

# A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: O SUJEITO ENCARCERÁVEL E O ENCARCERAMENTO INDEVIDO DO SUJEITO<sup>1</sup>

Mateus Oliveira de Andrade<sup>2</sup>

André Augusto Cella<sup>3</sup>

## RESUMO

Este artigo versa sobre o regime de execução provisória da pena estabelecido a partir do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, pelo Supremo Tribunal Federal, e a responsabilidade civil do Estado por atos judiciais típicos daí decorrentes. Analisa-se o dever ou não de indenizar os indivíduos absolvidos pelas instâncias superiores que, em face de sentença penal condenatória em segunda instância, cumpriram provisoriamente a pena. Desenvolveram-se estudos acerca das ciências criminais, demonstrando-se os limites na intervenção estatal, pelo princípio da presunção de inocência, juntamente com a problemática que cerca os processos de criminalização e o cárcere. Ao final, conclui-se pelo dever de indenizar pela prisão pena de réu absolvido. Com o método de abordagem dedutivo, utilizou-se a consulta a livros, sítios eletrônicos especializados, entre outros. Usa-se os métodos de procedimento estruturalista, com operações cognitivas acerca da pena e da responsabilidade civil do Estado; e o funcionalista, analisando os fundamentos das ciências criminais e da intervenção estatal.

**Palavra-chave:** criminalização; execução provisória da pena; presunção de inocência; responsabilidade civil do Estado.

## ABSTRACT

*This paper focuses the systematic of provisional execution of a criminal condemnation established after de judgement of Habeas Corpus nr 126,292 by the Supreme Federal Court and the civil liability of the State for typical judicial acts like these. It analyzes the duty (or not) to indemnify individuals acquitted by higher courts, who, in the face of a condemnatory criminal sentence in second instance, having provisionally served their sentence. Studies on criminal sciences were developed, showing limits on State intervention, based on the principle of the presumption of innocence, together with the problems surrounding criminalization processes and prison. In the end, it is concluded that there exists the duty to indemnify the prison sentence of an acquitted defendant. With the deductive approach method, books, specialized electronic sites, among others, were used. Structuralist procedure method is used, with cognitive operations about the penalty and the State's civil liability; as well as the functionalist method, analyzing the foundations of criminal sciences and state intervention.*

---

<sup>1</sup> Pesquisa apresentada à Disciplina de Trabalho Final de Graduação II, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

<sup>2</sup> Acadêmico do 9º Semestre do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN). Endereço eletrônico: mateuslvandrade@gmail.com

<sup>3</sup> Advogado da União. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professor do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN). Endereço eletrônico: andreccella@gmail.com

**Keywords:** *criminalization; civil liability of the State; presumption of innocence; provisional execution of the sentence.*

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo analisar a (in)existência do dever de reparação cível pela intervenção estatal a partir do momento em que, em razão do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292 e das ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) de nº 43, 44 e 53, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) – tendo como objeto o dispositivo 283, do Código de Processo Penal –, entendeu-se pela possibilidade de determinar a prisão daqueles que estavam condenados por sentença penal recorrível às instâncias superiores, por entender que isso não feriria a presunção de inocência.

Durante o lapso entre 2016 e 2019, ocorria o cumprimento provisória da pena em razão de condenação não transitada em julgado, ou seja – a prisão dos indivíduos que ainda possuíam o direito de recorrer da decisão ao Supremo Tribunal Federal, em razão de recurso extraordinário, ou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), com a interposição de recurso especial.

Ocorre que, ao ser condenado por decisão recorrível, ainda é possível demonstrar error in procedendo à essas Cortes Superiores. Mesmo com a impossibilidade de estabelecer um debate acerca dos fatos, ainda é possível questionar erros formais durante a persecução criminal, podendo obter a absolvição, ainda que condenado anteriormente por sentença penal condenatória em segunda instância.

É pela inteligência do art. 283 do Código de Processo Penal que o Poder Legislativo determinou que o dever de cumprimento da prisão pena deveria ocorrer apenas após o trânsito em julgado. Isso se dá pela natureza protetiva das garantias constitucionais dirigidas ao acusado, na persecução criminal, evitando que indivíduos tenham sua liberdade cerceada sem um devido processo legal.

Nesse contexto, a criminologia crítica se encarrega de fundamentar o dever de respeito aos indivíduos, expondo problemas em relação aos processos de criminalização, como o encarceramento seletivo e, também, ao estado de barbárie que se estabelece no cárcere, no qual prisão surge como responsável pela marginalização e exclusão de “inimigos” do direito penal.

É importante a análise dos efeitos causados pelo entendimento fixado a partir do Habeas Corpus nº 126.292, concluindo acerca do direito ou não à indenização às vítimas pelo dano sofrido aos seus direitos de caráter constitucional e infraconstitucional. Para tudo isso,

utilizou-se do método dedutivo, com o auxílio da doutrina, de sítios eletrônicos especializados, entre outros.

Em relação aos métodos de procedimento, foram utilizados dois: o método estruturalista, pelo qual serão feitas operações cognitivas acerca da pena e da responsabilidade civil do Estado, visando uma resposta hermeneuticamente adequada face ao dano gerado pelo cumprimento indevido de pena crime; e, ainda, o método funcionalista, a fim de analisar os efeitos da decisão do STF.

O trabalho foi dividido em dois capítulos. No primeiro, apresentou-se delineamentos conceituais acerca da criminologia e das ciências criminais, importantes para a desconstrução da figura do “inimigo” e para a demonstração dos processos de criminalização, juntamente com estudos acerca das normas processuais penais, dos princípios que dão fundamento à persecução criminal e aos elementos que integram a possibilidade de prisão do indivíduo.

No segundo capítulo, trabalhou-se a responsabilidade civil do Estado pelos atos jurisdicionais típicos, buscando demonstrar o importante trabalho da doutrina brasileira acerca do tema, juntamente com a exposição do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena e os estudos que circundam a presunção de inocência.

Trata-se de uma pesquisa de temática atual, que se encontra adequada à linha de pesquisa do Curso de Direito da Universidade Franciscana, qual seja, “Teoria Jurídica, Cidadania e Globalização”, com o estudo acerca dos limites da intervenção do Estado na liberdade do indivíduo, sob risco de indenização pela atuação indevida do Poder Judiciário, mitigando garantias consolidadas no ordenamento jurídico em prol do poder punitivo.

## **1. INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO PODER PUNITIVO, DA CRIMINALIZAÇÃO E DO CÁRCERE**

O presente capítulo apresenta um estudo voltado, inicialmente, para o poder punitivo, acerca do delito e do chamado “criminoso”, demonstrando as ideias que permeiam a escola clássica liberal<sup>4</sup>, juntamente com a apresentação dos fundamentos da escola positiva, com o surgimento da criminologia positiva.

Posteriormente, surge estudos acerca da criminologia radical e das mazelas que cingem os processos de criminalização e o cárcere. Explica-se que os estudos desses fundamentos são

---

<sup>4</sup> O termo “Escola Clássica Liberal” torna-se, doutrinariamente, melhor apresentado como “classicismo”. Os autores que compõe esses estudos possuem uma característica de unidade metódica e ideológica, eram estudos que partilhavam semelhanças quanto ao objeto, mas, não integravam um bloco capaz de se chamar de Escola, sendo a terminologia estranhada à época.

necessários para demonstrar a violência que se estabelece através da ideologia penal vigente. A perseguição criminal em si já é conhecida como uma pena, diante de todo o trauma causado ao investigado, visto que a dogmática penal possui elementos de desigualdade de tratamento e o cárcere possui elementos de transformação social do sujeito.

Ao final deste capítulo, apresenta-se os componentes que integram as prisões cautelares e a prisão pena, para que se possa compreender as suas possibilidades, a fim de delimitar o uso dos referidos instrumentos durante a perseguição criminal.

Ocorre que, durante o decorrer deste capítulo, verificar-se-á a impossibilidade em trabalhar o delito e pena omitindo-se dos estudos que cercam o desenvolvimento da criminologia radical, sendo este um fator de desconstrução do discurso que legitima a barbárie no âmbito penal.

### 1.1. ESCOLA CLÁSSICA, PODER PUNITIVO E GARANTISMO

O pensamento iluminista do século XVIII realizou transformações em diversos campos do saber. Sabe-se que, por intermédio destes ideais, superou-se o absolutismo, com o nascimento do Estado Liberal, que consagra consigo a Escola Clássica Liberal onde se estabelecem importantes estudos durante o final do século XVIII e o início do século XIX.

Neste lapso temporal, houve fortes influências dos filósofos Cesare Beccaria em *Dei delitti e delle pene* (1764), Giandomenico Romagnosi com *Genesi del diritto penale* (1791) e *Filosofia del diritto* (1825) e por fim, ensinamentos de Francesco Carrara com a obra *Programma del corso di diritto criminale* (1859).

Nesta ideia, destaca Andrade (1997, p. 46-7):

A Escola Clássica se originou no marco histórico do Iluminismo e de uma transformação estrutural da sociedade e do Estado, inserindo-se, em seus momentos fundacionais, na transformação da ordem feudal e o Estado absolutista (“o Antigo regime”) para a ordem capitalista e o Estado de Direito Liberal na Europa, e se desenvolveu ao longo do processo de consolidação desta nova ordem.

A Escola clássica apresentava uma ideia de delito como a ação do delincente tendente a um comportamento de conflito com a norma estabelecida pelo Estado – norma que é legítima face ao contrato social –, estando presente na pena uma ideia de contraestímulo e de caráter educacional, pautada na noção utilitarista de que, em prol da defesa social, é possível punir aqueles que violam a paz estabelecida pela norma penal.

Assim sendo, definia-se que o delincente possuía autodeterminação e livre arbítrio, possibilitando a capacidade de confrontar a norma.

Assim introduz o assunto Santos (2019, p. 36):

A sistematização teórica desse racionalismo aparece, basicamente, nas obras de Hobbes, Montesquieu e Rousseau, e, de um modo geral, no conjunto do movimento Iluminista. A sua forma mais acabada surge na teoria do contrato social, cujos fundamentos utilitaristas podem ser expressos em duas ideias gerais: a) *recompensa da atividade útil*; b) *punição da atividade danosa*. A teoria do contrato social, como modelo ideológico da burguesia ascendente (que dá o critério do que é útil ou danoso), desdobra-se, a partir desse quadro utilitarista em um conjunto de postulados que definem o conteúdo ideológico da nova ordem social.

Cesare Beccaria um dos responsáveis pelo ingresso dos estudos acerca do delito em correlação com as ideias iluministas, partindo de fundamentos racionalistas e jusnaturalistas, apresenta garantias, como o devido processo legal, bem como fixando, através de concepções filosóficas, conceitos acerca das ciências criminais.

