo’ de irresponsabilidade, ao ter a segurança de que os danos terão a cobertura do Estado, nem levá-los a abdicar do cuidado extraordinário com que devem utilizar um instrumento que pode vulnerar a presunção de inocência e antecipar, ao menos no plano social, uma declaração de culpabilidade do preso preventivo. A privação da liberdade pessoal deve realizar-se com um cuidado extraordinário e com um *plus* de exigência na responsabilidade do juiz, prevenindo-se, sobretudo, contra as perigosas tentações que desviem a prisão provisória das finalidades atribuídas pela Constituição e pela legislação⁷⁹.

Portanto, impõe-se fazer uma chamada à autorresponsabilidade ‘moral’ do próprio juiz na utilização da prisão provisória, a sua *ética pessoal e profissional*, ao encargo de *sua missão constitucional de garante e defensor dos direitos fundamentais*. O *princípio de intervenção mínima* deve presidir também o ordenamento processual, evitando um determinado abuso da instituição por parte dos juízes, não só quanto à falta de motivação da decisão ou pseudolegitimada com uma fundamentação estereotipada, mas também em sua utilização para finalidades muito diferentes das que são inerentes à medida, como a de constranger ao imputado em busca de uma confissão ou, o que ainda é pior, como primeiro e antecipado ‘castigo’ do acusado ou com pretensões de ‘exemplaridade’ e defesa social, a fim de satisfazer a uma opinião pública que é alheia ao significado dos direitos constitucionais⁸⁰. Porém, cabe reivindicar igualmente a necessidade de o Estado responder não somente por eventuais condutas irresponsáveis de seus juízes, mas igualmente pelo fracasso das iniciativas da autoridade policial e/ou do representante do Ministério Público na decretação e manutenção abusiva da prisão cautelar com violação de direitos constitucionais fundamentais, alheios aos parâmetros de legalidade estrita, incentivando, assim, a corresponsabilidade na utilização do aparato coercitivo⁸¹.

Por fim, há outras hipóteses em que também é cabível a indenização por prisão injusta:

a) decisão de arquivamento de inquérito (art.18 do CPP) posteriormente à prisão cautelar⁸²;

b) decisão que rejeita a denúncia ou queixa por manifestamente inepta, por faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal ou faltar justa causa para o exercício da ação penal (art. 395, incisos I a III do CPP);

c) decisão que absolve sumariamente o acusado quando: verificar a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato ou da culpabilidade do agente – exceto a inimputabilidade –, ou que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou sentença

⁷⁹ MOVILLA ÁLVAREZ, Claudio. *Responsabilidad del Estado y del Juez en los supuestos de prisión provisional injusta*, pp. 369-370.

⁸⁰ MOVILLA ÁLVAREZ, Claudio. *Responsabilidad del Estado y del Juez en los supuestos de prisión provisional injusta*, p. 385.

⁸¹ LANFREDI, Luís Geraldo Sant’Ana. *Prisão Temporária*, p.242 e ss.

⁸² RE 385943 AgR/SP, 2ª T., STF, rel. Min. Celso de Mello, j. 15/12/2009, DJe 19/02/2010: arquivamento por falta de participação no fato que ensejou a prisão cautelar.

terminativa de mérito que reconhece a extinção da punibilidade do agente. (art. 397, inciso IV, do CPP), por exemplo, pela ocorrência da *prescrição*⁸³;

d) excesso de prazo expressivo de prisão cautelar⁸⁴;

e) arbitrariedade na decretação da prisão cautelar, *v.g.*, nulidade do decreto por falta de qualquer fundamento cautelar, como seria o caso de um juiz ou tribunal que decretasse a prisão provisória sabendo, de antemão, que não era cabível⁸⁵; prisão temporária decretada sem os requisitos ou fora do rol taxativo enumerado na lei⁸⁶; agentes policiais que adentram em residência, à noite, sem consentimento e sem mandado judicial, e realizam prisão ausentes os requisitos da prisão em flagrante⁸⁷.

Uma última especificidade pode ser feita em relação à responsabilidade pela adoção injusta de medidas cautelares aplicadas às pessoas jurídicas, especialmente a suspensão e encerramento de locais e estabelecimentos, que podem gerar-lhe danos patrimoniais vultosos. No caso de absolvição ou extinção do processo, a pessoa jurídica deverá ter direito a indenização, de forma análoga à estabelecida para a pessoa física que sofreu indevidamente uma medida de prisão cautelar⁸⁸.

