



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

ARGLEYDSON DIEGO DA SILVA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DE
INFRAÇÕES PENAS PRATICADAS POR FORAGIDOS DO SISTEMA
PRISIONAL**

**SOUSA - PB
2010**

ARGLEYDSON DIEGO DA SILVA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DE
INFRAÇÕES PENAIS PRATICADAS POR FORAGIDOS DO SISTEMA
PRISIONAL**

**Monografia apresentada ao Curso de
Ciências Jurídicas e Sociais do
CCJS da Universidade Federal de
Campina Grande, como requisito
parcial para obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e
Sociais.**

Orientador: Professor Dr. Iranilton Trajano da Silva.

**SOUSA - PB
2010**

ARGLEYDSON DIEGO DA SILVA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DE INFRAÇÕES
PENAIAS PRATICADAS POR FORAGIDOS DO SISTEMA PRISIONAL**

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Iranilton Trajano da Silva

Banca Examinadora

Data da aprovação: _____

Orientador: Prof. Iranilton Trajano da Silva

Examinador interno

Examinador externo

Ao meu verdadeiro pai, Sales, pela paciência,
alegria e vontade de viver que sempre teve e
ao amor que sempre proporcionou a mim.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente a Deus pela vida concedida e pelos dons atribuídos.

A Sales e Deusáires, meus pais, pela vida e pelos valores virtudes que me passaram.

Aos meus irmãos, Andreza pela paciência e cumplicidade e ao meu eterno irmão Anderson Bruno (*in memorian*) por ser sempre meu espelho de vida.

À Jane Sinara, minha noiva, cujo amor inspira todos os meus atos.

Agradeço ao compromisso e paciência do meu orientador Professor, Iranilton Trajano, um grande irmão que me contagiou com a forma responsável e descontraída com que ensina.

A todos aqueles que foram fundamentais e que participaram da jornada acadêmica, o meu muito obrigado!

“À medida que as penas forem moderadas que a desolação e a fome eliminadas dos cárceres, quando enfim a compaixão e a humanidade penetrarem as portas de ferro e prevalecerem sobre os ministros inexoráveis e empedernidos, as leis poderão contentar-se com índices cada vez mais fracos para a prisão.”

Cesare Beccaria

RESUMO

Este trabalho tem como finalidade principal apresentar uma abordagem jurídica da responsabilidade civil do Estado pela negligência na obrigação de vigiar e garantir que o preso permaneça encarcerado. Ante a crescente falta de segurança nos presídios estaduais e carência nas condições em que são submetidos os encarcerados, em consequência, toda a população e os detentos se tornam vítimas de um sistema prisional desestruturado. As políticas de melhorias do sistema traçadas pelo Estado não atingem o objetivo de proporcionar aos encarcerados uma melhoria no cumprimento de suas penas. O Poder Público, responsável pela proteção dos cidadãos, não consegue combater efetivamente o crime, o qual se apresenta, a cada dia, bem mais acentuado, onde cada vez mais ocorrem crimes envolvendo foragidos, evidenciando-se com isso, a omissão na prestação do serviço de segurança nos presídios garantido pela Constituição Federal. Diante disso, ao Estado poderá ser imputada a responsabilidade civil quando ficar comprovada a omissão deste em proporcionar a guarda e vigia do encarcerado. Na realização desta pesquisa, serão utilizados os métodos exegético-jurídico e o histórico-comparativo bem como o método bibliográfico. O trabalho está estruturado em três capítulos. O primeiro capítulo versará sobre os aspectos gerais da responsabilidade civil do Estado. No segundo capítulo será ventilada a estrutura do sistema prisional. E, no último capítulo, tratar-se-á sobre o tema central do presente trabalho, onde será defendida a responsabilidade civil do ente estatal na omissão em garantir que o preso cumpra sua pena e posterior indenização pela prática do crime cometido pelo foragido.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado. Sistema prisional. Omissão.

ABSTRACT

This work has as main purpose to present a legal approach to liability for negligence in the State obligation to oversee and ensure that the prisoner remains incarcerated. Faced with the increasing lack of security at state prisons and a shortage in the conditions the prisoners are subjected, in consequence, the whole population and detainees become victims of a prison system unstructured. Policies to improve the system outlined by the State failed to meet the goal of providing an improvement in prison their sentences. The government, responsible for protecting citizens, can not effectively combat crime, which is presented every day and more pronounced, which increasingly occur involving crimes fugitives, demonstrating that with the failure to provide the security service in prisons guaranteed by the Constitution. Given this, the State shall be found to liability when it is proven that the omission in providing guard and watchman of the prison. In this research, the methods used are legal and exegetical, historical-comparative method and the literature. The work is structured into three chapters. The first chapter will focus on general aspects of liability of the state. In the second chapter will be ventilated the structure of the prison system. And in the last chapter, that it will focus on the central theme of this work, which will be defended the civil liability of state entity in the failure to guarantee that the prisoner serve his sentence and subsequent compensation for the crime committed by the fugitive.

Keywords: Liability of the State. Prison system. Omission.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ASPECTOS GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	12
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	12
2.2 EVOLUÇÃO	14
2.3 TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE	14
2.4 TEORIAS SUBJETIVAS	15
2.4.1 Teoria da Culpa Civilista	16
2.4.2 Teoria da Culpa Administrativa	17
2.4.3 Teoria da Culpa Anônima	18
2.4.4 Teoria da Culpa Presumida	18
2.5 TEORIAS OBJETIVAS	19
2.6 TEORIA ADOTADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	21
2.7 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO	22
3 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA	26
3.1 HISTÓRICO	26
3.2 A OFENSA AS NORMAS DE EXECUÇÃO PENAL QUE VIGORAM EM NOSSO PAÍS	28
3.3 OS PROBLEMAS QUE ASSOLAM O SISTEMA PENITENCIÁRIO	32
3.4 A SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA E SUAS CONSEQÜÊNCIAS	34
3.5 COMPARATIVO ENTRE AS UNIDADES PRISIONAIS FEDERAIS E ESTADUAIS	35
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DE INFRAÇÕES PENAIS PRATICADAS POR FORAGIDOS DO SISTEMA PRISIONAL	38
4.1 APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO	40
4.2 APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO	41
4.3 O DEVER DE CUIDADO DO ESTADO NA CUSTODIA DO PRESO	42
4.4 O QUE LEVA UM DETENTO A FUGIR DO CÁRCERE?	44
4.5 A SOCIEDADE E O PRESO COMO VÍTIMAS DO DESCASO DO SISTEMA PRISIONAL	45

4.6 A OBRIGAÇÃO DO ESTADO EM INDENIZAR AS VÍTIMAS.....	46
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52
ANEXO A – IMAGENS DA SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS NO BRASIL	54

1 INTRODUÇÃO

Ao Estado são atribuídas funções imprescindíveis para a organização da convivência social. Assim, com base na teoria do pacto social, as pessoas passaram a viver em comunidade, abrindo mão de certas liberdades individuais em favor do Estado para que este, considerado uma força maior, garantisse a segurança e a proteção dos grupos de indivíduos.

O Estado vive em uma desestabilização de seu sistema penitenciário, informa o texto constitucional, que o ente estatal deve proporcionar segurança para com seus apenados. Porém, a realidade é outra. O Brasil vive uma verdadeira falta de organização e estruturação no que diz respeito ao sistema penitenciário. Está cada vez mais difícil manter a tranquilidade e a paz na convivência social dos presídios e cadeias públicas, pois o poder estatal não consegue conter o crescimento da população carcerária e junto com esse crescimento, a criminalidade.

Diante desse contexto que, o presente trabalho irá apresentar importantes aspectos que vão abordar a Responsabilidade Civil do Estado pela omissão na prestação do serviço de segurança do sistema penitenciário e obrigação da reparação nos danos causados pelos foragidos do sistema.

A escolha do tema da responsabilização do Estado nos crimes cometidos pelos foragidos do sistema prisional como foco central da pesquisa não foi incipiente. O tema é pertinente e como se vê diariamente na mídia o aumento de casos de práticas criminosas reiteradas como: assaltos, homicídios, seqüestros, estupros, agressões físicas, entre outros, causados por delinqüentes foragidos, leva cada vez mais o Estado a ser acionado para ressarcir os danos causados às vítimas da delinqüência, com viés na disposição constitucional que impõe o dever ao Poder Público de oferecer o serviço eficiente, não impondo ao particular os encargos da administração inoperante.

É objetivo geral da pesquisa, identificar a responsabilidade civil do Estado, perante a sua atividade omissiva no dever de prestar a segurança adequada na guarda do encarcerado.

São objetivos específicos deste mesmo estudo, abordar a atual conjuntura do sistema penitenciário, observando a falta de cumprimento da legislação e

defender a premissa de que o particular não pode ser prejudicado por uma possível conduta lesiva omissiva, do ente estatal.

Para a realização do presente trabalho científico utilizar-se-á o método bibliográfico; o método histórico comparativo; o método exegético-jurídico, com interpretação da legislação brasileira pertinente ao assunto tratado; e pesquisa jurisprudencial. Serão ainda, utilizadas as informações prestadas pelos meios de comunicação.

Inicialmente, no primeiro capítulo, a pesquisa monográfica abordará as considerações iniciais acerca da responsabilidade civil do Estado, acompanhada da sua evolução histórica, elemento fundamental para a compreensão dos entendimentos atuais. Em seguida, no segundo capítulo, será tratada a questão da situação do sistema penitenciário dando um maior enfoque sobre a situação dos detentos nas penitenciárias, a falta de segurança nos presídios e a crise pela qual atravessa o sistema carcerário. Finalizando, o último capítulo abordará a questão no que concerne à aplicação da responsabilidade civil do Estado quando este é omissivo na prestação do serviço, o que ocasiona na fuga do preso e posterior cometimento do delito.

Por fim, com a realização dessa pesquisa científica, será demonstrada que a população deve exigir do Estado uma indenização quando for vítima de detentos foragidos, pois é um dever do mesmo cuidar para que o criminoso permaneça encarcerado durante o cumprimento de sua condenação.

Assim, na hipótese do Poder Público não cumprir as funções determinadas pela Constituição e pela Lei de Execução Penal, e causar, de algum modo, dano ao particular, entende-se que entrará em cena o instituto da Responsabilidade Civil do Estado, buscando sempre a restauração do equilíbrio patrimonial ou moral diante de atos lesivos causados por criminosos foragidos.

2 ASPECTOS GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A atividade humana em meio à convivência social poderá ocasionar em determinadas situações de prejuízos a outrem. Surge por parte do agente causador do prejuízo a responsabilidade ou o dever de indenizar. É com o objetivo de assegurar a estabilidade nas relações sociais que o instituto da Responsabilidade Civil, por meio dos seus princípios e normas, busca a restauração do equilíbrio patrimonial e moral violado pela atividade lesiva, ou seja, almeja a reparação do dano.