Conforme Baratta (2011, p. 33):

Podemos melhor dizer, neste primeiro período do desenvolvimento do pensamento penal italiano, assistimos a um processo que vai da filosofia do direito penal a uma fundamentação filosófica da ciência do direito penal. [...] Esta fase deliciosamente filosófica do pensamento penal italiano se abre com o pequeno e afortunadíssimo tratado *Dei delitti e delle pene*, escrito por Cesare Beccaria em 1764. [...] O contrato social está na base da autoridade do Estado e das leis; sua função, que deriva da necessidade de defender a coexistência dos interesses individualizados no estado civil, constitui também o limite lógico de todo legítimo sacrifício da liberdade individual mediante a ação do Estado e, em particular, do exercício do poder punitivo pelo próprio Estado.

Tais fundamentos revelam a origem do chamado Direito Penal Liberal, importante para a criação das garantias penais, processuais e constitucionais, vigentes até hoje e que constituíram fundamentos para a própria dogmática penal clássica.

Neste sentido, segundo Bettiol (1966, p. 23):

[...] circunscrever, do modo mais claro possível, as diversas figuras de crime, para que não houvesse a esse respeito incertezas sobre o significado penal da ação humana. Pode-se, na verdade, afirmar que foi a própria ação humana (abstratamente considerada) que constituiu o centro de toda investigação, porque a liberdade individual é garantida contra os riscos de uma intervenção estatal arbitrária, apenas quando as características e o significado penal da ação forem claramente definidos.

Apreende-se que este modelo clássico apresenta regras dotadas de racionalidade, produzindo um Estado que, conforme estas determinações legais, deve respeito às garantias dos acusados, se configura como uma concepção de direito penal do fato.

Há uma clara natureza utilitarista, mas formalmente igualitária, onde a liberdade somente será cerceada quando presente critérios racionais, realizados em face de comportamentos desviantes de indivíduos.

Com estes fundamentos, estabelece Santos (2019, p. 37 – 38):

O novo modelo organização social encontra sua contrafação na presença concreta de comportamentos desconformes aos postulados racionalistas e abstratos da teoria consensual: o comportamento desviante, ou contrário às normas da organização social. [...] O comportamento desviante das regras de organização social racional expressa um dissenso concreto dessas regras, e, nessa medida, apresenta-se como um ato irracional. O critério geral para a determinação da racionalidade da conduta é,

preciosamente, o da sua utilidade social prática, e o comportamento desviante dos parâmetros sociais racionais, sendo um concreto rompimento dessas normas qualificadas pela sua racionalidade, surge como atividade danosa e irracional, que exige uma forma de reação do sistema de organização social concretamente rompido: a reação punitiva.

Recorrendo-se aos estudos do filósofo Giandomenico Romagnosi, é possível introduzir a ideia de pena como contraestímulo face ao ato do delincente, integrando um caráter novo ao conceito de pena da época. Este se diferencia daquele de Beccaria quanto ao dever axiológico da pena, que está, para Beccaria, no contrato social pautado no utilitarismo, e para Romagnosi, o valor da pena está na defesa social.

Desenvolve Baratta (2011, p. 34 – 35):

As leis desta ordem social são leis da natureza que o homem pode reconhecer mediante a razão. O princípio essencial do direito natural é, para Romagnosi, a conservação da espécie humana e a obtenção da máxima utilidade. Deste princípio derivam as três relações ético-jurídicas fundamentais: o direito e dever de cada um de conservar a própria existência, o dever recíproco dos homens de não atender contra sua existência, o direito de cada um de não ser ofendido por outro. [...] a pena constitui, em relação ao impulso criminoso, um contraestímulo. E assim o limite lógico da pena é assinalado por esta sua função de contraimpulso, que não deve ser superada jamais. [...] “se depois do primeiro delito existisse uma certeza moral de que não ocorreria nenhum outro, a sociedade não teria direito algum de puni-lo [o delinquente]”.

Ainda, devem-se destacar as importantes lições de Francesco Carrara, visto que este é responsável por estabelecer um agregado e moldar importantes fundamentos, por inspiração dos filósofos iluministas e liberais que o antecederam, determinando que o delito corresponde à um ente jurídico, uma vez que está vinculado à conduta que atente a norma.

Explica Baratta (2011, p. 36 - 37):

Mas quando Carrara fala de direito, não se refere às mutáveis legislações positivas, senão a “uma lei que é absoluta, porque constituída pela única ordem possível para a humanidade, segundo as previsões e a vontade do Criador”. [...] A distinção entre consideração jurídica do delito e consideração ética do indivíduo torna-se, pois, a base da qual parte Carrara, para proceder a uma nova afirmação da tese de que a função da pena é, essencialmente, a defesa social. O fim da pena não é a retribuição – afirma Carrara – nem a emenda, mas a eliminação do perigo social que sobreviria da impunidade do delito. A emenda, a reeducação do condenado, pode ser um resultado acessória e desejável da pena, mas não sua função essencial, nem o critério para sua medida.

Ademais, relativamente à metodologia adotada pela Escola Clássica, está se vincula à concepção racionalista.

Apresenta Andrade (1997, p. 47 – 48):

Sendo a concepção racionalista de Ciência orientada por uma concepção mecanicista do universo (como um conjunto de leis naturais absolutas e predeterminadas) o seu método cumpre, conseqüentemente, a função de investigação racional e sistemática daquelas leis ou princípios e, portanto, de revelação do próprio objeto; ou seja, da origem natural e predeterminada do Direito Penal. Consoante esta premissa jusnaturalista, o Direito Penal revelado e verdadeiramente digno de consideração era apenas o que decorria, por dedução lógica, seja de um hipotético contrato social (como em Beccaria), seja da natureza racional do homem ou da lei divina (como em Carrara) pois, em qualquer caso, o direito não é visto como produto histórico.

O pensamento iluminista teve elevado poder quanto ao impulso do saber, estando presente como a primeira onda crítica. Observou-se, na época, entretanto, uma excessiva individualização dos direitos e a falta de garantias sociais. Por isso, produziu-se um debate necessário para a defesa de direitos coletivos e bem estar social, juntamente com a forte corrente positivista, que superava o então jusnaturalismo.

## 1.2. A CRIMINOLOGIA POSITIVA E O CRIMINOSO

Entre a segunda metade do século XIX e as três primeiras décadas do século XX, desenvolveu-se a Escola Positiva, sob a inspiração do nascente Estado Social, com estudos acerca da criminologia por filósofos e sociólogos como Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo.

Chame-se esta etapa, também, de criminologia positiva. Ela permeava uma espécie de presunção de periculosidade, atribuindo aos agentes de características patológicas uma imputação de criminoso – não pela análise da sua conduta, mas por um caráter biológico que visava traçar um liame entre condutas ilícitas como desvio biológico.

A filosofia estabelecia um estudo ontológico do crime, e não um estudo axiológico dos processos de criminalização, iniciada pelas ideias de Cesare Lombroso na sua famosa obra *l'uomo delinquente* (1876).

Com ideias revestidas de uma razão típica da concepção determinista, e aproveitando os importantes estudos do evolucionismo presente nos estudos de Darwin, a Escola Positiva tinha como objeto o indivíduo, realizando estudos de caráter biológico para explicar os chamados comportamentos desviantes.

Para Baratta (2011, p. 29) “(...) este tem por objetivo não propriamente o delito, considerado como conceito jurídico, mas o homem delinquente, considerado como um indivíduo diferente e, como tal, clinicamente observável”.

Neste momento histórico, o delito não era objeto especial de análise criminal, seus valores e suas circunstâncias políticas e sociais estavam no campo dos direitos humanos e da política. As ciências criminais emprazavam a legitimação do poder punitivo.

Resta a pena, nesta concepção de Escola Positiva, como defesa social – não só como contraestímulo, conforme trabalha a escola que a antecede, mas também com um caráter corretivo do delinquente.

Pode-se, assim, por intermédio da pena, educar aquele que produz comportamentos desviantes, e produzir a ideia de defesa social. Estabeleceu-se na pena e na dogmática uma expansão do poder de punir, produzindo a ideia de função de legitimação do sistema penal. Esta

concepção aprofunda as graves mazelas do direito penal, que possuem reflexo até a atualidade, com a concentração de estudos acerca do autor da conduta e não da conduta propriamente dita.

Consolida-se aqui a fundamentação da pena como defesa social contra a criminalidade; ou mais especificamente, como uma dada criminalidade decodificada como criminosa, que deveria ser a decisiva fundamentação para a criminalização seletiva realizada pelo sistema penal.

### 1.3. CRIMINOLOGIA CRÍTICA E CONSTRUÇÃO SOCIAL DO INIMIGO ATRAVÉS DO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO

O classicismo merece as devidas congratulações, pois introduziu elementos de garantia aos acusados perante o poder punitivo, apresentando fundamentos ao processo penal. A criminologia positiva, a sua vez, desenvolveu-se criticando as suas insuficiências e pretendendo avançar da construção do conhecimento “científico” em defesa da sociedade contra a criminalidade.

Após a criminologia positiva, chegou-se ao advento de estudos pautados na sociologia, por intermédio de diversas teorias que realizavam análises dos ditos delinquentes em relação à alguns elementos e premissas. Algumas delas, em linhas gerais, são a socialização e seus defeitos, expondo indivíduos à uma subcultura permeada de violência estatal e social, normas cerceadoras e incriminadoras de determinados comportamentos acolhidos em benefício e em razão dos valores dominantes no que corresponde ao poder econômico.

Conforme estabelece Baratta (2011, p. 21):

A criminologia contemporânea, dos anos 30 em diante, se caracteriza pela tendência a superar as teorias patológicas da criminalidade, ou seja, as teorias baseadas sobre as características biológicas e psicológicas que diferenciam os sujeitos “criminosos” dos indivíduos “normais”, e sobre a negação do livre arbítrio mediante um rígido determinismo. Estas teorias eram próprias da criminologia positivista que, inspirada na filosofia e na psicologia do positivismo naturalista, predominou entre o final do século passado e princípios destes.

As teorias sociológicas possibilitam uma visão crítica do delito. A sociologia se insere nas ciências criminais, pela dificuldade de as ciências criminais da época produzirem estudos pautados no real objeto da criminalidade, que é a construção social e os processos de criminalização, o que acabou resultando na chamada criminologia crítica, que altera o objeto de estudo da criminologia consolidada pelo positivismo.

Com enfoque nos processos de criminalização, com marco inicial desta criminologia contemporânea nas obras de Georg Rusche e Otto Kirchheimer nomeada de “Punição e



Estrutura Social”, juntamente com a chamada “A Nova Criminologia” dos autores Taylor, Walton e Young, pautada em uma estrutura metodologia criada por Karl Marx, relativo à obra supracitada, “A Nova Criminologia” trabalhada Santos (2018, p.6):

[...] a necessidade de redefinir a problemática do crime e do controle social como fenômeno inteiramente inseridos no processo social, ligados à base material e à estrutura legal do capitalismo contemporâneo: a economia política – ou melhor, a estrutura econômica em que se articulam as relações sociais no capitalismo – surge como o determinante primário da formação social, formalizado nas superestruturas jurídicas e políticas do Estado.