3. Detração do período de prisão cautelar

A totalidade dos Países da União Europeia estabelece o desconto obrigatório do período de prisão cautelar da pena imposta na sentença, exceto o Reino Unido onde é facultativa a detração⁸⁹.

A Recomendação Rec (2006) 13, adotada em 27/09/2006, pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, estabelece alguns critérios para a dedução da prisão provisória da pena propriamente dita. Em primeiro lugar, “o período de prisão provisória anterior à condenação, onde quer que tenha sido cumprida, deve ser descontado do tempo de qualquer pena de prisão subsequentemente imposta” (item 33.1). Em segundo lugar, “qualquer período de prisão provisória pode ser tido em conta na determinação da pena imposta, quando esta não seja de

⁸³ Ap. Cível n. 2005.70.00.003465-4/PR, 4ª T., TRF 4ª Região, rel. Des. Federal Edgar Lippman Jr., j. 13/12/06, crime que já havia prescrito no momento da sentença condenatória; Apelação Cível nº 70044530343, 9ª Câmara Cível do TJRS, rel. Des. Marilene Bonzanini, j. 07/12/2011; Ap. Cível n. 70048575823, 9ª Câmara Cível do TJRS, rel. Des. Tasso Cauby Soares Delabary, j. 27/06/2012.

⁸⁴ RESP 872630/RJ, 1ª T., STJ, Rel. originário Min. Francisco Falcão, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 13/11/2007, DJ 26/03/08, p.1. Esta decisão foi confirmada, por unanimidade, pela 1ª Seção do STJ: EResp 872630/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 26/11/2008, DJe 09/12/2008; SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 198.

⁸⁵ SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, p.200.

⁸⁶ Apelação Cível n. 318335-68.2007.8.09.0051, 5ª CC, TJGO, Rel. Des. Francisco Vildon José Valente, j. 15/09/2011, DJe 959 de 13/12/2011.

⁸⁷ Ap. Cível n. 319507-79.2006.8.09.0051, 5ª Câmara Cível, TJGO, rel. Des. Alan S. de Sena Conceição, j. 24/02/2011, DJe de 05/05/2011.

⁸⁸ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Proceso penal frente a la empresa. In ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa*, 2011-2012, Madrid, 2011, p.219; IDEM. *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p.165.

⁸⁹ Vide ‘Introductory Summary’, in VV.AA. *Pre-trial Detention in the European Union*, pp.84-86.

prisão” (item 33.2). Por último, “a natureza e a duração das medidas alternativas previamente executadas poderá igualmente ser levada em conta na fixação da pena imposta” (item 33.3).

Segundo determina o art. 42 do Código Penal, computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.

A expressão ‘prisão provisória’ permite incluir qualquer modalidade de privação da liberdade ocorrida durante a fase processual, antes de sentença condenatória transitada em julgado⁹⁰, bem como na fase da investigação, tais como: a prisão temporária, a prisão em flagrante delito, a prisão preventiva em suas diversas espécies, incluídas a prisão domiciliar e a prisão extradicional, qualquer que seja o momento de sua decretação: decisão de pronúncia ou sentença ou acórdão condenatório recorrível. Também é possível a detração ou compensação de medidas cautelares alternativas à prisão, conforme já foi abordado no Capítulo Primeiro, item 10.7.

Conforme dispõe a nova redação do § 2º do art. 387 do CPP, determinada pelo art. 2º da Lei n. 12.736, de 30/11/2012, “o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade”.

A nova alteração legislativa traz algumas alterações sistemáticas importantes.

Em primeiro lugar, a nova lei, apesar de seguir permitindo o cômputo da internação não faz mais referência à “internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior”, ou seja, “hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado”. Destarte, sem a antiga remissão, fica mais evidente ainda que não só a medida de segurança, mas também a *medida alternativa* à prisão de ‘internação provisória do acusado’ (inciso VII do art. 319, do CPP) pode ser descontada da futura pena.

Em segundo lugar, a nova lei reforça ratifica o conteúdo do verbete da Súmula n. 716 do STF, segundo a qual “admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”. Assim, com a detração (cômputo) no momento da sentença condenatória também se previne que o condenado *cumpra pena em regime mais grave*.