O Estado, constituído por um grande aparelho público, também será passível de responsabilidade civil quando os seus atos ou suas omissões causarem prejuízos ao particular. Nas próximas linhas serão analisados os eventos que, ao longo da história, contribuíram para a evolução da responsabilidade civil do Estado, além de examinar os elementos essenciais à formação e composição do instituto.

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Administração ou o Poder Público impregna consigo, na organização da sociedade, compromissos de desempenhar as suas atividades com o finco de proteger o bem comum, obrigações estas apontadas principalmente pela Carta Magna. O Estado através de danos causados devido a eventuais atuações de forma omissiva ou comissiva enfrentará o ressarcimento de tais atos, garantindo aos particulares lesados o seu direito. Dessa forma fica compreendida a Responsabilidade Civil do Estado no momento em que este não garantir de maneira eficaz o que lhe foi antecipadamente encarregado em virtude de lei, e dessa maneira acarretar qualquer tipo de lesão aos cidadãos.

Na legislação brasileira, observa-se a presença de vários aparelhos que protegem as garantias e os direitos do particular, afim de que, o direito do particular não seja afetado de forma negativa, e que a Justiça seja sempre dividida de forma igualitária, previsto isso principalmente em nossa Carta Magna e no atual Código Civil Brasileiro.

Responsabilidade segundo o dicionário Aurélio significa a condição jurídica de quem, sendo considerado capaz de conhecer e entender as regras e leis e de determinar a própria vontade e ações, pode ser julgado e punido por algum ato que cometeu, esse termo responsabilidade, advém do verbo latino *respondere*. De forma clara a doutrinadora Di Pietro (2006, p. 408) conceitua a responsabilidade do Estado:

Pode-se, portanto, dizer que a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.

É oportuno comentar a opinião, diante o tema da responsabilização do Estado, o juízo do renomado autor Marcelo Alexandrino (2009, p.710):

No âmbito do Direito Público, temos que a responsabilidade civil da Administração Pública evidencia-se na obrigação que tem o Estado de indenizar os danos patrimoniais ou morais que seus agentes, atuando em seu nome, ou seja, na qualidade de agentes públicos, causem à esfera juridicamente tutelada dos particulares. Traduz-se, pois na obrigação de reparar economicamente danos patrimoniais, e com tal reparação se exaure.

Existem vários elementos da responsabilidade jurídica do Estado, assim, é importante frisar que para se constituir a responsabilidade jurídica se pode sistematizar do seguinte estilo: primeiramente ocorre a necessidade de alguém que desobedeça a uma regra, princípio ou norma constante no ordenamento jurídico; depois há a necessidade de alguma pessoa ter seu direito atingido; havendo alguém que infrinja uma norma jurídica e alguém que sofre uma lesão, se faz necessário que exista um elo de ligação causal entre a ação do infrator e a infração, e esta infração ocasione um prejuízo, havendo uma sanção aplicável. Por último o emprego de uma represália que reconstitua o ato danoso.

Sérgio Cavallieri Filho (2008, p.13) explicando sobre a função da responsabilidade civil entende que:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*.

Verificado os pressupostos da responsabilidade jurídica do Estado, este é compelido a Eliminar ou remediar as conseqüências dos agravos que seus agentes origem aos seus administrados.

2.2 EVOLUÇÃO

O objeto da responsabilidade civil do Estado tem ganhado tratamento distinto no espaço e no tempo; várias proposições têm sido formadas, não existindo no âmbito de um mesmo direito, igualdade de regime jurídico que aborde a totalidade das teorias.

Em vários sistemas, como o anglo-saxão, dominam os princípios do direito privado; em outros, como o europeu-continental, aceita o regime publicístico. O princípio adotado, durante muito tempo, foi o da irresponsabilidade; indo depois para a responsabilidade subjetiva, vinculada à culpa, nos tempos atuais aceita em várias conjeturas.

Em seguida, o princípio evoluiu, para a teoria da responsabilidade objetiva, sendo utilizada em presença de condições variáveis de um sistema para outro, de acordo com normas impostas pelo direito positivo.

Nas linhas seguintes será traçada a evolução por meio de uma análise dos entendimentos e das teorias que vão desde a irresponsabilidade absoluta do Estado até a teoria do risco integral, as quais proporcionaram atingir o atual estágio do seu desenvolvimento jurídico.

2.3 TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE

A doutrina da irresponsabilidade consistia em que o Estado não possuía nenhuma responsabilidade no tocante aos atos cometidos pelos seus agentes. O recurso para com os particulares era muito rigoroso, pois correspondiam as condições políticas da época.

Historicamente, no Estado Romano, a pessoa do governante era dita como se fosse o próprio Estado, julgava-se como sendo do Estado toda e qualquer ação cometida pelo governante. No entanto, vale lembrar que o Estado não era forçado a aparecer em juízo. Qualquer ato cometido pelos governantes era considerado como sendo praticado em benefício do bem comum, o que compreendia como favorecidas aquelas pessoas por acaso lesadas.

Quando prevalecia o absolutismo, o Poder Público não se responsabilizava por nenhum ato ocorrido da administração. Expressava que o governante, o rei, nada fazia de errado. Além do rei, tal regra incluía ainda os funcionários do reino que não eram passíveis de demandas que lhes atribuísem qualquer responsabilidade.

Segundo Marcelo Alexandrino (2009, p.710):

A teoria da não responsabilidade do Estado ante os atos de seus agentes que fossem lesivos aos particulares assumiu sua maior notoriedade sob os regimes absolutistas. Baseava-se esta teoria na idéia de que não era possível ao Estado, literalmente personificado na figura do rei, lesar seus súditos, uma vez que o rei não cometia erros, tese consubstanciada na parêmia "*the king can do no wrong*", conforme os ingleses, ou "*Le roi ne peut mal faire*", segundo os franceses.

O liberalismo colaborou de forma frenética para o atraso da teoria da irresponsabilidade, isso devido a uma menor intervenção do Estado nos interesses da sociedade e como decorrência do enfraquecimento do absolutismo.

Essa teoria não prevaleceu por muito tempo. A noção de que o estado era o ente todo poderoso, confundida com a teoria da intangibilidade de que o soberano era insuscetível de causar danos e ser responsável por este ato, foi substituída pela do Estado de Direito, segundo a qual deveriam ser a ele atribuídos os direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas.

2.4 TEORIAS SUBJETIVAS

Devido o declínio e superação da teoria da irresponsabilidade absoluta da Administração nasceu um entendimento de responsabilidade subjetiva para abranger os danos trazidos por membros da Administração aos particulares. Aqui, a

responsabilidade encontrará base no ambiente culpa. Será, exigido, portanto, a culpa para a distinção da responsabilidade civil do Estado.

Para a elucidação da culpa na responsabilidade estatal é indispensável o exame das seguintes teorias: teoria da culpa civilística, a da culpa administrativa, a da culpa anônima, a da culpa presumida e a da falta administrativa.

2.4.1 Teoria da Culpa Civilista

Foi a partir do século XIX que a teoria da irresponsabilidade esteve suplantada. Entretanto, ao aceitar, primeiramente, a responsabilidade do Estado, adotavam-se os princípios do direito civil, apoiados na idéia de culpa, daí falar-se em teoria civilista da culpa.

No aparecimento da teoria da responsabilidade do Estado, criaram a teoria civilista. Esta teoria estava dividida em atos de gestão e atos de império. O ato de gestão significava a existência da possibilidade de culpar o Estado devido a seus atos, mas, no segundo caso, nos Atos de Império, não existia a possibilidade de atribuir a culpa ao Estado. Neste ensinamento dominava a idéia de que os agentes integrantes da Administração levavam consigo a qualidade de preposto, ou seja, aquele que conduzia um serviço ou atividade delegada pelo Poder Público.

Ao particular, competia provar a devida culpa do Estado, além da obrigação de apontar o agente causador do dano. Aconteceria a culpa como a consequência da preguiça na fiscalização ou vigilância estatal aos seus funcionários (culpa in vigilando), bem como pela má escolha do preposto (culpa in eligendo).

Como bem manifesta Marcelo Alexandrino (2009, p.711):

Assim, como o Estado atua por meio de seus agentes, somente existia obrigação de indenizar quando estes, os agentes, tivessem agido com culpa ou dolo, cabendo, evidentemente, ao particular prejudicado o ônus de demonstrar a existência desses elementos subjetivos.

Registra-se que, a teoria em comento gerava enormes obstáculos no que diz respeito à comprovação da culpa do Estado e, conseqüentemente, a não reparação

dos danos causados. Assim, a realização efetiva da justiça era algo visto de longe pelos particulares lesados por eventuais atos que prejudicassem o seu patrimônio.

Verifica-se com a formação desta teoria um acanhado desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil do Estado, pois, atravessou um momento de total irresponsabilidade para um momento no qual existe um sistema misto de responsabilização estatal.

2.4.2 Teoria da Culpa Administrativa

Diversamente da culpa civilística, a teoria da culpa administrativa encara o agente público como se fizesse parte da própria composição do governo e não como um representante. Diante disso, se o agente desse causa a qualquer avaria a um particular, seria como se o próprio Estado estivesse praticando tal ato. O agente apenas equivaleria a um instrumento agindo em nome da Administração. Sobre essa premissa, Marcelo Alexandrino (2009, p.711) assim declara:

A teoria da Culpa Administrativa representou o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a responsabilidade objetiva atualmente adotada pela maioria dos países ocidentais, fator preponderante para o atual objetivo.

A atribuição da responsabilidade civil do Estado, que passou a ser direta, precisará, nesta teoria, da prova da culpa na modalidade *in comittendo* ou *in omittendo* dos seus agentes. Ao particular compete a tarefa de comprovar o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do funcionário (compreendido como ato da administração) para que haja a aferição da responsabilidade estatal.

Ainda segundo Alexandrino (2009, p.711):

Segundo teoria da Culpa Administrativa, o dever de o Estado indenizar o dano sofrido pelo particular somente existe caso seja comprovada a existência de falta do serviço. Não se trata de perquirir da culpa subjetiva do agente, mas da ocorrência de falta na prestação à qual convencionou-se chamar culpa administrativa ou culpa anônima.

Evidencia-se, pois, que a teoria da culpa administrativa apresenta-se como uma transição em que a objetivação da responsabilidade passaria a tomar o lugar da

responsabilidade com culpa. O aumento grandioso do número de funcionários, devido ao crescimento do aparelho estatal, impôs grande dificuldade para a vítima de comprovar e identificar o agente público, autor da ação ou da omissão que tenha provocado o dano.

Esta teoria ocasiona uma ampla responsabilidade ao particular que, além das avarias sofridas, tem ele que demonstrar a falta do serviço para poder ser ressarcido dos danos ocasionados pela Administração, fato que inibe a reparação.

A culpa administrativa resulta do mau funcionamento, da falta ou retardamento de um serviço que termina acarretando alguma avaria ao administrado. No entanto, para auferir o ressarcimento, além da comprovação do dano e do nexo causal entre a atividade e o dano, a vítima terá que demonstrar a culpa da Administração.