Como se vê, o enfoque das causas de criminalidade muda, exercendo uma visão crítica a ideologia de construção social punitiva e ao sistema econômico – que introduzem uma classe de indivíduos à maior vulnerabilidade para a prática de condutas tidas socialmente como delito.

Entende esta nova teoria radical que não é por acaso que uma determinada classe vulnerável, economicamente, acaba sendo também a classe que mais é criminalizada. Isto acontece por diversos fatores que estão ligados, primariamente, ao fator econômico, no qual os processos de criminalização estão voltados a cercear indivíduos que não possuem uma produtividade e um benefícios econômico ao Estado.

Mesmo que intuitivamente, acabam sendo essas classes hipossuficientes aquelas que são criminalizadas, por fatores chamados de controle social, os quais determinam o desvio da conduta daqueles que não estão agindo de acordo com o que o poder econômico estabelece.

Complementa Santos (2018. p. 6 – 7):

Mas o acontecimento crucial da formação da Criminologia Radical é a criação do Grupo Europeu para o Estudo do Desvio e do Controle Social, em Florença, Itália, em 1972, com a publicação de um Manifesto (reeditado em 1974), denunciando os modos dominantes de análise do crime – produto de defeitos psicológicos ou de personalidade anormais – e do controle social, avaliado em termos de efetividade e eficiência e, portanto, como variantes do positivismo, concentrados em estatísticas criminais. [...] em suma, um programa teórico e prático no contexto das relações entre os sistemas de controle social e a estrutura de classes do modo de produção capitalista (Manifesto 1974). A tarefa de esclarecer a relação crime/formação econômica-social leva à inserção do fenômeno criminoso na esfera de produção (e não apenas na esfera de circulação).

Entende-se, como conclusão destas lições, que o encarceramento em massa produz controle social de classes oprimidas – seja pelas condições biológicas ou culturais, como os índios, negros, latinos etc., como também por gênero e sexo, como o caso das mulheres em relação ao machismo, ou ainda as orientações sexuais e de gênero que fogem do padrão estabelecido pelos fatores dominantes na sociedade, classes estas que integram o objeto de estudo desta teoria.

Os elementos econômicos fazem uma dicotomia entre aqueles indivíduos integrados aos processos produtivos e aqueles que estão fora desse meio de produção. Os indivíduos que não detêm os meios de produção são marginalizados, por produto do ambiente hostil que os

cerca na prisão, resultante na aculturação do indivíduo, extraindo quaisquer cultura de sociabilidade do apenado (em grande parte das vezes, o cárcere se dá antes da pena concreta), inserindo neste indivíduo a cultura particular do cárcere.

Portanto, deve-se entender a ordem penal estatal como uma estrutura bidimensional, com a estrutura normativa o direito penal (abrange atos do Poder Legislativo, cultura, educação social punitiva e todos os elementos que permeiam a ordem normativa) e a estrutura funcional como o exercício do poder (abrange o poder de polícia, o poder judiciário, o discurso de dever-controle, e todos os elementos que permeiam a ordem funcional do poder).

A criminologia crítica visa identificar os processos de criminalização, produzindo uma visão crítica da dogmática penal – um rumo diferente da criminologia positivista que a antecede, que se ocupava da análise ontológica do indivíduo que infringia a norma penal. Já a criminologia crítica possui como objeto de pesquisa um caráter axiológico, com estudos que confrontam os sistemas penais e buscam uma ciência criminal livre de discursos falaciosos e autoritários.

O estudo central da chamada criminologia crítica é o discurso oficial da teoria jurídica da pena, sendo trabalhada a ideia de que o poder punitivo, por intermédio da dogmática penal, possui, mesmo que intuitivamente, um modelo de punição constituído de duas funções repressivas, com as chamadas funções declaradas e funções latentes.

A função declarada se apresenta na contradição daquilo que o discurso oficial declara e não faz – o elemento declarado gera efeitos contraditórios – e a função latente é aquilo que o sistema penal não declara mas faz – o elemento oculto gera efeitos repressivos ao indivíduo, com uma postura que agride garantias constitucionais e atua contra indivíduos selecionáveis por intermédio da ideia de sujeito matável.

É pelo importante trabalho da teoria da reação social, mais conhecida como *Labeling Approach*, que se extrai o teor crítico, vez que demonstra as reações declaradas das instituições oficiais, e as latentes que estão vinculadas ao poder de polícia, juízes e os órgãos de acusação.

É fundamental entender as tipificações da realidade social, os processos de segregação e a marginalização. Definindo a diferença entre a criminologia tradicional e a nova criminologia crítica com base no *labeling approach*, Baratta leciona (2011, p. 88 – 89):

Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo “quem é criminoso?”, “como se torna desviante?” [...] Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no *labeling approach*, se perguntam: “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, enfim, “quem define quem?”. [...] Uma direção conduziu ao estudo da formação da “identidade” desviante, e do que se define como “desvio secundário”, ou seja, o efeito da aplicação da etiqueta de “criminoso” [...] sobre a pessoa se aplica a etiqueta; a outra direção

conduz ao problema da definição, da constituição do desvio como qualidade atribuída a comportamentos e a indivíduos.”

Importante citar Lemert, que apresenta a delinquência através de um caráter primário e secundário, no qual aquela reação social ao delinquente que realiza um primeiro comportamento desviante irá insurgir e caracterizar uma estigmatização no indivíduo, e, assim estabelece Baratta (2011, p. 90):

O desvio primário se reporta, pois, a um contexto de fatores sociais, culturais e psicológicos, que não se centram sobre a estrutura psíquica do indivíduo, e não conduzem, por si mesmos, a uma “reorganização da atitude que o indivíduo tem para consigo mesmo, e do seu papel social”, os desvios sucessivos à reação social [...] são fundamentalmente determinados pelos efeitos psicológicos que tal reação produz no indivíduo objeto da mesma; o comportamento desviante [...] sucessivo à reação “torna-se um meio de defesa, de ataque ou de adaptação em relação aos problemas manifestos e ocultos criados pela reação social ao primeiro desvio”.

Portanto, importante é a compreensão que para Lemert, filósofo que possui suas ideias como ponto central da ideia geral de reação social – *labeling approach* defende que não só o comportamento desviante é um modo que evidencia a sua estigmatização como o insere em um contexto de dependência e permanência de desvio, gerando uma mudança ontológica no indivíduo.

A criminologia tradicional atribuía à pena um caráter de educação e de extração do delinquente do caráter gerador do comportamento desviante, transformando-o em um ser sociável.

Em contraponto, a criminologia crítica identifica na pena um caráter de educação ao convívio marginal, ensinando o delinquente à novas técnicas de ação para o desvio, estabelecendo a ele uma carreira criminosa visto que no cárcere estará em convívio de outros seres dotados de marginalização, diante do sistema abusivo e agressivo gerado pelo cerceamento de liberdade.

Verifica-se, contudo, que a *labeling approach* possui uma limitação teórica que a impede de se tornar o alicerce necessário para a produção e o desenvolvimento da criminologia crítica, como defende Andrade (1997, p. 214):

Numerosos são assim os aportes teóricos recebidos pela Criminologia crítica que indo por dentro do paradigma da reação social e para além dele desenvolve a dimensão do poder – considerada deficitária no *labelling* – numa perspectiva materialista cujo nível de abstração macrosociológica alça as relações de poder e propriedade em que se estrutura conflitivamente a sociedade capitalista.

Deste modo, a estrutura de poder gerada pelo sistema penal, pautada na defesa social, opera-se e se relaciona com o plano econômico, gerando uma concepção que, quando situada pela teoria da reação social, torna-se insuficiente, o processo de criminalização está além da perspectiva relativo a essa teoria.

Alguns pensadores da criminologia moderna, como Alessandro Baratta, Juarez Cirino dos Santos, Vera Regina Pereira de Andrade, Vera Malaguti, Nilo Batista e tantos outros, entendem que a criminologia crítica está profundamente relacionada com o modo de produção capitalista, que é evidenciado pelas concepções marxistas.

Assim, Baratta (2011, p. 159):

Quando falamos de “criminologia crítica” e, dentro deste movimento tudo menos que homogêneo do pensamento criminológico contemporâneo, colocamos o trabalho que se está fazendo para a construção de uma teoria materialista, ou seja, econômico-política, do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, um trabalho que leva em conta instrumentos conceituais e hipóteses elaboradas no âmbito do marxismo, não só estamos conscientes da relação problemática que subsiste entre criminologia e marxismo, mas consideramos, também, que uma semelhante construção teórica não pode, certamente, ser derivada somente de uma interpretação dos textos marxianos, por outro lado muito fragmentários sobre o argumento específico, mas requer um vasto trabalho de observação empírica, na qual já se podem dizer adquiridos dados assaz importantes, muitos dos quais foram colhidos e elaborados em contextos teóricos diversos do marxismo.

Supera-se, assim, a qualidade ontológica da criminalidade, retirando-se o enfoque do criminoso e atribuindo responsabilidade às instituições oficiais, pautadas em processos de criminalização que revelam um caráter de proteção à bens jurídicos dotados de teor econômico-político.

A reação estatal frente aos comportamentos desviantes que produzem danos a estes bens jurídicos é legítima, mas, em uma perspectiva sociológica-criminal, não possui legitimidade, tornando-se mera imposição garantida pelo discurso populesco que reproduz a certas classes de indivíduos marginalizados um caráter de inimigo do direito penal.

#### 1.4. CONTROLE DO INIMIGO PELO CÁRCERE E VIOLÊNCIA DO CONTROLE AO INIMIGO

Não há como realizar uma análise honesta da dogmática penal sem estabelecer premissas pautadas na história, na sociologia e, principalmente, na criminologia crítica. A pena, o cárcere e a dogmática penal estão fortemente conectados a algumas figuras trabalhadas honrosamente pela criminologia crítica.

Seguindo-se uma perspectiva marxista, o inimigo, no direito penal, em suma, é encontrado com base em fundamentos econômico-políticos. Ele é identificado com os indivíduos das classes subalternas, em que há vulnerabilidade e criminalização quando o indivíduo, presente nesta classe, não detém poder econômico, suporte familiar ou educacional, ou quando não exerce uma função na ordem econômica capitalista. A classe dominante, assim, fica livre do enfoque do poder punitivo.

A criminalidade primária, que é composta pela criação de normas penais, possui como finalidade, mesmo subjetivamente, a criminalização de condutas e comportamentos voltados a esses “inimigos” do direito penal, estando a classe dominante imune ao sistema penal, ou, então, penalizado os comportamentos da classe dominante com penas brandas.

A criminalização secundária, por sua vez, estabelece uma aplicação da norma penal de modo mais incisivo ao inimigo e sem a mesma intensidade aos indivíduos que detém o poder. Conforme Baratta (2011, p. 166):

Não só as normas do direito penal se formam e se aplicam seletivamente [...], mas o direito penal exerce, também, uma função ativa, de reprodução e de produção, com respeito às relações de desigualdade. Em primeiro, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e especialmente o cárcere, [...] essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade [...]. Em segundo lugar, e esta é uma das funções simbólicas da pena, a punição de certos comportamentos ilegais serve para cobrir um número mais amplo de comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização.