Por último, a recente alteração legislativa consolida a jurisprudência do STF no sentido de que o tempo de cumprimento de prisão cautelar deve ser computado ou abatido com a finalidade de possibilitar ao condenado a *progressão de regime* ou *outro benefício da execução* penal.

3.1. Hipóteses de admissibilidade

É necessário distinguir entre as hipóteses de admissibilidade da detração do período de prisão cautelar e aquelas em que não é admissível tal cômputo.

⁹⁰ HC 10129/SP, 5ª T., STJ, j. 18/11/1999, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 07/02/2000, p. 168.

3.1.1. Cômputo do tempo de prisão preventiva extradicional

A Recomendação Rec (2006) 13, adotada em 27/09/2006, pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, define a prisão preventiva (*détention provisoire*/ *remand in custody*) como “qualquer período de detenção de um suspeito ordenada por uma autoridade judiciária e anterior à condenação”, incluindo, portanto, “também qualquer período de detenção resultante de regras relativas à cooperação judiciária internacional e à extradição, sujeitas às modalidades específicas que elas prevêm”(1.1.).

De acordo com o art. 91, inciso II, da Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), o Governo do Estado requerente deverá assegurar a detração da pena eventualmente imposta o período de tempo em que o extraditando estrangeiro esteve preso preventivamente no Brasil – no curso de inquérito, da ação penal e da extradição – por força do pedido formulado. O compromisso de cômputo do período de prisão decorrente da extradição deve ser assumido antes da entrega do preso, não obstante, contudo, a concessão da extradição. Essa exigência – originariamente estabelecida no Código Bustamante (art. 379), hoje fundada no Estatuto do Estrangeiro ou, quando houver, em tratado de extradição específico (como o Acordo de Extradição/Mercosul) – visa impedir que a prisão cautelar, no Brasil, quando decretada para fins extradicionais, culmine por prorrogar, indevidamente, o lapso temporal da pena de prisão a que estará eventualmente sujeito, no Estado requerente, o súdito estrangeiro⁹¹.

3.1.2. Cômputo do período de prisão temporária

Apesar da existência de opinião contrária, consideramos mais correto computar o período de prisão temporária, seja para efeitos de detração na pena⁹², seja para o cálculo do prazo máximo de duração da prisão cautelar, nos termos da Recomendação Rec (2006) 13, de 27/09/2006, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, que define a prisão preventiva (*détention provisoire*/ *remand in custody*) como “qualquer período de detenção de um suspeito ordenada por uma autoridade judiciária e anterior à condenação”, incluindo, portanto, “também qualquer período de detenção resultante de regras relativas à cooperação judiciária internacional e à extradição, sujeitas às modalidades específicas que elas prevêm”(1.1.). Nesse sentido, a doutrina e jurisprudência espanholas consideram que se computam os dias de privação de liberdade a título de *detención* (prisão policial)⁹³.

⁹¹ Ext 1275/DF, 1ª T., STF, rel. Min. Luiz Fux, j. 26/06/2012, DJe 15/08/2012; Ext 1255, República da Áustria, 1ª T., STF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 05/06/2012, DJe 28/06/2012; Ext 1259/DF, 1ª T., Rel. Min. Dias Toffoli, j. 22/05/2012, DJe 11/06/2012; Ext 1175/República Argentina, 1ª T., STF, rel. Min. Rosa Weber, j. 27/03/2012, DJe 30/04/2012; Ext 1162/República Italiana, Pleno STF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 17/03/2011, DJe 05/04/2011; Ext 1201/EUA, Pleno STF, rel. Min. Celso de Mello, j. 17/02/2011, DJe 15/03/2011, p. 01; Ext 1203/ República da Hungria, Pleno, STF, rel. Min. Celso de Mello, j. 02/12/2010, DJe 25/02/2011, p. 01; Ext 1162, República Italiana, STF, Pleno, j. 17/03/2011, DJe 05/04/2011, p.12; Ext 1171, Rep. Argentina, STF, Pleno, j. 19/11/2009, DJe 25-06-2010, p. 04; Ext 1082/República Oriental do Uruguai, Tribunal Pleno, STF, rel. Min. Celso de Mello, j. 19/06/2008, DJe 08/08/2008, p.09: o período de prisão cautelar para efeitos extradicionais, *ainda que em processo de extradição julgado extinto por instrução documental deficiente*, deve ser integralmente computado na pena a ser cumprida no Estado requerente.