Ainda com a confiança de que, o dano ocorreu da atividade da Administração, complexo seria apontar o agente causador da avaria perante o alcance do poder estatal e da impessoalidade na prestação de serviços, criando uma grande barreira ao fim buscado pelo particular lesado: a indenização.

2.4.3 Teoria da Culpa Anônima

Essa teoria origina a responsabilidade civil do Estado pela necessidade de comprovar que o dano surgiu de uma atividade do Poder Público, pelo comportamento de qualquer funcionário. Não há, designadamente, a obrigação da ciência de qual funcionário acarretou o dano. Assim, discorreu que para a responsabilização do Estado necessitaria apenas a veracidade de que o dano ocorreu do serviço público, por procedimento de qualquer funcionário.

2.4.4 Teoria da Culpa Presumida

Na teoria da culpa presumida cabe ao Estado confirmar que não ocasionou nenhum dano. Nesta teoria existe a presunção de culpa do Estado e a adoção do

discernimento da inversão do ônus da prova. É analisada como uma variante da teoria da culpa administrativa que constituía a admissível declaração da não ocorrência da culpa do poder estatal, sua diferença é que na teoria da culpa presumida, existe a suspeita da culpa do Estado, com o acolhimento do critério de inversão do ônus da prova.

Em outro momento da evolução da responsabilidade civil do Estado será analisada a última teoria subjetivista: teoria da falta administrativa. Como decorre do título da teoria em estudo, para caracterizar a culpa da Administração é imprescindível levar em conta a ausência do serviço que necessitaria ser oferecido pelo Estado e não foi realizado.

Dispensa-se, nesse instante, a necessidade de investigação sobre a existência da culpa do funcionário público. A investigação será, pois, no que tange à ocorrência da falta do serviço em si mesmo. É imprescindível a demonstração pela vítima de que a omissão estatal foi realmente o fenômeno que ocasionou o dano, o que deveria ser evitado pela sua obrigação de agir.

2.5 TEORIAS OBJETIVAS

Há uma firme melhora no que diz respeito ao tema da responsabilidade civil. O elemento subjetivo foi aos poucos se apresentando insuficiente para o afastamento justo dos mais diversos fatos de danos acarretados pelo aparelho estatal. É nesse conjunto que se buscou com as teorias objetivistas uma maior facilidade de reconhecer a responsabilidade civil do Estado em favor do particular. Os Tribunais vêm denominar a teoria objetiva como uma simples inversão do ônus da prova.

A teoria do risco administrativo veio consagrar a obrigação de ressarcimento da Administração Pública como resultado, simplesmente, do exercício de ato prejudicial ou injusto causado à vítima. Para buscar a indenização, não é exigida a falta do serviço ou a culpa do agente, mas tão somente o mero fato do serviço estatal.

O Estado será eximido de reparar o dano quando for verificada a culpa da vítima. Se a culpa do agente e do particular for concorrente, o valor da indenização

será calculado de acordo com o grau de culpa de cada um. Como aponta Pinto (2008, p.75):

De acordo com a teoria do risco administrativo, o Estado exerce inúmeras atividades que implicam riscos, devendo assumir os danos delas decorrentes. Afinal, o exercício dessas atividades ocorre em benefício de toda a coletividade, justificando que os ônus sejam repartidos igualmente entre os seus integrantes, cabendo aos cofres públicos o pagamento das indenizações pelos danos causados.

No mesmo diapasão assevera Di Pietro (2006, p.621) que:

Nessa teoria, a idéia de culpa é substituída pela de nexos de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. É chamada teoria da responsabilidade objetiva, precisamente por prescindir da apreciação dos elementos subjetivos (culpa ou dolo); é também chamada de teoria do risco, porque parte da idéia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente. Causado o dano, o Estado responde como se fosse uma empresa de seguro em que os segurados seriam os contribuintes que, pagando os tributos, contribuem para a formação de um patrimônio coletivo.

Não se averigua a culpa do Poder Público, o que se deve distinguir é a essência do nexo causal entre a conduta do agente e o dano que se almeja reparar. A teoria do risco integral é uma forma extrema que se arrasta da doutrina do risco administrativo. Por aquela teoria a Administração permaneceria coagida a recompensar todo e qualquer dano suportado por terceiros, embora que resultante de culpa ou dolo da vítima, em qualquer conjectura da qual for verificado o nexo causal entre a atividade da Administração e o dano ao particular, àquela será atribuída à responsabilidade pela indenização.

O autor Hely Lopes Meirelles, assim expõe (2004, p.627):

A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e a iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante da culpa ou dolo da vítima. Daí por que foi acoimada de "brutal", pelas graves conseqüências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza.

A teoria do risco integral assenta o Estado como um segurador universal e contraria o bom senso do Direito. Por isso, o afastamento dos ideais amparados por esta teoria é imprescindível para que não haja abusos e desvios perante a Justiça.

A última teoria a ser analisada é a do risco social. Conhecida também como responsabilidade sem risco, encontrando esteio no dever do Estado em zelar pela harmonia e pela estabilidade da sociedade.

O aparelho estatal seria considerado responsável por eventuais prejuízos ao particular quando ocorresse a quebra da paz social. Conforme exemplo apresentado por José De Aguiar Dias (apud, Gagliano, 2006, p. 194), a teoria em análise poderia ser aplicada nas situações em que sejam desconhecidos os autores dos delitos, nos casos em que estes empreendam fuga sem deixar bens ou sejam insolventes.

Para não deixar o particular lesado sem a devida reparação, o ente estatal assumiria tal ônus. Nesta teoria, mais importante seria socializar para assegurar e compensar, e não mais dar ênfase a idéia de individualizar o dano para reprimir o agente e compensar a vítima como nas outras teorias. Permanece sem prejuízo o direito de regresso da Administração contra o autêntico causador do dano.

2.6 TEORIA ADOTADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O Direito brasileiro alternou entre as doutrinas subjetivas e objetivas da responsabilidade civil da Administração. Desde o Império, prevê a reparação de danos causados ao particular pelo Estado, decorrentes de ações ou omissões de seus agentes. Os danos originados a terceiros por ação da Administração Pública, destarte, já é algo presente desde antigamente.

As Constituições de 1824 e 1891 conduziam que apenas os funcionários públicos eram responsáveis por qualquer ato no exercício de suas funções que caracterizassem algum tipo de abuso ou omissão. Não existia previsão de culpa do Estado, vigorando a teoria da irresponsabilidade do Estado. O funcionário era o único responsável.

Com o advento da Constituição de 1934 e a de 1937 passou a imperar o princípio da responsabilidade solidária. Aqui, a vítima poderia propor ação para o ressarcimento tanto contra o Estado como em desfavor do agente público.

É com a Constituição de 1946 que há a adoção da teoria objetiva para a descrição da teoria da responsabilidade civil do Estado. Da mesma maneira, a

responsabilidade objetiva, protegida pela teoria do risco administrativo ou risco criado, é confirmada pela Constituição de 1988, em seu artigo 37, § 6º:

Art. 37. [...]

§ 6. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso nos casos de culpa ou dolo.

Ainda, de acordo com o dispositivo supracitado, nada obsta que, o Poder Público promova ação regressiva contra o agente público, causador do dano, em caso de culpa ou dolo deste.

Conforme a doutrina da responsabilidade civil objetiva do Estado, para que se configure a obrigação de indenizar, devem concorrer os seguintes pressupostos: efetividade do dano – a vítima deve sofrer concretamente um dano de natureza material ou moral; o nexo causal – presença do nexo de causalidade entre a conduta do agente público e o dano suportado pela vítima; oficialidade da atividade causal e danosa atribuída ao agente do Poder Público – é imprescindível que o agente atue na qualidade de funcionário público, ou seja, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-la; falta de excludentes – a responsabilidade objetiva, existente na Constituição, se funda na teoria do risco administrativo e não na teoria do risco integral e caso seja constatada alguma excludente, não haverá a responsabilidade do Estado em reparar o eventual dano.

É certo a prescindibilidade da idéia de culpa para a aprovação do compromisso estatal em indenizar. No entanto, pelo afastamento ou pelo não emprego da teoria do risco integral, examinada qualquer excludente de responsabilidade civil, o Estado será eximido da ambição reparatória do dano. Por exemplo, presente a culpa exclusiva da vítima, extinguirá a possibilidade de ressarcimento pela Administração, pois romperá o nexo causal.

2.7 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

O Estado motiva agravos aos particulares por ação ou omissão. Quando o acontecimento ocasionado pela administração é comissivo, podem as avarias ser

provocadas por comportamento culposo ou não. A responsabilidade objetiva da administração pública se dará pelo comparecimento dos seus desígnios, o dano, nexos causal e o fato administrativo.

No que tange à responsabilidade civil do Estado por omissão, existe na doutrina e na jurisprudência divergências na atribuição, ou não, da responsabilidade objetiva em relação aos prejuízos causados pelo comportamento omissivo dos agentes da Administração. Contudo, nos casos de condutas comissivas, não há divergências na imputação ao Estado da responsabilidade objetiva.

Grande parte da doutrina defende que somente é objetiva a responsabilidade do Estado no que concerne às ações positivas. Isso posto, diante dos casos em que houver a constatação da omissão, a responsabilidade será subjetiva e haverá a perquirição da culpa. São adeptos a esse entendimento Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2006) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006), dentre outros.

Essa interpretação é sugerida pela análise do artigo 37, § 6º da Constituição Federal e do artigo 43 do Código Civil, os quais dispõem em seus textos:

Art. 37. [...]

§ 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.

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.

Partindo dos dispositivos acima citados, leva-se em atendimento o conceito do verbo “causar”. É essencial lembrar a distinção entre “causa” e “condição”. Causa é o evento que lança diretamente um efeito, enquanto que a condição não produz, por si só, o efeito. Os partidários dessa corrente definem a omissão como uma “condição” para a determinação do dano causado pelo Estado, onde este será responsável subjetivamente.

Se o dano foi causado por conduta comissiva dos agentes públicos, a responsabilidade do Estado será objetiva, pois aqui, assinalou a “causa” que é o evento produtor de certo resultado e não a “condição”.

Afirmar, portanto, que o Estado se responsabilizará objetivamente em qualquer situação, configurará um grande equívoco. O artigo 37, § 6º, da Lei Maior restringiu a responsabilidade objetiva da Administração apenas aos casos de conduta comissiva de seus agentes. Imprescindivelmente, nos casos de omissão, o elemento culpa ou a omissão culposa deverá ser comprovada.

Vale ressaltar que, o entendimento em foco não exime o Poder Público de responsabilidade na hipótese em que a omissão causar um dano ao particular. Mas, nas explicações de Alexandrino (2007, p.531):

Não é dado ao intérprete restringir onde o legislador não restringiu, sobretudo em se tratando do legislador constituinte – ubi lex no distinguit nec nos distinguere debemus. A Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da administração pública, altera inteiramente a dogmática da responsabilidade neste campo, com base em outros princípios axiológicos e normativos (dentre os quais se destacam o da isonomia e o da justiça distributiva), perdendo imediatamente base de validade o art. 15 do Código Civil, que se torna, assim, revogado, ou, mais tecnicamente, recepcionado pelo sistema constitucional.