Existe, na sociedade, por instrução da ideologia punitivista, um sentimento de medo e de indiferença aos inimigos, marginalizando-os e estabelecendo neles uma concepção de “estranho” ou de “outros”, diante dos processos de criminalização que estão legitimados pelo conceito de defesa social e através dos discursos populescos.

Em relação a isso, trabalha Zaffaroni (2007, p. 18):

Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos etc.) lhe sejam reconhecidos. [...] A privação de liberdade – ou a deportação – de uma pessoa em razão de um quarto ou quinto delito de gravidade leve ou média contra a propriedade, quando essa pessoa foi condenada e cumpriu a pena pelos delitos anteriores, é uma reação totalmente desproporcional à entidade de seu injusto e de sua culpabilidade e, portanto, o sofrimento que se lhe impõe é uma pena entendida como mera contenção, um encerramento que cria um puro impedimento físico; trata-se de uma espécie de enjaulamento de um ente perigoso.

Encontra-se, assim, através da análise da criminologia crítica, que o poder punitivo encontra premissas que estão externas ao grau de reprovabilidade da conduta e à lesão ao bem jurídico, com funções latentes que se fundam na discricionariedade e no aprisionamento daqueles tidos como sujeitos inimigos ou estranhos, e, pior, ocorrem danos que adentram ao campo da legalidade. Por exemplo: no campo da criminalização das drogas, o jovem rico responde de forma mais branda que o jovem pobre. Assim evidencia Batista (2003, p. 17):

A análise das sentenças revela, com impressionante clareza, os mecanismos ideológicos que integram a seleção dos casos que entram no sistema. Entre as variáveis examinadas, o estado de abandono, a etnia ou a classe social são, junto à reincidência, determinantes para a internação dos jovens que portavam pequenas quantidades de droga. Ainda, nesta análise, a liberdade assistida e os serviços psicoterapêuticos paralelos à internação parecem destinados, sobretudo, à recuperação dos jovens negros, mulatos e pobres. Para os jovens da classe média, evitam-se essas

medidas, substituindo-as pelo reenvio à família e pelo acompanhamento médico ou em clínicas particulares.

Em complemento, destaca Batista (2003, p. 54):

Existe uma renúncia expressa à legalidade penal através de um controle social militarizado e verticalizado sobre os setores mais pobres da população ou sobre dissidentes. [...] A disparidade entre o exercício do poder programado e a capacidade operativa das instituições é enorme, e é um dos principais embustes do sistema, que “pretende dispor de um poder que não possui, ocultando o verdadeiro poder que exerce.” O sistema penal está estruturalmente montado para que não opere a legalidade processual e para exercer o poder com a máxima de arbitrariedade seletiva dirigida aos setores vulneráveis. Na América Latina, a própria lei se ocupa de renunciar à legalidade condenando ampla margem de arbitrariedade a suas agências.

A arbitrariedade é de importante confronto, no intuito de estabelecer premissas iguais a casos similares, impedindo que o intérprete altere a semântica da lei com base em fatores exógenos. Destaca, assim, Zaffaroni (2001, p. 80):

Toda vez que a limitação – ou autolimitação – imposta é de impossível realização, já que nunca se pode interpretar um texto legal sem incorporar dados da realidade (a lei aspira sempre a regulamentar uma “realidade”), a incorporação ou exclusão destes dados não legais constitui apenas uma arbitrariedade: a admissão de uns e a recusa de outros, segundo sejam legitimantes ou deslegitimantes, ficam a gosto do intérpretes, que maneja o limite de realidade epistemologicamente incorporada de acordo com sua conveniência, apresentando-o como uma garantia de “cientificidade” e “pureza metodológica” ou “garantia tecnocientífica”.

Essa desproporcionalidade na punição estatal se dá com base na ideia de presunção de periculosidade, que realiza um verdadeiro encarceramento provisório em massa de todos os indiciados e acusados em demandas criminais – os inimigos do direito penal, seres marginalizados, que acabam por ter suas garantias vilipendiadas, com o poder punitivo cerceando a liberdade de forma provisória, com caráter cautelar como verdadeira pena antecipada.

É neste sentido que bem defende Zaffaroni (2007, p. 70):

A característica mais destacada do poder punitivo latino-americano atual em relação ao aprisionamento é que a grande maioria – aproximadamente 3/4 – dos presos está submetido a medidas de contenção, porque são processados não condenados. Do ponto de vista formal, isso constitui uma inversão do sistema penal, porém, segundo a realidade percebida e descrita pela criminologia, trata-se de um poder punitivo que há muitas décadas preferiu operar mediante a prisão preventiva ou por medidas de contenção provisória transformada definitivamente em prática. Falando mais claramente: quase todo o poder punitivo latino-americano é exercido sob a forma de medidas, ou seja, tudo se converteu em privação de liberdade sem sentença firme, apenas por presunção de periculosidade.

Este encarceramento em massa aprofunda a desigualdade, e possui papel fundamental no processo de estagnação do criminalizado. Aquele que já estava em situação de marginalização, acaba estagnando na criminalidade, em parte pelo convívio com encarcerados de maior periculosidade e marginalização, em parte pelo processo de aculturação realizado no

cárcere, no qual retira-se do convívio social o indivíduo e aprisiona-o em um local violento e desumano. Em mesmo sentido Baratta (2011, p. 167):

O cárcere representa, em suma, a ponta do iceberg que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa.

A criminologia crítica percebe a violência por de trás do discurso da ideologia penal oficial que garante à pena e ao cárcere um caráter educativo e ressocializador. As políticas criminais não estão voltadas no combate às causas da criminalidade, mas no combate aos criminosos, é nessa ideia que apresenta Santos (2020, p. 430):

Mas a análise da pena criminal não pode se limitar ao estudo das funções atribuídas pelo discurso oficial, definidas como funções declaradas ou manifestas da pena criminal; pelo contrário, esse estudo deve rasgar o véu da aparência das funções declaradas da ideologia jurídica oficial, para identificar as funções reais ou latentes da pena criminal, que podem explicar sua existência, aplicação e execução nas sociedades de classes sociais antagônicas, fundadas na relação capital/trabalho assalariado, que define a separação força de trabalho/meios de produção das sociedades contemporâneas.

Relativamente à pena, existem duas importantes teorias criminológicas da pena: teoria negativa da pena e a teoria materialista da pena.

A teoria negativa da pena é fundamentada por Raúl Eugenio Zaffaroni e Nilo Batista, que buscam, em suma, interagir com o estado de polícia e o estado de direito. Esta teoria visa confrontar os vícios autoritários e discricionários apresentados pelo discurso oficial da pena com caráter retributivo da lesão do comportamento desviante e preventivo realizado pela norma penal, apresentando como elemento axiológico estudos que visem combater o poder punitivo do Estado pelo sistema penal, como demonstra Santos (2020 p. 440)

A) O modelo ideal de estado de polícia caracteriza-se pelo exercício de poder vertical e autoritário e pela distribuição de justiça substancialista de grupos ou classes sociais, expressiva de direitos meta-humanos paternalistas, que suprime os conflitos humanos mediante funções manifestas positivas de retribuição e de prevenção da pena criminal, conforme a vontade hegemônica do grupo ou classe social do poder; B) O modelo ideal de estado de direito caracteriza-se pelo exercício de poder horizontal/democrático e pela distribuição de justiça procedimental da maioria, expressiva de direitos humanos fraternos, que resolve os conflitos humanos conforme regras democráticas estabelecidas com redução ou limitação do poder punitivo do estado de polícia.

Já a teoria materialista, possui uma concepção voltadas às ideias marxistas, desenvolvidas por Alessandro Baratta, dentre outros, que serve como base crítica de grande parcela dos estudiosos da criminologia crítica, que visa estabelecer premissas que evidenciem que o processo de criminalização está fortemente ligado a produção econômica, cerceando a liberdade daqueles não assalariados.

Nesta concepção, analisa-se a pena com liame às concepções do capitalismo, onde a pena tem um caráter pecuniário, onde o tempo de encarceramento visa pagar pelo dano causado, como se o tempo fosse equivalente à moeda. Assim destaca Santos (2020, p. 447)

A retribuição equivalente, como valor de troca do crime nas sociedades capitalistas, está ligada ao critério geral do valor da mercadoria, determinado pela quantidade de trabalho social necessário para sua produção: o tempo médio de dispêndio de energia produtiva.

Acrescenta-se que a teoria defende uma prevenção especial, encontrando na pena de privação de liberdade um valor excludente do dito criminoso. Excluindo este da esfera social, reprimirá um mau futuro. Ensina Santos (2020, p. 450):

A prevenção especial negativa de neutralização do condenado mediante privação de liberdade – a incapacitação seletiva de indivíduos considerados perigosos –, em princípio incontestável porque impede a prática de crimes fora dos limites da prisão.

Ainda, a teoria estabelece o elemento da prevenção especial positiva, em que a execução da pena, com a medida adotada pela condenação do acusado, estará reagindo neste como uma espécie de agressão à alma, apresentando neste uma mudança em seu âmago, seja pelo medo, seja por transformação cultural, e impedindo que ele realize novas condutas lesivas à norma penal.

É possível evidenciar que a teoria materialista visa demonstrar o real valor da pena para os órgãos oficiais do poder punitivo, expondo a violência presente no cárcere, juntamente com a sua ineficácia.

O cerceamento de liberdade por parte do Estado gera a natural reincidência, pelos motivos já apresentados, inserindo agentes marginalizados em um processo de vida em prol da criminalidade, diante da sua aculturação pelo convívio com indivíduos marginalizados e pela falta de sociabilidade na prisão.

Neste sentido, a presunção de inocência tem um caráter discricionário, dado aos indivíduos que integram as classes dominantes, mas gerando a perda da liberdade à grande parte dos acusados das classes subalternas. Acaba o Estado inserindo indivíduos ao cárcere, um ambiente hostil e desumano, encaixando esses seres humanos no processo de construção da criminalização de condutas, sendo entendidos como novos inimigos nessa teia de visão do poder de polícia.

## 1.5. ESPÉCIES DE PRISÕES E A MITIGAÇÃO DA LIBERDADE

Ao apresentar um estudo responsável quanto à pena de cárcere, é imperativo o exame constitucional. A atual realidade do cárcere e da prisão não possui um viés constitucional e



democrático, sabe-se que a Constituição Federal exige que seja seguido à risca todos os princípios norteadores do processo penal.

Assim, o cerceamento de liberdade, face à intervenção estatal, possui uma concepção excepcional, devendo persistir a regra, que é a liberdade individual dos indivíduos, visto que, conforme demonstrou-se, o cárcere é um ambiente hostil e os processos de construção interagem na sociedade de forma seletiva, na busca da neutralização do inimigo.