⁹² QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Parte Geral*, 8ª ed., Editora Jus Podium, 2012, p.483.

⁹³ MADRUGA, Florencio de Marcos. In *Comentarios al Código Penal*, p.329; BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *Tratado de Derecho Penal*, p.1363.

3.1.3. Cômputo do período de prisão domiciliar

O período de prisão cautelar domiciliar constitui modalidade de prisão preventiva razão pela qual se computa para aferição do excesso de prazo⁹⁴, bem como na pena privativa de liberdade⁹⁵.

3.1.4. Cômputo do período de prisão cautelar decretada em outro processo em que ocorreu absolvição ou extinção da punibilidade de crime anteriormente cometido

Conforme interpretação sistemática do art. 42 do Código Penal c/c art. 111, da LEP, a jurisprudência admite a detração (cômputo) do período de prisão cautelar decretada em *outro processo* em que o sentenciado foi *absolvido* ou teve declarada a *extinção da sua punibilidade*, desde que o crime seja anterior ao período de prisão processual (vide, porém, o que será detalhado adiante no item 5.2.2.1).

Em síntese, admite-se a detração em relação a fato diverso daquele que deu azo à prisão processual, porém, não se aplica a detração em relação aos delitos praticados posteriormente à prisão provisória que se pretende ver computada. Essa interpretação é coerente com o que dispõe a Constituição Federal, que prevê a indenização ao condenado por erro judiciário, assim como àquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes a de quem foi submetido à prisão processual e posteriormente absolvido, pois não há indenização mais adequada para o tratamento de prisão provisória que se julgou indevida pela absolvição do que ser ele computado no tempo da pena imposta por outro delito⁹⁶.

3.1.5. Cômputo do período de prisão cautelar para alcançar o requisito temporal mínimo para obtenção de benefícios da execução

O período de prisão cautelar anterior à sentença condenatória pode ser computado para alcançar o requisito temporal legal mínimo de cumprimento de pena para obtenção dos benefícios da execução da pena: *progressão de regime prisional*, autorização para o *trabalho externo* (LEP, art. 112; CP, art. 35, § 2º e 36 e 37, LEP), concessão de *indulto* ou *livramento condicional*⁹⁷.

⁹⁴ HC 88018/ES, 2ª T., STF, rel. Min. Eros Grau, j. 05/09/06, DJ 24/11/06, p.89.

⁹⁵ HC 11225/CE, 5ª T., STJ, rel. Min. Edson Vidigal, j. 06/04/2000, DJ 02/05/2000, p.153.

⁹⁶ HC 188.456/RS, 5ª T., STJ, rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Des. convocado do TJ/RJ), j. 21/06/2012, DJe 02/08/2012; HC 146.542/RS, 6ª T., STJ, rel. Min. Og Fernandes, j. 15/02/2011, DJe 09/03/2011; HC 148318 / RS, 6ª T., STJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 03/02/2011, DJe 21/02/2011. O STJ também admite a detração de período de internação provisória de adolescente por ato infracional na pena de posterior crime de roubo cometido quando já atingida a maioridade, mas pelo qual restou absolvido pelo segundo grau, (RHC 12924 / RS, 6ª T., STJ, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 01/10/2002, DJ 04/08/03, p.425).

⁹⁷ HC 72565/AL, Pleno, STF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10/05/1995, DJ de 30/08/96, p.30605; HC 76524/RJ, Pleno do STF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 01/04/98, DJU de 29/08/03, p. 19; HC 68572, de 14/05/1991, Rel. Min. Néri da Silveira; HC 87801/SP, 1ª T., STF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 02/05/2006.