Desta maneira, a Constituição Federal, em seu artigo 37, § 6º, adota unicamente a teoria objetiva para todo e qualquer comportamento da Administração, seja para as condutas positivas ou para as condutas negativas (omissões). Pinto (2008, p.167-168) retrata o resultado de pesquisas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acentuando a divergência e o crescimento de decisões no sentido da corrente ora examinada, certificando que:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal manteve-se fiel à tradição da corrente subjetivista até se encerrar a década de 80. Somente no início da década de 90 ocorre uma verdadeira revolução na jurisprudência do STF em matéria de teoria adotada para os casos de responsabilidade civil do Estado por omissão. [...]

É no julgamento do RE 109615-2/RJ, sob a relatoria do Min. Celso de Mello que, pela primeira vez, o Supremo Tribunal Federal condena o Estado por omissão com fundamento na responsabilidade objetiva.[...] Inaugura-se então (o ano é o de 1996) uma série de decisões nesse sentido[...]

Hely Lopes Meirelles (2003, p. 622) assim esclarece:

O § 6º do artigo 37 da CF seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores, e, abandonando a privatística teoria subjetiva da culpa, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo. Não chegou, porém, aos extremos do risco integral. É o que se infere do texto

constitucional e tem sido admitido reiteradamente pela jurisprudência, com apoio na melhor doutrina.

É determinante a análise do texto constitucional para concluir que a responsabilidade civil do Estado é objetiva. Abstrairá, portanto, da averiguação da essência da “culpa” como intenção da obrigação de indenizar, tanto nas ações como nas omissões do Poder Público.

Entretanto, quanto aos estragos causados a terceiros por omissão dos agentes da Administração, fica acentuada a desarmonia doutrinária e jurisprudencial. Caberá aos doutrinadores e aos operadores do Direito definirem e estabelecerem os limites viáveis para que nem o Estado e, principalmente, o particular, sejam vítimas de qualquer tipo de injustiça.

Por fim, depois de fazer um estudo aprofundado acerca da responsabilidade civil do Estado, será abordado no próximo capítulo a questão do sistema prisional brasileiro, pois esse estudo é de suma importância para a realização desse trabalho monográfico.

3 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

É interessante abordar a evolução do nosso sistema prisional, tendo em vista, que mesmo nos refletindo a responsabilidade civil do Estado, essa temática requer uma análise evolutiva sobre tal sistema, vez que, desde a existência inicial do cárcere oficial no Brasil, inúmeros problemas de ordem social e política começaram a surgir, como exemplo, a superpopulação carcerária e o desrespeito aos direitos humanos do segregado, daí, um dos motivos que os levam a foragir das garras das unidades prisionais e como consequência dessa falta de atitude e segurança por parte do Estado, cometem crimes durante o período de fuga, destarte, nosso entendimento se resume na obrigação de que o próprio Estado deve respaldar e assumir essa responsabilidade perante o cidadão prejudicado e isso, somente, ocorrerá mediante reparação através de indenização.

3.1 HISTÓRICO

O histórico do sistema prisional do Brasil remonta da década de sessenta, quando no ano de 1979 a nossa Carta Magna definiu que fosse edificada o primeiro presídio do Brasil, foi assim erguida a Casa de Correção do Rio de Janeiro.

Vários anos depois, a Constituição de 1824 estabeleceu uma significativa melhora no sistema penitenciário, determinou que as cadeias públicas, tivessem celas que separassem os réus pelo tipo de crime cometido e pela pena a eles aplicada, e que as mesmas se adaptassem para que os detentos pudessem trabalhar enquanto cumpriam suas penas.

No século XIX começou a surgir um dos maiores problemas do sistema prisional, que até o momento não foi solucionado: a superlotação das cadeias e porque não dizer, de todas as unidades penais. Historicamente à primeira unidade prisional a apresentar problemas, com a quantidade de vagas inferior ao numero de pessoas encarceradas foi a Cadeia da Relação no Estado do Rio de Janeiro.

No ano 1890 nossa legislação já antecipava que detentos com um comportamento bom, após cumprirem parte da pena poderiam ser transferidos para

presídios agrícolas, o que é lei até hoje. Este dispositivo abrange apenas uma pequena parte dos presídios, visto que, são poucos os que possuem uma estrutura de colônia penal agrícola e industrial.

No ano de 1933 foi editado o então Código Penitenciário da República, tentativa então de legislar sobre a execução penal, tal dispositivo já estipulava diretrizes pela regeneração do preso, algo a alcançar além do simples cumprimento da pena. O Código Penitenciário da República foi abonado em face da publicação do presente Código Penal de 1940.

Nos dias atuais a regeneração dos detentos é algo distante de se alcançar e o sistema prisional encontra dificuldades para isso. Setenta e sete anos após da edição do Código Penitenciário da República, alcançar a regeneração dos encarcerados é uma missão árdua e muito difícil.

Em Junho de 2010 os dados relatados pelo INFOPEN, órgão coordenado pelo Departamento Penitenciário Nacional, relata que a quantidade de presos nas delegacias é de 53.373 e a população custodiada no sistema Penitenciário é de 440.864, sendo assim, o Brasil possui até Junho de 2010 um total de 494.237 pessoas presas. Desse numero, 36.596 são presos do sexo feminino, perfazendo um total de 7,3% de mulheres encarceradas.

O INFOPEN também enumerou a quantidade de menores internados, num total de 3.215 menores reclusos por medida de segurança. Destaca-se também que no sistema prisional brasileiro existem 3.120 estrangeiros cumprindo pena.

A maior parte dos detentos do nosso sistema prisional se encontra no regime fechado, cerca de 183.184. Os provisórios atingem a marca dos 163.263, sem levar em consideração os que se acham confinados nas delegacias. No regime semi-aberto são cerca de 72.734, os demais, 21.683 se encontram no regime aberto ou cumprindo medida de segurança.

O Brasil possui uma das maiores população carcerária, ocupando a terceira posição, ficando atrás apenas dos Estados Unidos que ocupa o primeiro lugar em pessoas presas com 2.297.400 encarcerados e da China que acumula 1.620.000 presos, conforme notícia recente do site Gazeta do Povo no dia 28 de Setembro deste ano:

Dados divulgados pelo **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)** informam que o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, com 494.237

presos. Com essa marca, o País está atrás apenas dos Estados Unidos, que tem 2.297.400 presos, e da China, com 1.620.000 encarcerados.

Nos últimos cinco anos, houve um crescimento de 37% no número de presos do Brasil. Do total da população carcerária, 44% ainda são presos provisórios, ou seja, ainda esperam o julgamento de seus processos. "O uso excessivo da prisão provisória no Brasil como uma espécie de antecipação da pena é uma realidade que nos preocupa", disse o coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF) do CNJ, Luciano Losekann. "Os juízes precisam ser mais criteriosos no uso da prisão provisória", acrescentou.

Outro dado considerado preocupante pelo CNJ é a superlotação dos estabelecimentos prisionais do País. A taxa de ocupação dos presídios é de 1,65 preso por vaga. O Brasil está atrás somente da Bolívia, que tem uma taxa de 1,66. "A situação nos presídios levou o Brasil a ser denunciado em organismos internacionais". "Falta uma política penitenciária séria", disse Losekann.

O Departamento Penitenciário Nacional, através do INFOPEN constatou que em junho de 2010 a quantidade de vagas em todo o Brasil fica muito aquém do número de presos, são apenas 299.587 vagas distribuídas em 1.795 estabelecimentos prisionais para uma população carcerária de 494.237.

3.2 A OFENSA AS NORMAS DE EXECUÇÃO PENAL QUE VIGORAM EM NOSSO PAÍS

O Direito Penitenciário é a união de várias normas jurídicas que juntas disciplinam a gerência dos sentenciados, é uma disciplina normativa. A construção ordenada do Direito Penitenciário procede da união de normas do Direito Administrativo, Direito do Trabalho, Direito Processual, Direito Penal e da contribuição das Ciências Criminológicas, além de outras matérias, sob os princípios de amparo do direito do preso, legalidade, humanidade e da jurisdicionalidade da execução penal.

No Sistema Prisional brasileiro, o que se vê é um afrontamento sem desvios ao Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, pois a intenção do sistema carcerário é a ressocialização do preso para que ele, ao sair, possa se adaptar à sociedade como um cidadão livre.

As barbaridades empreendidas no interior das prisões, a superlotação dos presídios, os maus tratos sofridos pelos detentos e a "lei de sobrevivência", além da ausência de asseio e um regime alimentar deficiente faz com que o detento ao sair

da segregação, retorne muitas vezes a criminalidade com potencial criminoso bem maior do que antes de entrar na prisão, haja vista, o sentimento de revolta adquirido pelo sofrimento no interior do cárcere.

A LEP em seu artigo 12 garante que: “A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas”. Nem sempre o sistema penitenciário reprime o comportamento criminoso. É sabido que as prisões no Brasil se tornaram um ambiente propício para criar pessoas violentas, ameaçadoras e perversas.

Estes casos unidos a outros problemas vinculados as necessidades básicas para uma melhor sobrevivência benéfica dos presos como a falta de higiene e a alimentação inadequada, fazem com que aconteçam muitas vezes rebeliões e fugas, que de acordo com o Censo Penitenciário Nacional, existem em média duas rebeliões diárias e segundo René Ariel Dotti (2010, p. 125).

A rebelião das massas carcerárias, como fenômeno de contagiante insegurança urbana e manchetes internacionais, está se transformando em rotina desesperante e compõe uma intolerável sucessão de presentes, para usar da imagem sartreana. Já foi dito com inegável lucidez que as prisões de feição clássica constituem erros monumentais talhados em pedra.

A superlotação dos presídios é uma afronta a Lei de Execução Penal, pois segundo ela os presos deveriam se alojados em celas individuais e com boas condições conforme o artigo 88:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

A questão é que o detento não apenas tem que desempenhar deveres, também é sujeito de direitos na condição de ser humano e por isso, seus direitos são consagrados e constituídos por lei, apesar de não serem respeitados, como aduz no art. 41 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84). Ocorrem na prática o invariável abuso de direitos e a absoluta inobservância das garantias legais inseridas no cumprimento das penas privativas de liberdade.

A Lei de execução penal permanece desde 11 de Julho de 1984, e zela pelos direitos humanos dos presos, proibindo a *agressão* realizada por funcionários, possuindo como principal objetivo a ressocialização dos detentos.

A LEP garante aos presos, auxílio educacional, como ensino profissionalizante e instrução escolar. Garante também ajuda jurídica, médica, religiosa, social e material e menciona, no artigo 31 que o Estado possui compromisso de proporcionar trabalho recompensado ao presidiário.