A necessidade de cerceamento de liberdade, por intermédio da prisão pena ou prisão sem pena, ocorre em casos específicos e cumprindo as regras do jogo. O risco da liberdade deverá ser ululante, mesmo que, na prática penal, a prisão tenha se tornado a regra durante a persecução criminal.

A fundamentação e o cumprimento dos requisitos legais para a decretação da prisão, são, portanto, o supedâneo à constitucionalidade do ato. Como estabelece Khaled Jr. (2020, p. 493):

A prisão e as medidas cautelares alternativas são excepcionais [...]. Assim, tais medidas cautelares (prisão e alternativas) são provisórias, revogáveis e substituíveis umas pelas outras, conforme o juiz entenda ser necessário e adequado. O que significa dizer que devem ser vinculadas ao período e necessidade de sua imposição, e, uma vez cessado o motivo de sua decretação, deverão ser extintas (§ 5º do art. 282, CPP).

Durante a persecução criminal, é válido, processualmente, em caso de especial necessidade e conformidade com o imperativo normativo, o cerceamento de liberdade do indivíduo, sendo chamadas de prisões cautelares ou prisão *ad custodiam* (prisão preventiva e prisão temporária). Exclui-se destas a chamada prisão em flagrante, diante da natureza processual pré-cautelar.

Após o fim da persecução criminal, em caso de condenação do acusado, será possível o encarceramento em resposta à sentença condenatória transitada em julgado, chamada de “prisão pena” ou “prisão *carcer ad poenam*”.

A prisão preventiva é a prisão mais usual, possui maior incidência durante a persecução criminal e por muitos doutrinadores críticos é fortemente relacionada como uma verdadeira prisão pena, diante da popularização processual deste ato de natureza excepcional.

A prisão preventiva deverá ser motivada e fundamentada, ou seja, o processo penal é integrado ao sistema acusatório, impedindo que o Magistrado decrete a prisão de ofício. Como bem afirma Lopes Jr. (2020a, p. 686), “a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva.”

Quanto à fundamentação, é necessário o cumprimento de alguns elementos que garantem a produção de uma prisão constitucional. Neste sentido, estabelece o art. 5º, inciso

LXI da Constituição Federal de 1988 que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”.

Com isso, defende Távora; Rodrigues (2019, p. 980):

Até antes do trânsito em julgado da sentença admite-se a decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente (art. 5º, inciso LXI da CF), desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento.

Deve existir o lastro probatório mínimo da ocorrência do delito e os eventuais envolvidos para a decretação. Isso nada mais é que a exigência conhecida como *fumus commissi delicti*, que é a produção de uma probabilidade que garante a diminuição de eventual lesão de direito fundamental de liberdade à indivíduo posteriormente absolvido. Assim apresenta o tema Lopes Jr. (2020a, p. 686):

Partindo do art. 312, verifica-se que o *fumus commissi delicti* é o requisito da prisão preventiva, exigindo-se para sua decretação que existam “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”. Mas esse é um conceito por demais relevante para ficarmos apenas com a letra da lei, que pouco diz, exigindo uma interpretação sistemática e constitucional. A fumaça da existência de um crime não significa juízo de certeza, mas de probabilidade razoável. A prisão preventiva deve ter por base “la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada”.

Ainda, a fundamentação se dará face a um dever de cautela para com o acusado – ou investigado, visto que a prisão preventiva poderá ser decretada em sede de inquérito policial –.

O dever de cautela se reproduz com base no chamado *periculum libertatis*, que se estabelece pelo perigo abstrato do acusado gerar prejuízo à (a) ordem pública; (b) ordem econômica; (c) conveniência da instrução criminal; (d) garantia de aplicação da lei penal e; (e) descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Nesta ideia, dispõe art. 312, § 1º e § 2º do Código de Processo Penal:

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

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Como demonstrado, sendo a liberdade uma garantia máxima, a intervenção estatal só se justifica mediante fundamentos técnicos, sendo comprovada a periculosidade do acusado ou

diante de comprovado empecilho ao bom andamento processual. Nessa toada, expõe Khaled Jr. (2020, p. 499):

[...] a maioria dos juízes, ao analisar casos de prisão em flagrante, opta por determinar a prisão preventiva. [...] Eles optam pela medida cautelar mais gravosa com o objetivo de mostrar eficiência e evitar os reclames da sociedade, dos meios de comunicação e até mesmo do poder político. [...]. Parece prevalecer a ideia de que, se há algum potencial risco para a sociedade, deve-se optar pela prisão do réu.

Não cabem argumentos baseados no velho e puro clamor popular, instigado, por vezes, pela condução midiática do processo criminal, onde se estabelece socialmente um juízo de certeza de “culpa” prematuramente.

Outra forma de prisão cautelar se apresenta na chamada prisão temporária, que vige através da Lei n. 7.960/89. Aplica-se por representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, conforme estabelece seu art. 2º, decretada pelo Juiz, devendo ser observado o dever de fundamentar a decisão, quando na presença dos requisitos do art. 1º, inciso I, II e III da Lei n. 7.960/89.

Esta prisão cautelar terá prazo de duração definido, com a imediata liberdade do investigado quando da ocorrência do perecimento do prazo estabelecido em lei. Em ponto fulcral, Lopes Jr. (2020a, p. 732):

A prisão temporária cria todas as condições necessárias para se transformar em uma prisão para tortura psicológica, pois o preso fica à disposição do inquisidor. É um importantíssimo instrumento na cultura inquisitória em que a confissão e a “colaboração” são incessantemente buscadas. Não se pode esquecer que a “verdade” esconde-se na alma do herege, sendo ele o principal “objeto” da investigação.

A cultura punitivista pressiona o Poder Judiciário para que respostas imediatas sejam produzidas instantaneamente a ocorrência do delito. É nesse sentido o importante destaque de Lopes Jr. (2020b, p. 121):

A banalização da prisão cautelar tem um forte componente simbólico e de correspondência às expectativas sociais criadas em torno da punição, na medida em que se situa no eterno conflito entre tempo social *versus* tempo do direito. Uma sociedade regida pela velocidade e hiperacelerada, dominada pelo instantâneo, não está acostumada a esperar. [...] As pessoas simplesmente não querem esperar o fim do processo para ter punição (nem cogitam a opção “não ter punição = absolvição”) e o juiz, quando na batalha das expectativas (Rui Cunha Martins), se situa ao lado das expectativas sociais criadas, vai contribuir para a denegação processual da prisão cautelar.

Devidamente demonstrados os fundamentos da prisão cautelar, surge a necessidade do estudo da prisão pena (*carcer ad poenam*), para compreender as premissas do presente trabalho. O reconhecimento do caráter constitucional da prisão pena é importante para representar limites semânticos aos elementos que compõe o seu momento durante a persecução criminal.

Conforme será melhor demonstrado posteriormente, com o protagonismo do Supremo Tribunal Federal (STF), o presente século foi responsável por diversos embates e ataques ao artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), que estabelece que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.”.

O dispositivo tornou-se objeto de grande divergência na Suprema Corte, diante dos diversos casos de corrupção (tais como os chamados “Mensalão” e a “Lava-Jato”), em que importantes políticos foram sujeitos passivos em ações penais públicas. Paralelamente, a sociedade apresentava forte pressão para que ocorresse a execução provisória das penas.

Como visto, a sentença penal condenatória gerará efeitos, para o condenado, a partir do seu trânsito em julgado. Não é demais lembrar que, mesmo após uma condenação em segunda instância, existe a possibilidade de debate processual pelas vias extraordinárias, em sede de recurso especial (de competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou recurso extraordinário (de competência do STF), com a chance de reforma ou cassação da sentença penal condenatória.

Neste sentido, defende Lima (2020, p. 973) que a prisão pena “só pode ser aplicada após um devido processo penal no qual tenham sido respeitadas todas as garantias e direitos do cidadão. Além de expressar a satisfação da pretensão punitiva ou a realização do Direito Penal objetivo, caracteriza-se pela definitividade.”.

A prisão pena deverá sempre estar relacionada à constitucionalização do processo penal, motivo que torna fundamental apreciar o que dispõe o caput do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), no qual se transmite que, no campo criminal, deve-se sempre pautar-se por alguns princípios norteadores.

O primeiro importante dispositivo é o que trata do devido processo legal disposto no artigo 5º, inciso LIV da CRFB, e assim reza: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”. O inciso LV do artigo 5º da CRFB impõe o direito de ampla defesa e do contraditório “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”.

Importante consignar ainda, o princípio da legalidade, disposto no artigo 5º, inciso II da CRFB, expresso nos seguintes termos: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Resta ainda o importante princípio da presunção de

inocência apresentando no artigo 5º, inciso LVII da CRFB, que estabelece “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

As referidas determinações constitucionais, dentre tantas outras existentes, demonstram, através de toda a linguística garantista, que a regra é a liberdade. A intervenção estatal deverá ser aplicada como *ultima ratio*, com o instrumento do processo penal, pautando-se nas regras e normas do direito penal. E, ainda, demonstram o dever de responsabilidade penal para com o acusado.

Portanto, não há que se falar em execução da prisão pena antes no trânsito em julgado, pois estar-se-ia ferindo as regras do jogo. A efetiva constitucionalização do processo penal estabelece que, antes da ampla defesa, do devido processo legal e do juízo de certeza que desvincula a presunção de inocência, não existirá execução da pena imposta pela sentença penal condenatória.

## **2. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO**

### **2.1. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O NOVO ENTENDIMENTO DO STF**

Importante conflito se dá, nas normas de processo penal, quanto ao art. 283 do CPP. Este artigo possui um nível de compressão semântica simples, produzindo interpretação clara e sem margem para erro, mas é isso que torna o caso mais preocupante.

A hermenêutica chamaria qualquer conflito acerca da semântica do dispositivo 283 do CPP de *easy case*<sup>5</sup>, impedindo qualquer dicotomia interpretativa. O texto é claro, o legislador foi feliz ao produzi-lo. Sabe-se que, por anos, houve interpretação diversa da textual, em claro e manifesto ativismo judicial, a fim de dar uma solução à criminalidade, aos olhos da população.

O princípio da presunção de inocência foi consagrado pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental de todos os acusados por suposta conduta penalmente relevante. Desde os acusados de terrorismo, até os acusados de injúria, todos gozarão desta garantia constitucional.

Ocorre que, até 2009, a execução provisória da pena. Por meio da decisão no *Habeas Corpus* (HC) nº 84.078, contudo, entendeu-se pela inconstitucionalidade da decisão que visa encarcerar (*carcer ad poenam*) antes do trânsito em julgado. Assim informou o portal Migalhas (2019):

---

<sup>5</sup> Traduzida para o português como “caso fácil”, trata-se de termo jurídico utilizado por teóricos do direito, a fim de demonstrar a facilidade de resolução do problema em relação à parâmetros de interpretação.