3.1.6. Cômputo do período de prisão cautelar na medida de segurança

Predomina o entendimento de que o desconto do tempo de prisão provisória somente terá o efeito de detrair o tempo do prazo mínimo de internação ou tratamento ambulatorial, para realização obrigatória do exame de averiguação de periculosidade ao termo do prazo mínimo, que varia entre 1 a 3 anos, mas não para reduzir a duração do prazo máximo da medida de segurança⁹⁸. Todavia, esse entendimento deve ser superado levando em consideração a identidade estrutural da privação da liberdade nas duas hipóteses, bem como a exigência de um limite máximo para o cumprimento das medidas de segurança. Razões de justiça material justificam o desconto do período de internação ou tratamento ambulatorial para reduzir o prazo máximo de cumprimento da medida de segurança estabelecido em 30 (trinta) anos pela jurisprudência do STF⁹⁹; ou o máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, ou aquele limite de 30 (trinta) anos, caso o máximo da pena cominada seja superior a este período, conforme segundo critério adotado pelo STJ, que consideramos mais correto¹⁰⁰.

3.1.7. Cômputo do período de prisão cautelar na pena restritiva de direitos

Apesar de não contemplada expressamente pelo art. 42 do Código Penal, consideramos acertado o entendimento predominante no sentido da admissibilidade da detração do período de prisão cautelar em relação às penas restritivas de direitos, por exemplo, limitação de fim de semana e de prestação de serviços à comunidade, para evitar que o condenado que tenha recebido penas restritivas mais brandas tenha um tratamento mais rigoroso. A nova redação do art. 44, § 4º., do Código Penal, reforça esta orientação na medida em que determina a dedução do tempo cumprido da pena restritiva de direitos no cálculo da pena privativa de liberdade convertida em razão do descumprimento injustificado da pena restritiva – respeitado o saldo mínimo de 30 dias de reclusão ou detenção¹⁰¹.

⁹⁸ REALE JÚNIOR, Miguel; ARIEL DOTTI, René; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*, Forense, Rio de Janeiro, 1985, p.123; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, pp.297-298; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*, p.270.

⁹⁹ HC 84219/SP, 1ª T., STF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16/08/05, DJ 23/09/05, p.16.

¹⁰⁰ Conforme a nova orientação das duas turmas do STJ, o art. 97, § 1º, do Código Penal, deve ser interpretado em consonância com os princípios da isonomia e da razoabilidade. Assim, a duração da medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado nem superar o limite de 30 (trinta) anos estabelecido no art. 75 do Código Penal, caso o máximo da pena cominada seja superior a este período (REsp 964.247/DF, 5ª T., STJ, rel. Min. Laurita Vaz, j. 13/03/2012, DJe 23/03/2012; HC 174.342/RS, 6ª T., STJ, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 11/10/2011, DJe 14/11/2011).

¹⁰¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da Pena*, RT, São Paulo, 2002, p.199; QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Parte Geral, op.cit.*, p.483; SILVA FRANCO, Alberto. *Código penal e sua interpretação. Doutrina e jurisprudência*, 8a. edição, 2007, p.282; DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal. Parte Geral, op.cit.*, p. 606; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*, vol. 1, 23ª ed., Atlas, São Paulo, 2006, pp.266-267; PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 1, Parte Geral, 5ª ed., ed., 2005, p.596; ID. *Comentários ao Código penal*, 8ª., ed., RT, p.2012; Ap. 314015-3/4, 3ª CC, TJSP, rel. Des. Gonçalves Nogueira, j. 08/08/2000, RT 783/627-629 (detração no caso de pena

Em relação ao critério do cômputo, segundo interpretação sistemática dos arts. 42, 46, § 3º, 55 do Código Penal e art. 111 da LEP, em harmonia com o princípio constitucional da *proporcionalidade*, o juiz deve ser descontar ou compensar *cada dia de prisão cautelar com cada dia de cumprimento de pena privativa de liberdade substituída*. Inadmissível, entretanto, por ofensa ao princípio da proporcionalidade, a técnica de transformação em horas do tempo em que o paciente ficou provisoriamente preso, abatendo a cada hora de prisão provisória uma hora de prestação de serviços à comunidade, para fins de detração do tempo de prestação de serviços à comunidade a ser adimplido, pois ensejaria impunidade. Uma vez realizada a detração, então, o juiz das execuções substituirá cada dia da pena remanescente por uma hora de prestação de serviços à comunidade¹⁰².