Tendo em vista a importância na ressocialização do preso a Lei de Execução Penal reservou todo o capítulo terceiro para tratar sobre o trabalho realizado pelo detento, o autor Júlio Fabrini Mirabette (1996, p. 91) menciona uma importante colocação acerca do tema:

Preparando o indivíduo pela profissionalização (mão-de-obra qualificada), pela segurança econômica que vai adquirindo, pela ocupação integral de seu tempo em coisa útil e produtiva e, conseqüentemente, pelo nascer da razão de viver, pelo reconhecimento dos direitos e deveres, das responsabilidades e da dignidade humana que se obterá o ajustamento ou reajustamento desejado. Evidentemente, a profissionalização deve combinar-se com a atividade produtiva e o processo de assistência social, devendo o condenado dividir seu tempo, conforme determinarem as leis complementares e os regulamentos, entre o aprendizado e o trabalho.

O artigo 29 da LEP apresenta a remuneração e destino do dinheiro auferido pelo detendo pelo uso de seu trabalho:

Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

- a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;
- b) à assistência à família;
- c) a pequenas despesas pessoais;
- d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

Fátima Souza num trabalho intitulado "Como funcionam as prisões", publicado no site www.uol.com.br, explica resumidamente com muita clareza alguns pontos que se observam nos presídios:

Um relatório feito pela ONG Human Rights Watch, depois de visitas a várias penitenciárias e delegacias brasileiras, destacou: “Apesar das determinações legais os estabelecimentos penais não oferecem vagas suficientes para todos os presos nas penitenciárias (...) A situação é ainda pior nas delegacias policiais onde a única oportunidade de trabalho é serviço de faxina. Apenas poucos detentos em cada carceragem trabalham nesse serviço, geralmente de dois a seis presos. Todos os outros detentos, condenados ou não ficam ociosos”.

O texto abordado mostra que o problema é a ausência de momentos de trabalho e não insuficiência de compromisso dos detentos, visto que, além de sentimentos de utilidade eles têm um pagamento mensal, há ainda a diminuição da pena, uma vez que, para cada três dias de trabalho, um dia deve ser descontado da sentença do preso.

A laborterapia (meio de sobrevivência dos presos fora ou no interior das penitenciárias – quando em regime semi-aberto) é regalia da minoria dos detentos em nosso país: dos 437.596 presos em 2007 somente 23.831 possuíam essa chance. Ou seja, apenas 5,5%.

De todas as “garantias” dadas pela LEP, poucas são cumpridas e quando são, atinge pequena parte dos presos no país. A LEP é considerada uma das mais avançadas e completas do mundo, mas pouca coisa sai do papel.

Os direitos humanos do preso, assim como as garantias legais antevistas durante a execução da pena, estão previstos em vários estatutos legais. Em nível internacional há a existência de vários acordos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU que antecipa as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso.

Nacionalmente, nossa Carta Magna guardou os trinta e dois incisos do artigo 5º, que aborda sobre as garantias fundamentais do cidadão dedicadas ao amparo das garantias do homem encarcerado. Nos termos de nossa Lei de Execução Penal, os incisos de I a XV do artigo 41, dispõe a propósito dos direitos infraconstitucionais garantidos ao sentenciado no transcorrer da execução penal, já abordada anteriormente.

Nossos legisladores garantiram o estatuto executivo-penal visto por vários juristas como um dos mais completos, democráticos e avançados já existente. O nosso estatuto toma por base o princípio que o cumprimento da pena privativa de liberdade possui por base o princípio da humanidade, qualquer qualidade de punição

supérflua, cruel ou degradante será de caráter desumano e adverso ao princípio da legalidade previsto em nossa legislação.

A partir do período em que o detento passa à tutela do Estado, ele perde não somente o seu direito de liberdade, mas também todos os outros direitos basilares que não foram alcançados pela sentença. O encarcerado passa a ter um tratamento abominável agüentando os mais variados tipos de castigos, que acarretam a degradação de sua originalidade e a detrimento de sua compostura, num método que não apresenta nenhuma condição de organizar a sua volta à sociedade de forma digna.

Outro abuso cometido é o atraso na concessão de benefícios àqueles que já possuem direito a progressão de regime, como também, na liberdade de detentos que já extinguiram a pena. Essa situação transcorre do próprio descuido e ineficiência dos órgãos responsáveis pela execução penal, o que estabelece o constrangimento ilegítimo por parte de algumas autoridades, podendo ensejar inclusive a responsabilidade civil do Estado por manter o indivíduo encarcerado de forma excessiva e ilegal.

3.3 PROBLEMAS QUE ASSOLAM O SISTEMA PENITENCIÁRIO

Hoje em dia a grande maioria dos detentos cumpre a pena de maneira subumana em celas com a quantidade de presos fora do comum, aglomerados uns sobre os outros. O sistema penitenciário trabalha sobre recuperação e reeducação dos presos, preparando-os para reingressar à coletividade e se tornarem bem-sucedidos para que não recaiam em práticas criminosas.

Cada vez mais são encontrados detentos reincidentes. Os presos permanecem na grande parte do tempo desocupados na totalidade dos estabelecimentos prisionais, eles só se movem no memento de recreação, do jogo de futebol. Há o descumprimento da LEP, pois não existe assistência psicológica, médica, odontológica e nem por assistentes sociais junto aos presos e aos familiares. Dessa maneira a sociedade lucra apenas com mais violência.

Walter Fanganieli comenta sobre a superlotação nas cadeias públicas em matéria publica no site www.terra.com.br:

O déficit de vagas atinge 65%. Faltam cerca de 195 mil vagas, são 494.237 presos amontoados e subordinados às organizações criminosas que atuam dentro dos presídios [...]

No Rio de Janeiro, para que não se matem nos presídios, os presos são separados de acordo com as organizações criminosas de suas predileções. [...] Como não existem estabelecimentos em número suficiente para desconto de pena em regime semiaberto, os condenados são colocados em regime de prisão albergue. Como também não existem casas de albergado, esses condenados vão para prisão albergue domiciliar, suas próprias casas e sem vigilância. Em síntese, uma desmoralização do sistema estabelecido na Lei de Execuções Penais (LEP).

O custo por preso é muito alto em nossas cadeias, em Sergipe, por exemplo, um preso custa em torno de R\$ 1.581,00, em média, para manter um status humilhante e angustiante no seio dessas instituições.

Nas penitenciárias brasileiras o clima é degradante que impera e que entra nos corações de quem a observa. O dinheiro designado ao custeio do sistema carcerário talvez não seja aplicado nos planos dos presídios, ou é insuficiente ou toma outro rumo que não o destino legal.

São muitos os problemas enfrentados nos estabelecimentos penais brasileiros, eles expõem presos a consistir em crucificações definitivas, tendo em vista a inexistência de vagas nas inúmeras penitenciárias em atividade. Devido à grande massa carcerária nos presídios atualmente acarreta a violência entre os encarcerados, o aparecimento de entorpecentes e a deficiência nas condições de higiene que causam epidemias das mais diversas formas.

É devido ao estado em que se encontram os estabelecimentos prisionais em atividade, como, superlotação, ausência de higiene, entorpecentes, abusos sexuais, o conjunto de tamanha desorganização faz com que haja o incentivo ao crime.

A superlotação nos presídios é certa e provoca uma despesa muito elevada do encarceramento. Se forem somadas as expensas com a despesa de folha, despesas de custeio, prestação dos servidores ativos e inativos, despesa de investimento e o gasto com os presos e dividirmos pelo número de encarcerados no Brasil chegaremos à quantia anual de R\$ 642.554.900,00 bi / 494.273 presos, o que gera por mês de despesas aos cofres públicos cerca de R\$ 1.300,00 por preso. Notamos que a despesa para manter um indivíduo encarcerado é muito alta para as condições que eles se encontram nos presídios atuais.

Com estes dados podemos observar a condição em que vivem os encarcerados, onde muitos deles por falta de leitos acabam dormindo sentados e até

mesmo em pé para que não ocupem espaço em suas celas. Com isso, é verificado que os presídios não possuem um poder de ressocializar os que nelas entram, e sim tornar os cidadãos mais violentos, revoltados e agressivos contra a própria coletividade.

3.4 A SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA E SUAS CONSEQÜÊNCIAS

O Brasil ocupa o lugar de terceira maior população carcerária do mundo, primeiro na América Latina, possuindo um sistema penitenciário gigantesco, e com isso uma também gigantesca problemática. De acordo com Departamento penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça, até o mês de Junho de 2010 era de 494.273 presos, resultando num déficit de cerca de 194.686 vagas, conforme, já fizemos alusão anterior.

O problema da superlotação carcerária tem várias veias alimentando-o, de um lado o governo cria e sanciona a cada dia mais leis, sem um estudo criminológico adequado, que tipificam mais condutas e conseqüentemente “criam” mais criminosos, sendo estes literalmente jogados em um sistema desestruturado para sua subsistência, dirá para sua reinserção social como propõem as teorias do “dever ser” das penas. Não bastasse o desproporcional número de condenados para as vagas, ainda há que se lidar com a questão dos presos provisórios, que já supera a marca dos 43%, e aqueles cujas penas já foram cumpridas, no entanto carecem de apoio jurídico para sua liberação.

A lentidão do judiciário é castigante, de acordo com informações exibidas no jornal nacional do dia cinco de Setembro do corrente ano, o número aceitável de processos por juiz é de no máximo 1000 (mil), no entanto, apenas 15% dos magistrados estão dentro dessa cifra, sendo que 78% têm de mil a dez mil processos e 6% mais de dez mil. Então temos um sistema carcerário sem vagas suficientes para os presos condenados onde os provisórios ocupam mais de 40% do contingente, e alguns destes esperam julgamento de juízes que têm mais de dez mil processos em mãos.

Dentre as regras "românticas" da LEP podemos citar exemplificativamente seu artigo 85 que diz que o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade. Mas o que vemos na prática são casos como o de Vila Velha ES, que o agente da polícia civil descreve como "Um desafio às leis da física". São 281 presos detidos em uma cela apenas, com volume para apenas trinta e seis, "Os banheiros estão abarrotados, entupidos. Tem preso com tuberculose, gonorréia. Todo mundo tem que revezar entre as redes e ficar agachado. Um dorme um dia, outro dorme no outro. Tem rato e barata na caixa d'água, infiltração", descreveu, com o rosto entre as grades, Jefferson Rodrigo, de 22 anos, que cumpre pena por assalto à mão armada.

As prisões de um modo geral, inclusive as cadeias e até delegacias, encontram-se muito cheias, as condições mínimas para vida digna passam longe, tudo isso contribuindo ainda mais para a o desenvolvimento das índoles criminosas.

3.5 COMPARATIVO ENTRE AS UNIDADES PRISIONAIS FEDERAIS E ESTADUAIS

Neste tópico abordares a estrutura das penitenciárias federais, fazendo um comparativo com a estrutura das penitenciárias estaduais, diante de tudo que já foi exposto anteriormente.