Após a Constituição de 88 estabelecer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o Supremo, em 2009, assentou que era inconstitucional a execução antecipada da pena. À época, por 7 a 4, o plenário concedeu o HC 84.078 para permitir a um condenado pelo TJ/MG que recorresse em liberdade. Em fevereiro de 2016, por sua vez, também em HC (126.292), e com o mesmo placar (7x4), mas com composição diversa, o plenário alterou a jurisprudência afirmando ser possível a prisão após 2ª instância. Na ocasião, a guinada jurisprudencial foi capitaneada pelo ministro Teori Zavascki. O entendimento foi firmado em um remédio heroico, quer dizer, só dizia respeito ao caso concreto. A mudança gerou insegurança jurídica: os próprios ministros da Corte passaram a decidir, monocraticamente, de formas distintas. Em outubro de 2016, o novo posicionamento foi mantido, mas em julgamento de liminares das ADCs que agora foram finalmente julgadas.

A celeuma se intensificou com o passar dos anos, com a impetração do HC nº 126.292. Nesse processo, cautelarmente, foi alterado o posicionamento consolidado outrora, de inconstitucionalidade da prisão pena provisória após condenação em segunda instância. Após isso, foram interpostas as ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54, buscando declarar a constitucionalidade do art. 283 do CPP e impedir o cumprimento provisória da pena.

O Supremo Tribunal Federal (STF) havia analisado as ações constitucionais supracitadas cautelarmente, restando a decisão definitiva que traçaria, por definitivo, o entendimento da Corte Suprema.

No fim de 2019, após anos de celeuma jurídica acerca do tema, e, diversos acusados sendo encarcerados provisoriamente, o STF mudou seu entendimento e fixou posição pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, vez que caberia recurso especial ou recurso extraordinário aos tribunais da via extraordinária. Portanto, não haveria que se falar em prisão pena antes do trânsito em julgado. Como bem explica Pacelli (2020, p. 81):

No julgamento do HC 126292 (posteriormente referendado pelo Plenário nas ADC nos 43 e 44, em 5.10.2016), porém, o Supremo Tribunal Federal modificou radicalmente a sua posição sobre o princípio da não culpabilidade, permitindo a execução provisória da condenação já após a decisão do Tribunal de segundo grau. A decisão vigorou até a data de 07.11.2019, quando a mesma Corte retomou a compreensão anterior, vedando esta modalidade de execução (ADCs 43, 44 e 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio). Como se vê, a decisão desconsiderava a exigência do trânsito em julgado, dando-lhe significado diverso daquele constante da legislação brasileira em vigor, que trata da questão como a decisão da qual não caiba mais recurso.

Assim, reforça-se que, através das ADCs 43, 44 e 54, declarou-se constitucional o art. 283 do CPP, devendo o condenado, antes do trânsito em julgado, ter sua liberdade cerceada apenas quando presentes os requisitos da prisão cautelar.

A condenação não produz efeitos até a realização da coisa julgada, persistindo a presunção de inocência do acusado até o último ato válido da defesa na persecução criminal, sob pena de violação do princípio constitucional da não culpabilidade. O que se via, antes disso,

era que alguns tribunais estavam encarcerando condenados em segunda instância de forma automática, sem qualquer fundamentação quanto a necessidade. Para D'Urso (2017):

Na prática, ocorreu uma radical mudança nas Cortes de Apelação brasileiras, pois se tornou corriqueiro a expedição de mandado de prisão, quando do julgamento do recurso de apelação, iniciando-se, portanto, neste momento, a execução provisória da pena. Trata-se de milhares de pessoas que antes aguardavam a decisão final de seus processos em liberdade, mas, agora, são encarceradas, agravando o caos prisional vivido no Brasil. Só por este fato, verifica-se o desacerto destas decisões, pois, enquanto o mundo caminha para o desencarceramento, buscando outras formas de punição, o STF caminhou na contramão, inflando a população carcerária das unidades prisionais já superlotadas e promíscuas do Brasil, sem falar que estas unidades encontram-se, na sua maioria, sob comando do crime organizado, nas mãos dos líderes de facções criminosas.

A maior forma de garantir a segurança jurídica, tão importante na dogmática penal, é cumprimento da norma, salvo quando esta for manifestamente inconstitucional. Assim, produz-se a necessária harmonia entre os Poderes.

As normas infraconstitucionais devem ser analisadas e apreciadas por meio de uma interpretação conforme a Constituição. Este é um dever jurisdicional. Assim defende Streck (2018, p. 405-406):

Entendo que a interpretação conforme a Constituição é mais do que um princípio, mas um modo de interpretar a legislação à luz do texto constitucional, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela. Desse modo, em sendo um princípio (imanente), os juízes e tribunais não podem (continuar a) (so)negar a sua aplicação, sob pena de violação da própria Constituição. [...] À evidência, isso não significa dizer que o Judiciário se transformará em legislador positivo. O instituto da interpretação conforme e os demais mecanismos hermenêuticos não têm o condão de transformar o Poder Judiciário em um órgão que está acima da Constituição.

Mesmo quando as ruas protestam exigindo segurança, jamais o Poder Judiciário poderá alterar o texto legal, dizendo que vermelho é azul, por clamor popular, fugindo da técnica da prestação jurisdicional.

Em linha ao que fora dito, ocorreria clara discricionariedade epistêmica, fugindo dos limites constitucionais e adentrando na esfera de competência legislativa. Isso implicaria numa verdadeira transformação da norma, em prejuízo ontológico do texto formulado pelo legislador. Sobre isso, bem demonstra Alexy (2015, p. 623):

As análises empíricas até então não realizadas ou os argumentos até então não levados em consideração podem tornar claro esse equívoco. Portanto, uma discricionariedade epistêmica está necessariamente associada ao problema da divergência entre aquilo que é de fato obrigado, proibido e facultado pelos direitos fundamentais e aquilo que por meio deles pode ser demonstrado como sendo obrigatório, proibido ou facultado. Com essa divergência entre aquilo que é, ou seja, o ôntico, e aquilo que pode ser constatado, ou seja, o epistêmico, a discricionariedade cognitiva parece conduzir a violações a direitos fundamentais não-constatáveis. [...] A fundamentação de uma discricionariedade epistêmica com o auxílio de princípios formais parece conduzir inafastavelmente a uma divergência entre normas de ação – ou seja, normas que dizem o que é proibido, obrigatório e facultado ao legislador – e normas de controle – ou seja, normas nos termos das quais o Tribunal Constitucional controla o legislador.

Tal problemática se apresenta, também, no sentido da responsabilidade moral, os magistrados devem decidir com técnica e com impessoalidade, sem se pautar em fatores exógenos, para modificar o texto da lei, conforme Motta (2018, p. 50):

De fato, se não podemos esperar concordância dos nossos cidadãos (fellow citizens), podemos ao menos exigir deles responsabilidade. Precisamos, pois, desenvolver uma teoria da responsabilidade que tenha força suficiente para que digamos às pessoas: “Discordo de você, mas reconheço a integridade do seu argumento. Reconheço a sua responsabilidade moral”, ou “Concordo com você, mas você não foi responsável na formulação de seu argumento. Você atirou uma moeda para o alto ou acreditou naquilo que você ouviu num programa televisivo tendencioso. Não passa de um acidente que você tenha chegado à verdade. [...] É o que o autor chama de epistemologia moral”.

A cautela quanto a imposição do cárcere ao indivíduo, se dá diante da imposição presente no art. 5º, LVIII da Constituição Federal, pois, define que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Apresenta Lima (2020, p. 47):

Em síntese, pode ser definido como o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

O princípio da presunção de inocência deve sempre compor o âmago de todos os participantes da condução processual criminal. Ela fundamenta todas as garantias que dão azo ao processo penal, pautado nas normas de direitos humanos. Aquele que responde por um delito deve ser tratado como inocente até a sentença penal condenatória transitada em julgado. Com isso, trabalha Lopes Jr. (2020a, p. 628):

Muito importante sublinhar que a presunção constitucional de inocência tem um marco claramente demarcado: até o trânsito em julgado. Neste ponto nosso texto constitucional supera os diplomas internacionais de direitos humanos e muitas constituições tidas como referência. Há uma afirmação explícita e inafastável de que o acusado é presumidamente inocente até o “trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. [...] No entanto, a Presunção de Inocência não é absoluta e pode ser relativizada pelo uso das prisões cautelares. O que permite a coexistência, além do requisito e fundamento cautelar, são os princípios que regem as medidas cautelares.

Quanto à presunção de inocência, deve-se tê-la como integrada à culpabilidade normativa, como bem explica Lopes Jr. (2020b, p. 135):

[...] o conceito normativo de culpabilidade exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação.

Por imutabilidade da condenação, fala-se do trânsito em julgado, que corresponde ao verdadeiro exaurimento da persecução criminal, com todas as etapas procedimentais cumpridas, sendo produzido todos os atos previstos por parte da defesa, acusação e pelo julgador, independente do conteúdo da decisão proferida, ela terá eficácia relativa imutável.



Será relativo o trânsito em julgado, uma vez que a defesa, mesmo após a sua ocorrência, poderá praticar atos processuais em seu favor, por intermédio de ações autônomas de impugnação, como, por exemplo, *Habeas Corpus* e Revisão Criminal, ou, ainda, por recursos de agravo na execução. Complementa Lopes Jr. (2020b, p. 136):

E o caráter “extraordinário” dos recursos especiais e extraordinários? Em nada afeta, porque o caráter “extraordinário” desses recursos não altera ou influi no conceito de trânsito em julgado expressamente estabelecido como marco final do processo (culpabilidade normativa) e inicial para o “tratamento de culpado”. [...] É preciso compreender que os conceitos no processo penal têm fonte e história e não cabe que sejam manejados irrefletidamente (Geraldo Prado) ou distorcidos de forma autoritária e a “golpes de decisão”. Não pode o STF imaginar que pode reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina. O STF não pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação.

Portanto, fica claro o erro grosseiro realizado pelo STF, por ocasião da primeira apreciação da questão, ao modificar o sentido de um texto de clara semântica – texto verdadeiramente constitucional –, presente no art. 283 do CPP, que de forma alguma violava a Constituição Federal. Deveria ter sido seguido integralmente, desde o princípio.

Constatado isso, foram três anos de decisões solipsistas e epidemicamente discricionárias, permitindo que, de 2016 a 2019, houvesse a decretação de prisão pena por intermédio de pena ineficaz de inocentes (acusados com absolvição na via extraordinária por razão de recurso extraordinário, recurso especial, dentre outros, com provimento).

Na verificação fática e jurídica na esfera penal, deverá o julgador estar fundamentalmente conectado à natureza *sui generis*<sup>6</sup> do processo penal, não confundindo com seu “irmão” popular, o processo civil.