3.1.8. Cômputo do período de prisão cautelar na pena de multa

Embora um setor doutrinário considera que a pena pecuniária não seria suscetível de detração pela impossibilidade de conversão da multa em pena privativa da liberdade, segundo a nova redação do art. 51, do CP¹⁰³, consideramos admissível, por *analogia in bonam partem*, a detração (desconto) do tempo de prisão cautelar na pena de multa substitutiva ou originária imposta isoladamente na sentença, adotando-se o critério da equivalência de um dia de prisão em relação a cada dia-multa¹⁰⁴, com a redução do *quantum* de dias-multa¹⁰⁵ ou não terá nenhuma pena a cumprir¹⁰⁶. Este último critério é preferível desde a perspectiva do princípio constitucional da proporcionalidade entre castigo e pena e o princípio da igualdade (justiça material). Na hipótese em que a medida cautelar seja de distinta natureza (heterogênea) da pena imposta, é cabível não a detração, mas a compensação judicial reparadora – tal como previsto pelo art. 59, do Código Penal Espanhol –, considerando-se executada a pena imposta naquela parte que estime compensada. Assim, no caso da pena de multa é justo considerar que a pena pecuniária já está cumprida ou compensada pelo tempo de prisão provisória anteriormente cumprida¹⁰⁷.

restritiva de prestação de serviços à comunidade). Sobre a questão no direito espanhol, vide, SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, p.208 e ss.

¹⁰² HC 202.618/RS, 6ª T., STJ, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 19/06/2012, DJe 01/08/2012, confirmando acórdão da 3ª Câmara Criminal do TJRS, Agravo 70038270575, rel. Des. Odone Sanguiné, j. 10/02/2011; HC 134329/RJ, 5ª T., STJ, rel. Min. Laurita Vaz, j. 23/11/2010, DJe 13/12/2010; Agravo nº 70038292280, 3ª CC, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, j. 10/02/2011.

¹⁰³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*, p.270; Ap. 314015-3/4, 3ª Câmara Criminal, TJSP, rel. Des. Gonçalves Nogueira, j. 08/08/2000, RT 783/627-629.

¹⁰⁴ SILVA FRANCO, Alberto. *Código penal e sua interpretação*, p.283.

¹⁰⁵ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Parte Geral*, p.483.

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, p.299.

¹⁰⁷ RUBIO, J. de Lamo. *Penas y Medidas de Seguridad en el Nuevo Código*. Barcelona: Bosch, 1997, pp.49 e 228-234; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Teoría de la pena*. Akal/iure, Madrid, 1991, pp. 89-90; SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, p.209 e ss.

3.1.9. Cômputo do período de prisão cautelar na medida socioeducativa

Nos termos do § 2º do art. 46 da Lei n. 12.594, de 18/01/2012, “em qualquer caso, o tempo de prisão cautelar não convertida em pena privativa de liberdade deve ser descontado do prazo de cumprimento da medida socioeducativa” previstas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ou seja, a prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos, ou a internação em estabelecimento educacional.

3.2. Hipóteses de inadmissibilidade

Pelo contrário, em algumas hipóteses não é admissível o cômputo do tempo de prisão cautelar.

3.2.1. Cômputo do período de prisão cautelar decretada em outro processo onde ocorreu absolvição ou extinção da punibilidade por crime cometido posteriormente

Conforme entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais, somente é possível a detração (cômputo) do período de prisão cautelar em processo distinto (no qual tenha ocorrido absolvição ou extinção da punibilidade), desde que o delito pelo qual o sentenciado cumpre pena tenha sido cometido em data anterior à segregação cautelar, evitando a criação de um crédito de pena, não cabendo o desconto quando a conduta delituosa pela qual houve a condenação tenha sido praticada posteriormente ao crime que acarretou a prisão cautelar.

Portanto, inadmissível creditar-se ao réu, para fins de detração futura, o período de prisão provisória anterior ao fato criminoso que originou a condenação atual. Se fosse admissível a detração, o Estado concederia uma espécie de bônus ou ‘*conta corrente*’ de liberdade com a Administração da Justiça, gerando uma impunidade de posteriores crimes que repugna a lógica e os fins preventivos da pena. É surrealista admitir a possibilidade de o réu creditar-se de tempo de prisão provisória para abater na pena relativa a crime que eventualmente venha a cometer¹⁰⁸. Motivos de prevenção criminal e de segurança pública excluem a extensão da detração neste caso para não gerar, em que tem um período de prisão preventiva sobrando, um ‘crédito’ ou ‘saldo positivo’ em sua metafórica ‘conta corrente’ de liberdade com a Administração da Justiça. Isso seria um fator criminógeno para agir criminosamente no futuro, pois o sujeito poderia delinquir sabendo de antemão que não sofreria uma pena pelo crime posterior e, portanto, sem o freio inibitório que representa a