A assistência à saúde nas penitenciárias federais é oferecida por médico, dentista, farmacêutico, psiquiatra, psicólogo, enfermeiro, todos os membros do sistema prisional federal, sendo esse trabalho desempenhado no interior da própria penitenciária. A estrutura do sistema prisional federal é composta de enfermaria e gabinetes odontológicos, dessa forma não existem deslocamentos para hospitais distantes das prisões, podendo ocorrer apenas em situações excepcionais.

Nos presídios estaduais, cadeias e nas delegacias a estrutura é carente de um bom tratamento médico, sendo necessário o deslocamento do detento, mesmo com problemas simples de saúde.

No tocante à educação, os presídios federais possuem um local específico para o estudo e para as aulas, fornecido mediante contrato com as Secretarias Estaduais de Educação, idêntico esclarece o artigo vinte da Lei de Execução Penal:

"As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados".

A alimentação é fornecida quatro vezes ao dia, com o cardápio preparado por nutricionistas, contendo dietas especiais para àqueles que possuem alguma deficiência como hipossódica, hipolipídica. As refeições são ricas em fibras, para os portadores de diabetes, quando indicadas por médico.

É proibido a entrada de qualquer tipo de gênero alimentício trazido de fora para dentro do presídio, diferentemente é observado nos presídios estaduais onde quase todos os familiares nos dias de visitas trazem suas marmitas com comida, onde a revista é feita com uma faca que corta os alimentos a fim de verificar se encontram algum objeto.

O trabalho é imputado dentro do presídio, em trabalhos manuais, como, por exemplo, oficinas de produção de bolas. Não é permitido trabalhar em setores como cozinha, lavanderia e limpeza por serem setores primários da unidade. Esses serviços são prestados por empresas terceirizadas, contratadas sob processo de licitação.

São de apenas duas horas o lazer ou a recreação do dia, ou seja, o banho de sol como é conhecido, sendo efetuados pelos detentos separados, durante o banho de sol é permitido o jogo de futebol e a educação física como pequenas corridas no pátio.

Nos presídios federais existe a presença de uma cinemateca para apresentação de filmes, para melhorar reeducar os presidiários, livros e revistas periódicos compõem o acervo dos presídios federais, sendo proibida qualquer leitura de matérias fora do apresentado pelo presídio. O Auxílio religioso é permitido e existe ambiente adequado à sua prática, sendo um fator muito importante na tentativa de ressocializar o preso tendo vários grupos religiosos que auxiliam os detentos.

Os internos são proibidos de ingresso a qualquer espécie de aparelho de televisão, internet, telefonia, rádio ou algo semelhante. As visitas íntimas são permitidas apenas quinzenalmente, em um local adequado e reservado devendo permanecer no máximo por uma hora. As visitas casuais são semanalmente com duração de três horas, com local apropriado.

Diferentemente ocorre nas cadeias e presídios estaduais onde a visita íntima em muitos deles ocorre na mesma cela onde o presidiário e seus companheiros de

cela se encontram, separados apenas por um lençol, a visita casual ocorre com o preso e seu visitante separado apenas pela grade da cela.

Os encontros dos presidiários com seus defensores acontecem quando agendadas previamente, nos eventos urgentes, devidamente provados, a visitação ocorre de imediato. O contato do preso com seu advogado ocorre em sala específica.

O cotidiano dos presidiários no interior de um presídio federal não sendo dia de visitas dura no interior da cela exatamente vinte e duas horas, o encarcerado só sai da cela para o banho de sol que dura duas horas. O deslocamento dentro do presídio ocorre sempre com o uso de algemas, retirando-as apenas nas visitas com familiares, íntimas e com advogados, em salas de estudo e de trabalho, banho de sol e nas assistências médicas e sociais. As refeições são realizadas no interior das celas.

A parte interna dos presídios federais é cuidada vinte e quatro horas diárias por câmeras, cuja revelação das imagens é transmitida em tempo real para Brasília onde se encontra a administração penitenciária. Apenas não há imagens de setores íntimos como os locais da visita íntima, e dos banheiros. As conversas dos agentes com os presos são gravadas por microfones compactos presentes nas fardas dos agentes. Além disso, como medida de garantia, nos espaços internos do estabelecimento penal federal, é proibida a presença de arma de fogo letal, salvo em caso de intervenção.

O acesso às áreas interiores se vincula a rígida inspeção, independentemente da pessoa que é abordada, sem ressalva, todos são averiguados, Delegados de Polícia, juizes, defensores públicos, membros do Ministério Público, advogados, Oficiais de Justiça, todos os Agentes Penitenciários e também visitantes, demais servidores, dentre outros.

Esta foi uma análise da estrutura do sistema penitenciário federal, feita com breves comparações com o sistema carcerário estadual ou comum. Nesta análise podemos verificar que o sistema prisional federal se encontra muito distante da realidade de nossos estabelecimentos carcerários estaduais. Pode-se observar que a Lei de Execução Penal, aparentemente vem sendo cumprida nas unidades federais, diferentemente do que prevalece nas penitenciárias estaduais, onde se impera uma verdadeira afronta a dignidade da pessoa humana.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DE INFRAÇÕES PENAIS PRATICADAS POR FORAGIDOS DO SISTEMA PRISIONAL

A Constituição brasileira garante a segurança, como um dever do Estado a todos aqueles que se encontrem no território. Entretanto, a realidade que se manifesta é a incontestável crise na segurança pública, contrariando o descrito no texto da Lei Maior.

Aqui se questiona a constante omissão do Poder Público diante do seu dever de prestar a segurança e a guarda dos encarcerados. A segurança é um serviço público essencial, nesse aspecto, analisa Medauar (apud, Pinto, 2008, p.106) que o "serviço público refere-se à atividade prestacional, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como por exemplo: água, energia elétrica, transporte urbano".

É fato notório que a crise na prestação da guarda nos presídios faz com que o criminoso consiga fugir e fique quase sempre fora de controle. O papel do Estado em proporcionar a paz interna nos presídios não mais está sendo concretizada, comprometendo, com isso, a tranquilidade dos indivíduos bem como a preservação da ordem pública. Os órgãos encarregados pela segurança apresentam-se por demais desestruturados e não conseguem conter o crescimento da criminalidade por muitas vezes atrelado aquele que fugiu das penitenciárias e volta a cometer crimes.

O Poder Público é omissos quando não oferece as condições viáveis nas penitenciárias, permitindo que alguns, ou vários detentos, insatisfeitos com as condições em que são submetidos, procurem fugir sem ter um alvo correto, ou em outras palavras, procuram suas vítimas sem saberem quem são, nem após a prática do delito o criminoso verifica quem é na verdade, a vítima. Atrocidade imensurável quando o alvo atingido é um cidadão de bem que paga os seus impostos em dia, impostos estes, que se destinam aos cofres da Administração para que os serviços públicos sejam oferecidos com qualidade.

Tornou-se corriqueiro ouvir os noticiários divulgarem situações que alastram o medo e a insegurança entre os cidadãos, casos em que foragidos do sistema prisional voltam a cometer crimes são vistos diariamente nos jornais. O Estado, como possuidor do dever de certificar a prestação de um serviço carcerário eficiente, encontra-se falido, não atingindo a missão determinada pela Constituição.

Diante os fatos, questiona-se: será o Poder Público responsável pelos danos causados ao particular quando houver a falha ou omissão na prestação na guarda ou vigília do preso?

A responsabilização do Poder Público deve levar em consideração a inexistência de excludentes como: culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro, força maior e estado de necessidade. Verificada a presença de alguma das excludentes, o Estado não responderá se ficar provado que não concorreu, de nenhum modo, para ocorrência do dano.

Compreende Silvio de Salvo Venosa (2005, p. 55) que:

“Quando há culpa concorrente da vítima e do agente causador do dano, a responsabilidade e, conseqüentemente, a indenização são repartidas, como já apontado, podendo as frações de responsabilidade ser desiguais, de acordo com a intensidade da culpa. Desse modo, a partilha dos prejuízos pode ser desigual” .

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assegura que quando a culpa concorrente existe relativa ao poder público, o Estado é responsável, entretanto, é atenuada a sua responsabilidade.

Contudo, para formular uma melhor resposta da indagação feita anteriormente, no que diz respeito à responsabilidade do Estado, é importante remeter-se ao Capítulo I, do presente trabalho, e examinar as diretrizes de sua evolução e de sua história. Como foi visto, a princípio, no período absolutista, vigorava a Teoria da Irresponsabilidade estatal eximindo a Administração de qualquer obrigação por suas atuações ou omissões. Uma verdadeira injustiça para com a sociedade. Foi então quando a Teoria da Culpa ou da responsabilidade subjetiva encontrou espaço, dando ênfase à “culpa” como pressuposto da responsabilidade civil do Estado.

Com o decorrer do tempo, passou-se a destacar a noção de risco em detrimento da noção de culpa. Assim, com base na Teoria do Risco ou objetiva, entrou em cena a responsabilidade objetiva do Estado, sendo constatada apenas pela existência do nexos causal entre a ação ou omissão e o prejuízo sofrido pelo particular, levando-se em consideração o risco criado pela simples atuação, afastando a culpa como elemento compositor da responsabilidade.

Mesmo com a determinação da responsabilidade objetiva do Estado pela Constituição de 1988, não há consenso doutrinário ou jurisprudencial em relação à

omissão do Poder Público que vier a causar algum dano ao particular, ao contrário do que ocorre com os atos comissivos. O sistema a ser adotado poderá ser o objetivo ou o subjetivo em relação aos casos de omissão pública na segurança.

4.1 APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO

Desse modo, por muito tempo, prevaleceu a responsabilidade subjetiva do Estado, fundamentada na necessidade de provar a culpa dos agentes públicos, diante da omissão ou falha na prestação do serviço público essencial que é a segurança. Assevera sobre o assunto Di Pietro (2006, p.621):

Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (faute) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação de culpa do funcionário.

A culpa do serviço público, segundo a aludida doutrinadora, será suficiente para a constatação da responsabilidade do Estado nos casos de mau funcionamento, não funcionamento ou funcionamento tardio. (DI PIETRO, 2006).

De forma unânime, entre os anos de 1946 e 1988, pode-se afirmar que a jurisprudência, principalmente no que diz respeito aos julgados do STF, adotou a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado nos casos de omissão na segurança.

Após o ano de 1988, ainda existem decisões no sentido da adoção da responsabilidade subjetiva, porém, sem a mesma intensidade de antes. Nesse foco, citam-se como exemplos, o julgado da Suprema Corte:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL - ESTADO - MORTE DE POLICIAL MILITAR – ATO OMISSIVO VERSUS ATO COMISSIVO. Se de um lado, em se tratando de ato omissivo do Estado, deve o prejudicado demonstrar a culpa ou o dolo, de outro, versando a controvérsia sobre ato comissivo - liberação, via laudo médico, do servidor militar, para feitura de curso e prestação de serviços - incide a responsabilidade objetiva. (STF, RE 140270, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 18/10/1996).