Um não se assemelha ao outro. Possuem características e funções diferentes. O processo penal é uma garantia de procedimento justo, democrático e constitucional. É uma defesa do acusado e um direito de impedir por todos os meios a intervenção do Estado (através do Direito Penal) à esfera da liberdade individual. Acrescenta Lopes Jr. (2020b, p. 41):

Pode-se afirmar, com toda ênfase, que o princípio que primeiro impera no processo penal é o da proteção dos inocentes (débil), ou seja, o processo penal como direito protetor dos inocentes (e todos a ele submetidos o são, pois só perdem esse *status* após a sentença condenatória transitar em julgado), pois esse é o dever que emerge da presunção constitucional de inocência prevista no art. 5º, LVII, da Constituição.

Sendo o cerceamento de liberdade uma excepcionalidade, conforme já demonstrado, e, ainda, ocorrendo a declaração de constitucionalidade do dispositivo que estabelece um marco ao cumprimento da pena com o trânsito em julgado, torna-se importante o estudo da

---

<sup>6</sup> Termo jurídico que identifica algo como único/singular.

responsabilidade civil do Estado frente ao dano à dignidade da pessoa humana, quanto ao cumprimento da prisão pena em um processo onde gozou de decisão absolutória.

## **2.2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO QUANDO PROVENIENTE DE ATO JUDICIAL**

A responsabilidade civil do Estado serve para a reparação dos danos causados pelos entes públicos, em decorrência de uma ação ou omissão contra o direito de um terceiro. A Administração Pública, no desempenho das suas funções típicas e atípicas, poderá incorrer em condutas ilícitas, geralmente por meio do Poder Executivo. De forma excepcional, também incorre na ilicitude por atos do Poder Legislativo e Poder Judiciário, conforme será estudado.

De forma exemplar, introduz o assunto, Meirelles (2016, p. 779):

O estudo da responsabilidade civil da Administração Pública, ou, como tradicionalmente se diz, da responsabilidade civil do Estado, pede algumas considerações de ordem geral para o perfeito entendimento da matéria no nosso Direito Administrativo. Preliminarmente, fixa-se que responsabilidade civil é a que se traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais e se exaure com a indenização. Como obrigação meramente patrimonial, a responsabilidade civil independe da criminal e da administrativa, com as quais pode coexistir sem, todavia, se confundir. Responsabilidade civil da Administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. É distinta da responsabilidade contratual e da legal.

Devem os entes públicos agir de forma adequada e democrática, tanto por intermédio do Poder Judiciário, quanto dos demais Poderes. Estes gozam de independência, mas são essencialmente interligados pelas teias democráticas e legitimadoras do poder concedido ao funcionamento do Estado.

Sobre a amplitude da capacidade da responsabilidade civil do Estado – que é um tipo de responsabilidade extracontratual –, define Di Pietro (2020, p. 1486):

A capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. E a responsabilidade é sempre civil, ou seja, de ordem pecuniária.

Isto é, a materialização da responsabilidade se dará na esfera civil, com pagamento em pecúnia, tendo como sujeito ativo aquele que exerce uma função atribuída ao Estado, mas que, por algum motivo, poderá excepcionalmente ser realizada por um particular. A responsabilidade poderá ocorrer em função de diversos atos, como por exemplo, ações ou omissões, como estabelece Di Pietro (2020, p. 1486):

Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade.

A responsabilidade extracontratual é apresentada, no ordenamento jurídico, pela inteligência do art. 43 do Código Civil, dispõe que:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

O dispositivo supracitado consagra a adoção da responsabilidade objetiva do Estado, adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, e determina que as pessoas jurídicas de direito público interno responderão, primordialmente, pelo dano causado à terceiro por conduta de seus correspondentes, cabendo, contudo, o direito repressivo de restituição, caso comprovado o dolo ou a culpa. Em consonância, trata a Constituição Federal, no seu art. 37, § 6º:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Não resta dúvida de que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da responsabilidade objetiva ao Estado e a teoria subjetiva ao agente público. Relativamente a isso, bem explica Carvalho Filho (2020, p. 676):

A norma reforça a sujeição do Poder Público à responsabilidade objetiva, tendo como fundamento a teoria do risco administrativo, de modo que, se a União ou outra pessoa de sua administração causarem qualquer tipo de dano no desempenho de tais atividades, estarão inevitavelmente sujeitas ao dever de reparar os respectivos prejuízos através de indenização, sem que possam trazer em sua defesa o argumento de que não houve culpa no exercício da atividade. Haverá, pois, risco administrativo natural nas referidas tarefas, bastando, assim, que o lesado comprove o fato, o dano e o nexos causal entre o fato e o dano que sofreu.

Por intermédio da fé pública, é dada a confiança ao Estado. Não poderia ser diferente, visto a sua necessária atuação pública, sob pena de barbárie. Contudo, os Poderes submetem-se – face a suas prerrogativas e poderes – um risco maior, que é pautado pela teoria do risco administrativo, conforme bem trabalha Carvalho (2019, p. 351):

Esta teoria responsabiliza o ente público, objetivamente, pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, contudo, admite a exclusão da responsabilidade em determinadas situações em que haja exclusão de algum dos elementos de responsabilidade [...]. A atividade administrativa tem como finalidade alcançar o bem comum e se trata de uma atividade potencialmente danosa. Por isso, surge a obrigação econômica de reparação de dano pelo Estado pelo simples fato de assumir o risco de exercer tal atividade independentemente da má prestação do serviço ou da culpa do agente público faltoso.

Em complemento, esta responsabilização objetiva requer a demonstração da conduta, dano e nexos de causalidade, como atribuí Mazza (2019, p. 643):

Para a teoria objetiva, o pagamento da indenização é efetuado somente após a comprovação, pela vítima, de três requisitos: a) ato; b) dano; c) nexos causal.

Nesta ideia, a teoria da responsabilidade objetiva é nomeada, também, como teoria do risco, a ideia que funda a teoria é que a atuação estatal, face a seu caráter ontológico de risco, deverá responder sem a demonstração do dolo e da culpa.

Como mostra Oliveira (2020, p. 1137):

A teoria do risco administrativo pressupõe que o Estado assume prerrogativas especiais e tarefas diversas em relação aos cidadãos que possuem riscos de danos inerentes.

Ainda, importante mostrar como entende Meirelles (2020, p. 781):

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração. Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que; atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública.

A teoria do risco administrativo impõe à Administração, em face dos prejuízos gerados por conduta lesiva e injusta à um terceiro, o dever de indenizar, sem a necessidade de a vítima demonstrar que aquela conduta foi realizada com culpa, uma vez que se presume a culpa em razão da atividade prestada, como demonstra Meirelles, a Administração estabelece uma atividade pública que ocasiona um risco presumido a certos membros da comunidade.

Em relação à natureza do dano, apresenta Di Pietro (2020, p. 1500 - 1501):

Segundo alguns doutrinadores, o Estado só responde objetivamente se o dano decorrer de ato antijurídico, o que deve ser entendido em seus devidos termos. Ato antijurídico não pode ser entendido, para esse fim, como ato ilícito, pois é evidente que a licitude ou ilicitude do ato é irrelevante para fins de responsabilidade objetiva; caso contrário, danos decorrentes de obra pública, por exemplo, ainda que licitamente realizada, não seriam indenizados pelo Estado. Somente se pode aceitar como pressuposto da responsabilidade objetiva a prática de ato antijurídico se este, mesmo sendo lícito, for entendido como ato causador de dano anormal e específico a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais. Por outras palavras, ato antijurídico, para fins de responsabilidade objetiva do Estado, é o ato ilícito e o ato lícito que cause dano anormal e específico.

Ato antijurídico não se resume em ato lícito ou ilícito, ou seja, um ato que está ou não em consonância com a lei, conforme ensina Di Pietro, ato antijurídico deverá se estabelecer como um ato causador de dano anormal e específico a determinados indivíduos, ainda que a conduta seja eivada de licitude.

O ponto mais importante para este trabalho é o estudo da responsabilidade civil do Estado frente a atos tipicamente jurisdicionais. Primeiramente, deve-se registrar que a

responsabilidade por atos típicos do Poder Judiciário é, de regra, excepcional. Ou seja, não haverá ressarcimento por erro judicial, salvo em hipóteses expressamente previstas, as quais serão estudadas.

A maior rigidez quanto à responsabilidade extracontratual em relação a decisões judiciais se estabelece face à natural soberania do Poder Judiciário, necessária para o exercício de sua função típica estabelecida pela Constituição Federal.

É nesse sentido que trabalha Di Pietro (2020, p. 1518):

A ideia de independência do Judiciário também é inaceitável para o fim de excluir a responsabilidade do Estado, porque se trata de atributo inerente a cada um dos Poderes. O mesmo temor de causar dano poderia pressionar o Executivo e o Legislativo.

A doutrina visa demonstrar alguns importantes elementos que constroem embasamento para afastar a responsabilidade por atos jurisdicionais típicos. Um desses elementos diz respeito à possibilidade, pelas partes, de gozar do princípio da recorribilidade. Isto é, quando um juiz decide de forma contrária ao entendimento da parte, esta possui o direito de demonstrar tanto o *error in procedendo*, quanto o *error in iudicando* às instâncias superiores, garantido a análise dos autos por um órgão colegiado.

Assim entende Oliveira (2020, p. 1160):

o ordenamento jurídico consagra mecanismos específicos para correção de equívocos cometidos na prestação jurisdicional, notadamente os recursos e as ações autônomas de impugnação. Portanto, evidenciado o erro de procedimento (*error in procedendo*) ou o erro de julgamento (*error in iudicando*) por parte do magistrado, o interessado deve manejar os instrumentos jurídicos necessários à correção do problema. A formação da coisa julgada, fundada no princípio da segurança jurídica, impede a modificação da decisão judicial, tornando-a definitiva, hipótese em que o interessado não poderá alegar o suposto erro judicial para responsabilizar o Estado. Apenas na hipótese de desconstituição da coisa julgada, com a demonstração do erro judiciário, seria possível responsabilizar o Estado;

Ainda, destaca Meirelles (2016, p. 789):

O ato legislativo típico, que é a lei, dificilmente poderá causar prejuízo indenizável ao particular, porque, como norma abstrata e geral, atua sobre toda a coletividade, em nome da Soberania do Estado, que, internamente, se expressa no domínio eminente sobre todas as pessoas e bens existentes no território nacional.

Com isso, assevera Di Pietro (2020, p. 1520):

A jurisprudência brasileira, como regra, não aceita a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, o que é lamentável porque podem existir erros flagrantes não só em decisões criminais, em relação às quais a Constituição adotou a tese da responsabilidade, como também nas áreas cível e trabalhista. Pode até ocorrer o caso em que o juiz tenha decidido com dolo ou culpa; não haveria como afastar a responsabilidade do Estado. Mas, mesmo em caso de inexistência de culpa ou dolo, poderia incidir essa responsabilidade, se comprovado o erro da decisão.