¹⁰⁸ HC 109599/RS, 2ª T., STF, rel. Min. Teori Zavascki, j. 26/02/2013, DJe 13/03/2013; HC 109519/RS, 1ª T., STF, rel. Min. Rosa Weber, j. 27/03/2012, DJe 16/04/2012; HC 111081/RS, 1ª T., STF, rel. Min. Luiz Fux, j. 28/02/2012, DJe 26/03/2012; HC 107158/RS, 2ª T., STF, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 07/02/2012, DJe 09-03-2012; HC 93979/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22/04/2008; HC 178.894/RS, 5ª T., STJ, rel. Min. Laurita Vaz, j. 13/11/2012; HC 177.321/RS, 6ª T., STJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 28/02/2012, DJe 12/03/2012; HC 178.129/RS, 6ª T., STJ, rel. Min. Og Fernandes, j. em 07/06/2011, DJe 22/06/2011; SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, pp.208-212.

ameaça e imposição de uma pena. Isso poderia equivaler a uma compensação em pena futura como se fosse um convite a delinquir, gerando uma impunidade que repugna à lógica e aos fins preventivos da pena¹⁰⁹.

Não obstante acertada em parte essa opinião, parece melhor especificar que somente se deveria excluir da detração as condenações por *crimes cometidos com posterioridade à sentença absolutória*. Assim, seria permitido o cômputo do período de prisão cautelar, desde que o crime seja anterior à *data em que o réu teve conhecimento da sentença absolutória* ou que tenha aplicado pena menor do que o período de prisão cautelar sofrida. *Somente a partir desse momento pode existir o prognóstico ou cálculo de conveniência delitiva baseado na impunidade*¹¹⁰. A questão não consiste tanto em que os fatos sejam anteriores ou posteriores ao ingresso em prisão cautelar do imputado, mas sim de que não se trate de fatos posteriores à sentença transitada em julgado cuja pena deva ser descontada. Até este momento não há razão alguma para pensar que a prisão preventiva descontável funcione ou possa funcionar como uma espécie de direito de crédito. Portanto, é mais correto que a limitação da detração se refira a processos por fatos criminosos posteriores ao trânsito em julgado da sentença absolutória, porque até então não existe certeza sobre a existência de prisão preventiva descontável¹¹¹.

Neste sentido, a jurisprudência espanhola, apesar do texto literal do art. 58.3 do Código Penal, que estabelece como única hipótese de cômputo de prisão preventiva sofrida em outro processo quando dita medida cautelar seja posterior aos fatos delitivos que motivaram a pena à qual se pretende descontar, realiza uma interpretação teleológica afirmando que o momento relevante não é tanto a data dos fatos que motivam a pena à qual se pretende descontar a medida cautelar, quanto *o conhecimento pelo condenado de sua absolvição ou imposição de uma pena por tempo inferior ao da prisão preventiva*. Conhecimento que deve referir-se ao da *sentença transitada em julgado*. Somente a partir de tal momento cabe dizer que o sujeito pode agir com sentimento de impunidade que constitui, em suma, o fundamento da limitação da exceção contida no art. 58 do Código Penal¹¹². Desta maneira, a inadmissibilidade da detração se restringe somente às hipóteses em que o réu já é conhecedor de sua situação e de suas possibilidades de cômputo para crimes futuros, pois, em tal caso, por motivos de prevenção do delito e de segurança jurídica, não deve ser-lhe descontada a prisão preventiva. Agir de forma distinta seria pouco menos que reconhecer-lhe um crédito, um direito de futuro a delinquir, o que geraria um sentimento de impunidade¹¹³.

¹⁰⁹ SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, pp.208-212.

¹¹⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo. *La prisión provisional*, p.291.

¹¹¹ BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *Tratado de Derecho Penal*, p.1364.

¹¹² MADRUGA, Florencio de Marcos. In *Comentarios al Código Penal* (coord. por Manuel Gómez Tomillo), Lex Nova, 2010, p.329.

¹¹³ MADRUGA, Florencio de Marcos. In *Comentarios al Código Penal*, p.329.