4.2 APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

A partir da ordem constitucional de 1988, passou-se a observar uma nova tendência na jurisprudência brasileira em alinhar os casos de omissão do Estado ao sistema da responsabilidade objetiva. O artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, para os adeptos dessa corrente, passou a abranger tanto os atos comissivos como os omissivos. Tal fato não implica que houve o afastamento da divergência doutrinária, nem significa a determinação de uma nova orientação pacífica nos julgados.

Sem qualquer questionamento, o Estado deve exercer o que lhe foi predeterminado pela Lei Maior com absoluta eficiência e, conseqüentemente, não causar danos a ninguém. Independentemente de culpa, o Poder Público será obrigado a indenizar na hipótese do não cumprimento do dever de prestação do serviço de segurança pública, isso aplicado tanto aos casos de ação ou omissão estatal.

Destarte, sempre que presidiário foragido, agindo com uma conduta negativa, para o desenvolvimento de um ato lesivo, à incolumidade das pessoas, será o Estado responsável pelo ressarcimento do prejuízo.

No entanto, diante de uma omissão estatal, caracterizada como específica, ou em outras palavras, quando é observada uma situação característica que signifique uma omissão concreta do dever jurídico de agir do Poder Público, será admitida a responsabilização deste. Tal como no caso de um homicídio em via pública, cometido por um presidiário foragido, ocorrido em um distrito local, em que as autoridades públicas deveriam ter mantido o presidiário encarcerado e não cumpriram com o seu dever, ocasionando o crime.

É interessante comentar, na direção da responsabilidade objetiva, uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do estado do Paraná, onde ficou entendido que o estado é responsável pela guarda do preso bem como por sua captura quando foragido, e não ocorrendo se configura a responsabilidade objetiva, punindo o Estado com a respectiva indenização.

FEDERAL, ARTIGO 37, § 6º - DANO MORAL - PENSÃO VITALÍCIA APELAÇÃO PROVIDA PARA JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO INDENIZATÓRIA.

1. Ao Estado, com exclusividade, cabe velar pela segurança pública, e, sendo detentor do "jus puniendi", compete-lhe a tomada de providências necessárias tanto para prender quanto para manter preso quem de direito. Assim, ocorrendo fuga de um detento da cadeia pública, cuja recaptura também não foi por ele diligenciada, tem-se como inafastável sua obrigação de prestar a correspondente indenização, pois configurada a sua responsabilidade objetiva, nos precisos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Eventual demora na recaptura não interrompe, por si só, o nexo causal, até porque entendimento contrário beneficiaria indevidamente o Estado, pois poderia simplesmente negligenciá-la objetivando a quebra da causalidade.

Na ocasião, devido ao não cumprimento da obrigação em vigiar, e manter o encarcerado o preso, o mesmo conseguiu fugir e cometer o crime de lesões corporais de natureza grave.

4.3 O DEVER DE CUIDADO DO ESTADO NA CUSTODIA DO PRESO

A execução da pena pelo presidiário objetiva com prioridade, sua reestruturação de maneira a mudar de estilo de vida e conduta, impondo com os mais diversos modos a obediência a todos os princípios legais, de maneira a readaptar o presidiário ao convívio social, fazendo com que haja o arrependimento de ter cometido a ilegalidade que deu motivo ao cumprimento da penalidade.

O Estado possui o dever de lhe prestar a assistência necessária ao Internado ou preso, mesmo que o cidadão esteja temporariamente encarcerado, isso, na figura da lei. Assim dispõe o artigo 10 da Lei 7.210/84: "A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade".

No interior das penitenciárias, dentre outras várias garantias que são desobedecidas, o detento convive principalmente com a prática de agressões físicas e de torturas. Essas violências na maioria das vezes ocorrem tanto dos demais presos como também agentes da administração prisional, os quais deveriam zelar pela paz e reeducação do detento

As agressões e os abusos ocasionados pelos policiais e pelos agentes penitenciários incidem de maneira exacerbada especialmente após o acontecimento

de tentativas de fugas ou rebeliões. Depois de serem contidos, os detentos revoltosos aturam a chamada "correição", no linguajar dos agentes e policiais, que na realidade, não passam de espancamento, que servem de penalidade por terem se amotinado ou tentado fugir, tendo, portanto, a natureza meramente de castigo nos termos de nossa legislação.

Várias vezes esse tipo de agressão se excede e acaba em execução, como a que ocorreu no ano de 1992 em São Paulo, conhecido como massacre do Carandiru, onde oficialmente foram mortos 111 presos.

A desqualificação e o despreparo de muitos agentes fazem com que eles só obtenham êxito nas rebeliões e nos motins carcerárias por meio da violência, empreendendo os mais diversos abusos e impondo aos detentos uma disciplina carcerária que não existe previsão na lei. Na grande maioria dos acontecimentos deste tipo, esses agentes terminam por não ser culpados pelos seus atos, terminando impunes de qualquer sanção.

Dentre os próprios detentos a realização de atos violentos e a impunidade acontecem de maneira mais acentuada. O acontecimento de abusos sexuais, homicídios, extorsões e espancamentos é uma prática corriqueira pelos detentos que estão mais "criminalizados" no interior das penitenciárias e, devido a isso, desempenham uma autoridade sobre os demais presos. Favorece para essa situação o falha em não separar condenados primários dos presos sentenciados a uma pena de muitos anos.

Os detentos que possuem este tipo de poder no interior das prisões, não são acusados e, na grande totalidade das vezes continuam impunes no tocante à suas atitudes. Isso devido o motivo de que, no interior das penitenciárias, além do silêncio impera a lei do que tem mais força.

A todos esses problemas somam-se a questão dos presos que cumprem pena nas cadeias das delegacias, devido à carência de vagas nos presídios, esses estabelecimentos são impróprios para o cumprimento de pena, e que, devido a isso, terminam tendo vários direitos cerceados, como o de trabalhar, que tem o propósito de diminuir a pena, e também conseguir certo pecúlio em dinheiro no decorrer do cumprimento da pena para auxílio na sustentação fora do cárcere.

São vários os problemas enfrentados pelos detentos no cumprimento de sua pena, outra violação é o retardamento na concessão de seus benefícios àqueles que possuem o direito a progressão de regime, ou até em ser colocado em liberdade.

Situação essa ocorre devido ao caos que se encontra o sistema responsável para dar cumprimento à execução penal.

Enquanto o nosso Estado e a própria população permanecerem negligenciando a circunstância do preso e administrando as penitenciárias como se fosse um depósito de lixo humano, não somente a conjuntura carcerária, mas as dificuldades e os problemas da criminalidade e da segurança pública como um todo tende apenas a aumentar.

O que se almeja assegurar é que aos presos seja garantido os direitos que são previstos em lei no cumprimento da pena, dessa forma o preso tem a tendência de se ressocializar e não de ficar na ociosidade apenas pensando em quando fugir e qual o alvo a acertar quando fora das penitenciárias.

4.4 O QUE LEVA UM DETENTO A FUGIR DO CÁRCERE?

A junção de todos esses motivos negativos já examinados nos tópicos anteriores, reunidos, além disso, e ao ócio dos detentos e as péssimas condições dos presídios, leva à ocorrência de um grave problema do nosso sistema carcerário: as fugas e as rebeliões.

As rebeliões, apesar de se constituírem em indisciplina estabelecidas pelos detentos de maneira violenta, constituem nada mais do que uma mensagem de reivindicação para que seus direitos sejam cumpridos, de forma que, procuram chamar a atenção dos responsáveis no tocante a circunstância subumana que são submetidos no interior das prisões.

Em relação às fugas, o acontecimento essencialmente pode ser associado à deficiência dos estabelecimentos prisionais, os detentos procuram fugir da falta de condição atrelada a constantes agressões, a um conjunto de fatores o fazem procurar a saída das cadeias e penitenciárias.

Os números do mais recente censo penitenciário, afirma que cerca de 40% dos presidiários, estejam eles sentenciados definitivamente ou cumprindo medidas provisórias, estão sob custódia da polícia civil exercendo suas penas nas cadeias das delegacias. Devido à falta de vagas se faz necessário que permaneçam nas

delegacias, aumentando ainda mais o descaso e o descumprimento com os direitos do detento.

Um dos maiores problemas é que nos estabelecimentos prisionais, não existe a probabilidade de trabalhar ou estudar por parte do detento e, a acentuada superlotação das celas é mais aguçada ainda, em média nas cadeias das delegacias é de cinco presos para uma vaga, já nas penitenciárias a média chega a ser de três presos por vaga.

As dependências das penitenciárias são inseguras, problemáticas, e os agentes penitenciários que são responsáveis pela guarda direta dos detentos, bem como, a administração propriamente dita, na pessoa do diretor, não possui estrutura suficiente para a função, desse modo, não respeitam os direitos dos presos ora consignados na Lei de Execução Penal e na própria Constituição Federal. A união desses fatores, adicionados a outros, ocasiona na mente do encarcerado uma revolta sem limite, despertando nele a vontade de se libertar desses lugares hostis nem que para isso, seja obrigado arriscar a própria vida.

Todos esses motivos favorecem para que não permaneça uma semana no Brasil sem que haja a ciência de uma fuga de presos ou rebelião, mesmo que as proporções de tal rebelião ou fuga sejam pequenas.

No que se menciona às fugas, atrelado a todos os problemas existentes nos nossos presídios, além disso, observando o tormento a que os presos são submetidos no interior das penitenciárias, não se pode exigir um comportamento diferente por parte deles, apenas a de diariamente esquematizar uma maneira de escapar.

Não se pode deslembrar que a liberdade é uma pretensão incontrolável do ser humano, não devendo acreditar que por si só, o detento chegue a se acomodar com o estado de limitação, principalmente da maneira pela qual a carência de sua liberdade é efetuada no nosso sistema carcerário.

4.5 A SOCIEDADE E O PRESO COMO VÍTIMAS DO DESCASO DO SISTEMA PRISIONAL

O modelo atual, falido na maior parte dos estados, além de não possuir confiabilidade para desempenhar a sua obrigação primária de manter os presos dentro de suas celas, falha ainda no modelo custo-benefício. O sistema prisional, que custa muitos milhões aos cofres públicos, proporciona um serviço de uma qualidade muito baixa, não apenas aos presos, mas a toda sociedade que termina, com o pagamento de impostos, financiando a ineficiência do Estado.

O sistema penitenciário mostra o reflexo da sociedade, suas penitenciárias atuais não recuperam nenhum detento, pelo contrário, faz com que ele pense em promover mais crimes quando conseguir fugir ou terminar o cumprimento da pena. As prisões apenas servem para afastar os delinquentes da sociedade, mas na verdade não é capaz de recuperar ninguém.

A falta de uma estruturação na administração das penitenciárias reflete na segurança da sociedade, é nesse contexto que aparece a figura da sociedade frente ao detento que deveria estar preso e devido à falha da administração pública não conseguiu mantê-lo atrás das grades, voltando assim a cometer crimes e pondo a sociedade em risco.