Frente a isto, é possível falar em responsabilização do Estado por equívocos judiciais, tal como o exemplo do cerceamento indevido de liberdade, em que o indivíduo presumidamente seria inocente até uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

O artigo 5, inciso LXXV destaca que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Na mesma ordem, é importante citar o que reza o art. 5, inciso LXXVIII, da CRFB:

a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A execução provisória da pena está cingida ontologicamente com os permissivos constitucionais de responsabilização civil por parte do Estado frente à atuação jurisdicional. De acordo com os estudos já realizados, demonstrou-se que, durante o lapso temporal entre 2016 e 2019, o entendimento da Suprema Corte Brasileira estava firmado no sentido de permitir o cumprimento provisória da pena, como uma espécie de resultado natural da condenação em segunda instância.

Com a mudança de entendimento por parte do STF, o acusado poderá ter a sua liberdade cerceada, desde que haja justa causa para uma prisão preventiva, com respeito a todos os fundamentos que exige esta prisão cautelar. No entanto, durante o período supracitado, acusados tinham sua liberdade cerceada por força de uma prisão pena. A partir de todas as premissas apresentadas, a conclusão deste estudo, como se pode perceber, vai no sentido de que o erro judiciário estaria claro.

Esteve vigente, durante esse longo período de tempo, um entendimento manifestamente contrário ao texto constitucional e infraconstitucional, do qual se extraía presunção de inocência e um marco inicial bem definido para o cumprimento da pena - após o trânsito em julgado. Não possui o Poder Judiciário competência para afastar norma manifestamente válida, construída pelo Poder Legislativo na sua função típica e soberana.

Ademais, a prisão além do tempo fixado na sentença é causa de responsabilidade civil, o que demonstra a preocupação do Poder Constituinte originário em estabelecer limites à intervenção do Estado na liberdade individual.

Torna-se inevitável estabelecer uma relação de analogia entre “prisão além do tempo estabelecido na decisão condenatória” com a ocorrência de prisão após mera condenação em segunda instância. Nesse caso, pois, inexistente uma decisão condenatória capaz de produzir efeitos. Ontologicamente, ocorre dano irreversível à dignidade da pessoa humana, tal como no excesso de prazo na prisão.

Em que pese a execução provisória da pena esteja intrinsecamente ligada ao permissivo constitucional de responsabilidade civil do Estado em relação ao erro judiciário e, por analogia, ao dano correspondente à prisão além do tempo fixado na sentença, sabe-se que a ocorrência,

na jurisprudência brasileira, da responsabilidade civil do Estado por ato judicial é escassa. Em relação a isso, posiciona-se Di Pietro (2020, p. 1522):

As garantias de que se cerca a magistratura no direito brasileiro, previstas para assegurar a independência do Poder Judiciário, em benefício da Justiça, produziram a falsa ideia de intangibilidade, inacessibilidade e infalibilidade do magistrado, não reconhecida aos demais agentes públicos, gerando o efeito oposto de liberar o Estado de responsabilidade pelos danos injustos causados àqueles que procuram o Poder Judiciário precisamente para que seja feita justiça.

Ainda que a Fazenda Pública possa vir, em tese, a ser condenada a indenizar indivíduo que cumpriu a pena e foi posteriormente absolvido, face à ocorrência de responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional típico, será necessário demonstrar o dolo, a fraude, a recusa, a omissão ou o retardamento injustificado de providências por parte do Magistrado, no caso concreto, para que se configure a sua responsabilidade pessoa.

O Magistrado só pode ser responsabilizado pela via da ação regressiva, o que se extrai da inteligência do artigo 37, § 6º da Constituição Federal. É nessa ideia que trabalha Meirelles (2016, p. 791):

A reparação do dano causado pela Administração a terceiros obtém-se amigavelmente ou por meio da ação de indenização, e, uma vez indenizada a lesão da vítima, fica a entidade pública com o direito de voltar-se contra o servidor culpado para haver dele o despendido, através da ação regressiva autorizada pelo § 6 do art. 37 da Cf. O legislador constituinte bem separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado, regressivamente.

Desse modo, a responsabilidade extracontratual do Estado em razão de ato jurisdicional típico, em regra, não leva à indenização, por parte da Fazenda Pública, da vítima de eventual dano anormal. Isso poderia gerar uma quebra da ordem democrática, face à importância do respeito às decisões judiciais vigentes. Excepcionalmente, porém, o legislador constituinte deixou algumas hipóteses que, caso ocorram na persecução criminal, poderão dar azo à responsabilização do Estado e, regressivamente, do Magistrado.

## CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho, por intermédio dos estudos que fundamentam as ciências criminais, foi possível desconstruir alguns dogmas sociais, a fim de encontrar os motivos que levam à existência de garantias e direitos, humanizando e democratizando todos os elementos que compõe a natureza *sui generis* da dogmática penal.

Os estudos acerca do delito foram importantes para chegar nos direitos fundamentais que visam garantir a defesa da liberdade em face da intervenção estatal. Inicialmente, o artigo demonstra uma transformação entre os fundamentos liberais aos sociais, no qual, através da

Escola Positiva, busca-se encontrar a resposta do delito no sujeito delincente, com estudos que visavam legitimar o poder punitivo.

Posteriormente, com o advento da criminologia crítica, com forte influência da sociologia, foi possível desconstruir a ideologia penal oficial. O poder punitivo sempre integrou a dogmática penal, produzindo processos de criminalização de condutas que visavam criminalizar sujeitos que não integravam a ordem econômica-política, ou seja, não eram produtivos socialmente.

Essa produção seletiva de delitos busca apresentar uma ilusão de segurança jurídica, na qual ocorre sensação de proteção por parte do Estado na defesa social. Este mesmo Estado, através da sua ideologia punitiva, cria inimigos e os persegue, produzindo o encarceramento seletivo.

Durante o decorrer da pesquisa, foi possível demonstrar que o encarceramento é só uma fase final de violação ao sujeito, uma vez que ele é violado pela omissão estatal na garantia de educação, segurança, moradia, etc.

Essa omissão se estabelece também por razão da sociedade e da família do sujeito, que o transforma em um indivíduo marginalizado, sendo o cárcere responsável pela função final de integrá-lo de vez na carreira criminosa.

Diante disso, o entendimento firmado pelo STF, nos termos já apresentados, no lapso temporal entre 2016 a 2019, permitiu o encarceramento indevido de sujeitos que respondiam a processos criminais e tinham recebido uma sentença penal condenatória ainda não transitada em julgado. Ou seja, ainda poderiam vir a desfrutar de uma sentença absolutória, caso obtivessem sucesso em recurso nas instâncias superiores.

Esse encarceramento antecipado, por pena ainda provisória, produz, inicialmente, uma violação ao ordenamento jurídico e à segurança jurídica, tão necessárias para a ordem democrática e de direito. Ele contraria o que dispõe o art. 283 do CPP, que determina que a prisão como pena só poderia ser executada após o trânsito em julgado. Viola, ainda, o princípio da presunção de inocência, que determina que, até o esgotamento das vias recursais, não poderá o acusado receber tratamento de culpado.

Em segundo, viola a natureza humana do acusado, que, ao ser visto como inimigo no direito penal, em razão de discursos punitivistas do Estado e dos veículos de informação, recebe um tratamento diferenciado.

Além disso, ocorre uma violação contraditória ao discurso oficial, pois se sabe que o cárcere reproduz a violência e integra sujeitos à vida no crime, ao encarcerar suspeitos. Como



ainda não existe juízo de certeza processual, estar-se-á garantindo que possíveis inocentes tenham a sua liberdade cerceada indevidamente e os marginalizando.

Em complemento, percebe-se que, para incidir a responsabilidade civil do Estado em decorrência de atos jurisdicionais típicos, deverá haver erro judiciário, prisão além do tempo fixado, entre outros. Conforme narrado, é possível entender, uma vez que o dispositivo objeto de controvérsia possui um caráter de *easy case* face a sua semântica de fácil interpretação, que houve um erro judiciário em razão de entendimento já corrigido pelo STF.

Ademais, visto que há direito a indenização para a vítima que cumpre pena maior que o prazo estabelecido na sentença penal condenatória transitada em julgado, por analogia, mais grave será aquele que cumpre pena sem nem se quer existir uma sentença penal condenatória capaz de produzir efeitos.

Com base no que é trabalhado, entende-se que, em defesa do sujeito violado por intermédio de múltiplos danos anormais, deverá a Fazenda Pública ser responsabilizada civilmente pelos danos causados, realizando-se a compensação pela via indenizatória, em prol do respeito às garantias e direitos fundamentais, para que, assim, consiga-se produzir uma mentalidade social de zelo no que tange à intervenção estatal na liberdade individual.

Assevera-se que o dever de indenizar está fortemente relacionado aos estudos criminológicos que embasam este trabalho, demonstrando o tratamento desigual da dogmática penal em face do sujeito, em conjunto com à violência gerada na vida do encarcerado, pelo cumprimento da pena privativa de liberdade.

Por fim, aquele que é encarcerado será estigmatizado para o resto dos seus dias, e, quando o Estado age no sentido de privar de liberdade, pelo instituto da prisão pena – que viola a presunção de inocência e todos os demais princípios que embasam as garantias dos acusados –, sem os devidos fundamentos processuais penais, estará gerando um dano que se perpetuará até o último dia de vida da vítima que gozará de uma sentença penal absolutória, ao final da persecução criminal que gerou o cárcere.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** / Robert Alexy; tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros: Teoria & Direito Público, 2ª edição, março de 2011. 4ª reimpressão, janeiro de 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal** Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora

Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, outubro de 2011. 6ª reimpressão, junho de 2019.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Tradução por Paulo José da Costa Júnior, Aberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. V.1.

BRASIL. ATO INSTITUCIONAL Nº 5, DE 13 DE DEZEMBRO DE 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 13 set. 2020

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.ht](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.ht)>. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. LEI Nº 7.960, DE 21 DE DEZEMBRO DE 1989. Disponível em: <[encurtador.com.br/swDP1](http://encurtador.com.br/swDP1)>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Supremo Tribunal Federal, out. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 17 maio. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. PEC DOS RECURSOS. A prisão em segunda instância nos tempos de "lava jato". **Conjur**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-26/opiniao-prisao-segunda-instancia-tempos-lava-jato>. Acesso em: 15 mai. 2020.

KHALED JUNIOR, Salah H. (Coord.). **Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.** 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, Letramento, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020a.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020b.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 9.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MIGALHAS. Prisão em 2ª instância: STF volta a proibir prisão em 2ª instância; placar foi 6 a 5. São Paulo, 07 de nov. de 2019. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/quentes/314723/stf-volta-a-proibir-prisao-em-2--instancia--placar-foi-6-a-5>>. Acesso em: 26 de out. de 2020.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. 2. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 4. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia da repressão: crítica à criminologia positivista**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TÁVORA, Nestor.; RODRIGUES, Rosmar. **Curso de direito processual penal**. 14. ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP. DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO – 1789. Disponível em: < [encurtador.com.br/mrzM8](http://encurtador.com.br/mrzM8) >. Acesso em: 15 set 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. – Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, janeiro de 2001, 6ª reimpressão, junho de 2018. 281p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007