3.2.2. Cômputo do período de prisão cautelar para reduzir o prazo da suspensão condicional da pena

A detração não incide sobre o período probatório da suspensão condicional da pena. Se porventura revogado o ‘*sursis*’, nenhum desconto terá o período de prova em razão de anterior tempo de prisão provisória¹¹⁴.

3.2.3. Cômputo do período de prisão cautelar para reduzir o prazo prescricional

O período de prisão cautelar não pode ser descontado da pena concreta para redução do prazo prescricional, mas tão-somente para o cálculo de liquidação da pena. O art. 113 do Código Penal, segundo a qual “a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena”, por não comportar interpretação extensiva nem analógica, restringe-se aos casos de evasão do condenado e/ou de revogação do livramento condicional, não se referindo ao período de prisão cautelar para efeito do cálculo da prescrição. Destarte, a contagem do prazo prescricional deve ser contado da pena integral concretamente fixada na sentença, e não com base no saldo restante da pena a cumprir¹¹⁵.

3.2.4. Cômputo do período de liberdade provisória com restrições de direitos

A jurisprudência predominante considera inadmissível computar o período em que o acusado permaneceu em liberdade provisória, mesmo que contenha *restrições inerentes à essa medida de liberdade provisória* (v. g., *restrição ao direito de locomoção consistente na obrigação de comparecimento mensal a juízo*), pois além de não se enquadrarem na definição expressa do artigo 42, do CP, não correspondem às hipóteses autorizadoras da analogia. A privação ou restrição ao direito de ir e vir que, por analogia ao disposto no artigo 42, do CP, autoriza a detração é aquela que decorre da execução de pena propriamente dita como, v. g., a prisão em regime aberto e as penas restritivas de direitos¹¹⁶. Todavia, parece mais correto o entendimento de que na hipótese em que tenha sido imposta ao acusado medida restritiva da liberdade com severas restrições ao *status libertatis* de *locomoção* (proibição de ausentar-se da comarca, comparecimento período ao Juízo para assinar lista de presença) há de se efetuar a detração desse lapso temporal de liberdade com restrições¹¹⁷, equiparável, *mutatis mutandis*, a uma pena restritiva de direitos de prisão domiciliar, como forma razoável de *compensação* reparatória em face dos gravames consequentes do castigo antecipado.

¹¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, p.299.

¹¹⁵ HC 96287/SP, 2ª T., STF, rel. Min. Cezar Peluso, j. 31/03/2009, 22-05-2009, p.769; RHC 85217/SP, 1ª T., STF, rel. Min. Eros Grau, j. 02/08/2005, DJ 19/08/05, p.47; HC 193.415/ES, 5ª T., STJ, rel. Min. Gilson Dipp, j. 07/04/2011, DJe 28/04/2011; HC 128.650/SP, 5ª T., STJ, rel. Min. Laurita Vaz, j. 02/09/2010, DJe 27/09/2010.

¹¹⁶ HC 81.886/RJ, 2ª T., Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 14/05/2002, RT 806/466-468; RHC 17501 / SP, 6ª T., STJ, rel. Min. Paulo Medina, j. 23/08/2005, DJ 06/03/06, p.442; RHC 17697/ES, 6ª T., rel. Min. Hamilton Carvalho, j.18/08/2005, DJ 14/11/05, p.407; HC 25183-CE, 6ª T., STJ, Rel. Min. Hamilton Carvalho, DJ, 28.06.2004, p. 419.

¹¹⁷ HC 3109/RJ, 6ª T., STJ, j. 28/03/1995, rel. desig. Min. Vicente Leal, RT 732/574-612.

3.2.5. Cômputo do período de internamento provisório de adolescentes quando houver interrupção em caso de evasão

Na hipótese de internamento provisório de adolescentes, quando houver interrupção, tal como ocorre no caso de evasão, rompe-se a unidade do internamento provisório de adolescente, de modo que não se desconta o tempo de internação provisória, por isso seria inconciliável com a natureza protetiva (e não punitiva) da medida socioeducativa, limitada no máximo e, não, no mínimo de sua duração, que deve ser a estritamente necessária¹¹⁸.

¹¹⁸ HC 12595/SP, 6ª T., STJ, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 13/02/2001, DJ 13.08.2001, p. 277.