O presidiário também é vítima desse sistema, as penalidades impostas nos padrões que estão sendo cometidas, no sistema penitenciário brasileiro, estão longe de conseguir a ressocialização do detento. Procura dar uma resposta satisfatória a população que se sente abandonada, sendo assim proporciona somente o intuito retributivo. Não procura o sistema à recuperação do preso, não almeja reingressá-lo no âmbito da sociedade.

4.6 A OBRIGAÇÃO DO ESTADO EM INDENIZAR AS VÍTIMAS

O Estado devido a sua negligência em prestar o serviço de segurança nos presídios, diante dos mais diversos casos de fugas de criminosos, configura a sua responsabilidade, porque, ao que se observa, são constantes as fugas de detentos do sistema prisional.

É evidente, que o comportamento negligente do Estado enseja em uma indenização a vítima do criminoso que era dever do ente público mantê-lo preso, como entendeu por maioria de votos, os Desembargadores da Quinta Câmara Cível

do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que prolataram o conseqüente entendimento:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ROUBO PRATICADO POR FUGITIVO DA CADEIA PÚBLICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

1. O crime praticado por foragido de Cadeia Pública implica na responsabilidade objetiva do Estado com relação aos seus efeitos.
2. Assim, o fato de não ter o agente sido recapturado demonstrou que o serviço público [de segurança] foi, evidentemente, faltoso com a sociedade.
3. Portanto, por todo o prisma que se analise a questão, emerge o dever de indenizar do ente público pelo nexó de causalidade entre o ato e o evento danoso, ainda mais considerando que a responsabilidade do Estado é objetiva [CF, art. 37, § 6º].
4. O juiz, ao fixar o montante indenizatório, deve considerar os critérios subjetivos da avaliação do dano moral, não se distanciando, porém, do valor atribuído em casos análogos pela jurisprudência dominante, já que ausentes no ordenamento positivo regras jurídicas próprias . [...]

Este entendimento confirma o juízo de que, além de compensar ou ressarcir o administrado vítima do detento fugitivo, procura uma penalidade para a Administração pública com a finalidade de condená-la para que ela se aprimore e proporcione uma atitude competente para com os serviços fundamentais à sociedade em geral.

Com as devidas decisões apresentadas, o Poder Judiciário vem confirmando ser essencial na democracia brasileira, desempenhando o papel de harmonização social e agindo como uma instituição imprescindível para o aperfeiçoamento do Estado.

Entretanto, tem-se atingido no Brasil em geral, um desenvolvimento econômico e social muito abaixo do almejado, ao mesmo tempo, é inegável que diversos campos da sociedade brasileira ainda não receberam um tratamento probó e apropriado por parte do Estado, que em muito, colabora com os elevados índices de crescimento atual da criminalidade.

Analisando o estudo acerca da responsabilização do Estado interroga-se se o acontecimento do preso foragido do sistema penitenciário em conluio com terceiros pode ser considerado como causa suficiente para a responsabilização estatal, pois, se ele teve participação ativa e essencial na prática delituosa, não há motivos de afastar a responsabilidade do Estado por haver outras pessoas envolvidas.

Este foragido pode ser o mentor, o especialista em arrombamentos, ou possuir outra qualidade qualquer que seja essencial para a concretização do crime. Então, é imperioso que o caso concreto seja analisado cuidadosamente para verificar a existência da responsabilidade civil do Estado.

Considerando as jurisprudências analisadas, juntamente com a doutrina examinada, se verificou que existe a probabilidade de culpar civilmente o Estado em consequência dos danos ocasionados por presos foragidos do sistema penitenciário brasileiro, cuja conclusão somos a favor.

Foi possível apurar com este trabalho as conjecturas da omissão do poder público, e a existência de vários julgados quanto ao emprego da responsabilidade objetiva, entendimento este conservado durante as pesquisas realizadas. Entretanto, observa-se que em meio a todo o material analisado constatou-se a intenção dos tribunais para a responsabilidade objetiva nos vários casos que abordaram sobre a omissão e negligência da Administração.

É claro que quando um detento se evade do sistema prisional este viverá no seio da sociedade, e não procurará se unir pelo fato de provavelmente ser descoberto. A circunstância é agravada, devido o foragido não possuir um preparo para o convívio social, por não ter sido reeducado e ressocializado no cárcere como deveria, e sendo assim, em questão de tempo só restará a este foragido, o crime como meio de sobrevivência.

O Estado sendo negligente e deixando um meliante fugir é como se efetuasse um disparo de arma de fogo em via pública, esse projétil pode vir a atingir algum cidadão de bem como pode não ocasionar nada, mas atingindo alguma pessoa estará configura a responsabilidade.

Recusar a responsabilidade do Estado devido os danos ocasionados por delinqüentes foragidos do sistema prisional é negar toda população de seus direitos, como a vida, a honra, a propriedade, o sossego e a paz.

O entendimento majoritário é o da responsabilidade objetiva do Estado, visto que não carece que a vítima prove a culpa da administração, apenas a fuga do detento por si só confirma a negligência e omissão estatal, entendimento este que também seguimos e defendemos neste trabalho.

Por tais motivos, como já exposto, existe a probabilidade do Estado responder civilmente pelos delitos cometidos por foragidos da justiça, de forma objetiva, entretanto, esta responsabilização penderá da interpretação do juiz que, no

costume forense, avaliará o caso concreto observando o acontecimento ou não do nexo de causalidade e demais condições necessários para a atribuição da responsabilidade civil do Estado em decorrência de infrações praticadas nessa estirpe.

5 CONCLUSÃO

A Responsabilidade Civil do Estado é um instituto que vem ao longo da história sofrendo modificações até chegar ao estágio atual. Várias foram as teorias que a fundamentaram. A responsabilidade estatal é direcionada a assegurar a estabilidade nas relações entre a sociedade e o Estado, ressarcindo o indivíduo diante de eventuais danos causados pela atuação da Administração.

É no texto constitucional que são determinadas imensuráveis obrigações do Estado para com o cidadão. Se o Poder Público não cumprir o que lhe foi imposto, seja por conduta omissiva ou comissiva, será atribuída a responsabilização ao ente estatal pelos eventuais danos causados ao particular.

Destarte, foi visto que com o advento da Constituição de 1988, pelo que dispõe o artigo 37, § 6º, a responsabilidade do Estado encontra amparo na teoria do risco administrativo, sendo definida, portanto, como objetiva.

A utilização da responsabilidade objetiva nos atos comissivos da Administração não encontra oposições. Entretanto, no que se refere às condutas omissivas, há a existência de algumas divergências, tanto doutrinária como jurisprudencial. Nos dias atuais, segue com mais intensidade a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado, afastando a culpa como pressuposto para a obrigação de indenizar.

Constatou-se com a realização dessa pesquisa, que o sistema penitenciário é um serviço público que deve ser prestado com muita qualidade e seriedade pelo aparelho estatal. Além disso, é um direito pertencente a todo cidadão, como assevera a Lei Maior. Caso não seja oferecido de forma efetiva, poderá o Estado, por sua omissão e negligência comportar os danos causados aos indivíduos.

Visualizou-se a existência de vários fatores que determinam a crise no sistema prisional brasileiro, quais sejam: as políticas de segurança não atingem o seu objetivo; a comprovação da inércia do Poder Público no que tange a falta de interesse dos administradores; a corrupção de alguns agentes públicos; a má estruturação dos órgãos que compõem sistema prisional; a má qualidade das penitenciárias estaduais e cadeias públicas.

Observou-se que, a Lei de Execução Penal que atribui a estrutura do sistema prisional não está sendo cumprida na maioria das penitenciárias estaduais,

assim sendo, os efeitos e conseqüências são os mais nefastos possíveis, tornando o preso cada vez mais revoltado com a situação de sobrevivência em que vive.

Desse modo, diante do aumento da criminalidade e da insegurança em que vive o país, não é mais interessante a população permanecer inerte e suportar a ineficiência do Poder Público. Como exposto na pesquisa, à jurisprudência brasileira está punindo o Estado por suas falhas na guarda do preso, ocasionando a fuga e muitas vezes o crime quando solto pelas ruas. O Poder Judiciário, de forma inteligente está impondo ao ente estatal a obrigação de indenizar as vítimas pela falha na administração.

Seja com a adesão da teoria subjetiva para a responsabilização do Estado, hoje menos utilizada, ou, no sentido da atribuição da responsabilidade objetiva estatal, responsabilidade esta defendida por este trabalho monográfico, o importante será, sem sombra de dúvidas, que o Poder Público suporte os encargos oriundos de seu sistema prisional.

A pesquisa jurisprudencial ajudou profundamente a identificar importantes avanços no que diz respeito às omissões do Estado na manutenção dos presídios públicos, principalmente no que tange à utilização da responsabilidade objetiva, prescindido da idéia de culpa, baseando-se apenas na conduta, seja ela omissiva ou comissiva, e no nexó de causalidade com o prejuízo sofrido.

Com isso, pode-se dizer que é crescente o número de pessoas ressarcidas pelos prejuízos decorrentes da falha na prestação da guarda do encarcerado. Quem sabe assim, com altos encargos determinados pela constante responsabilização, o Poder Público desperte para a criação de medidas que efetivamente melhore o sistema prisional, melhorando o convívio do preso dentro das penitenciárias e conseguindo conter as fugas e rebeliões.

REFERÊNCIAS

✱ ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado. 17ª ed. São Paulo: Método, 2009.

✱ BRASIL. Código Civil (2002). São Paulo: Saraiva, 2008.

✱ BRASIL. Constituição Federal (1988). São Paulo: Saraiva 2008.

✱ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

✱ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DOTTI, René Ariel. A crise do sistema penitenciário. Disponível em <www.mj.gov.br/depen/>. Acesso em: 18 jun. de 2010.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal - Parte Geral. 3ª ed. 2010 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

FÁTIMA SOUSA. Como funcionam as prisões. Disponível em: <http://pessoas.hsw.uol.com.br/prisoos2.htm-como-funcionam-as-prisoos>
Acesso em 29 de Setembro de 2010.

Gazeta do povo. Brasil tem o terceiro maior número de presos do mundo. Disponível em: < <http://www.gazetadopovo.com.br>>. Acesso em: 26 de set. de 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRABETE. Júlio Fabbrini. Execução Penal. 11ª ed. São Paulo: Atlas.

PINTO, Helena Elias. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROURE, Daniela de. A crise no sistema penitenciário brasileiro. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/>>. Acesso em 03 de set. de 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WALTER FANGANIELLO. População Carcerária. Disponível em: <<http://maierovitch.blog.terra.com.br/>>. Acesso em 08 de set. de 2010

_____. Recurso extraordinário nº 109615-2/RJ. Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão em: 11 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 25 de out. de 2010.

_____. Recurso Extraordinário nº 140270/MG. Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão em: 15 de abril de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 29 de out. 10.

ANEXO A – IMAGENS DA SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS NO BRASIL

