

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

**SEMYRAMIS MOURA DUARTE**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS CRIMES PRATICADOS POR  
DETENTOS BENEFICIADOS PELA SAÍDA TEMPORÁRIA**

**SOUSA  
2014**

**SEMYRAMIS MOURA DUARTE**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS CRIMES PRATICADOS POR  
DETENTOS BENEFICIADOS PELA SAÍDA TEMPORÁRIA**

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: Esp. Leonardo Figueiredo de Oliveira

**SOUSA  
2014**

**SEMYRAMIS MOURA DUARTE**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS CRIMES PRATICADOS POR  
DETENTOS BENEFICIADOS PELA SAÍDA TEMPORÁRIA**

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. Esp. Leonardo Figueiredo de Oliveira

Banca Examinadora

Data da aprovação: 31/03/2014

---

Orientador: Prof. Leonardo Figueiredo

---

Examinador interno

---

Examinador externo

Dedico essa conquista a minha irmã Karen Moura Duarte,  
que tanto me ajudou nessa etapa importante.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado forças para seguir sempre em frente, por ter sempre me guiado pelo caminho certo e por ter sempre colocado anjos na minha vida quando estava pesado demais pra mim.

A minha mãe Graça pelo exemplo de mulher guerreira no qual irei me espelhar pra sempre.

A minha irmã Karen pelo apoio e ajuda a mim dedicados quando seria impossível que eu conseguisse sozinha.

Aos meus amigos que me ajudaram de alguma forma na realização desse sonho.

A todos aqueles que participaram dessa jornada e contribuíram para o meu crescimento.

"Teu dever é lutar pelo direito. Mas no dia em que encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça."

Eduardo J. Couture

## RESUMO

Este trabalho tem como finalidade apresentar uma abordagem jurídica da responsabilidade civil do Estado pela negligência na obrigação de vigiar e garantir que os detentos beneficiados pelo instituto da saída temporária não cometam novos delitos ao gozarem desse benefício. O poder público é o responsável pela segurança dos cidadãos, porém muitas vezes não consegue combater efetivamente o crime. No caso apresentado, o instituto da saída temporária está previsto na Lei de Execução Penal, e o apenado que cumprir todos os requisitos exigidos terá direito a gozar de tal benefício. A grande problemática está no fato de o Estado não fiscalizar efetivamente o apenado que sai em gozo desse benefício, colocando a sociedade em risco. No Brasil, a pena tem caráter ressocializador, e é dosada tomando por base o tempo que o indivíduo precisa para voltar ao convívio em sociedade totalmente ressocializado. Ocorre que quando o indivíduo está gozando do benefício da saída temporária, ele está sendo posto em liberdade antes do cumprimento total da pena, ou seja, sem estar totalmente ressocializado, podendo oferecer perigo a sociedade. Diante disso, ao Estado poderá ser imputada a responsabilidade civil quando ficar comprovada a omissão deste em proporcionar a vigia e guarda do apenado que sai em decorrência desse benefício. Na realização deste trabalho, foram utilizados os métodos exegético-jurídico e o histórico-comparativo analisando toda a evolução da responsabilidade civil do Estado; bem como o método bibliográfico. Por fim, resta comprovado que na hipótese em que o 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 beneficiados pela Saída Temporária.

**Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Saída temporária. Indenização.**

## ABSTRACT

This work aims to present a legal approach to civil responsibility of the State by the negligence in the obligation to monitor and ensure that detainees benefited by the institute of temporary departure do not commit new crimes when they enjoy this benefit. The government is responsible for public safety, but often can not effectively fight crime. In the case presented, the institute of temporary departure is foreseen in the Penal Execution Law, and convicts who meet all requirements specified shall be entitled to enjoy this benefit. The big problem is the fact that the State did not effectively supervise convicts coming out in enjoyment of that benefit, putting society at risk. In Brazil, the penalty has resocializing character, and is measured using as a basis the time that the person needs to go back to live in society totally resocialized. However, when the person is enjoying the benefit of temporary departure, it is being set free before the full completion of the sentence, in other words, without being totally resocialized and it may be dangerous to society. Therefore, to the State can be attributed the civil responsibility if they can prove its failure providing the lookout and guard of the convict that is coming out as a result of this benefit. In this work, the legal-exegetical methods were used and the historical-comparative analyzing the evolution of the entire responsibility of the state, as well as the bibliographic method. Finally, it is proven that in the hypothesis that the Government does not fulfill the duties determined by the Constitution and the Law of Criminal Execution, and cause in any way, damage to particular means that will step in the institute of civil responsibility of state, always seeking the restoration of moral or balance sheet before damaging actions caused by criminals benefited by the Temporary Departure.

**Keywords: Civil Responsibility. Temporary Departure. Indemnification.**

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 ASPECTOS GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO</b> .....	11
2.1 Evolução Histórica do Instituto da Responsabilidade Civil .....	13
2.2 Teorias Subjetivas acerca da Responsabilidade Civil .....	16
2.3 Teorias Objetivas acerca da Responsabilidade Civil .....	20
2.4 Teoria Adotada pelo Sistema Jurídico Brasileiro .....	21
<b>3 ABORDAGEM GERAL SOBRE O INSTITUTO DA SAÍDA TEMPORÁRIA</b> .....	23
3.1 Hipóteses de Cabimento da Saída Temporária .....	25
3.1.1. Regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade .....	26
3.2 Requisitos Exigidos para a concessão da Saída Temporária .....	31
3.3. Responsabilidade jurisdicional .....	32
<b>4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS CRIMES COMETIDOS POR DETENTOS BENEFICIADOS PELA SAÍDA TEMPORÁRIA.</b> .....	33
4.1 Aplicação da Responsabilidade Subjetiva do Estado .....	35
4.2 Aplicação da Responsabilidade Objetiva do Estado .....	36
4.3 Possibilidade de reparação pelo Estado do dano moral ou material sofrido por terceiros .....	39
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	44
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	46

## 1 INTRODUÇÃO

De acordo com a teoria do pacto social são atribuídas ao Estado funções imprescindíveis para a organização da convivência em sociedade, onde as pessoas passaram a viver em comunidade, muitas vezes abrindo mão de algumas liberdades individuais em detrimento do Estado para que esse garantisse a proteção e segurança dos indivíduos.

Diante desse contexto, o presente trabalho irá apresentar importantes aspectos que vão abordar a Responsabilidade Civil do Estado pela não fiscalização dos detentos que estão em liberdade e obrigação da reparação dos danos causados por esses detentos a terceiros.

A escolha do tema da responsabilização do Estado nos crimes cometidos por detentos que estão gozando o benefício da saída temporária 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 causadas por delinquentes que estão em liberdade através do instituto da saída temporária, o Estado se vê cada vez mais obrigado a ter que ressarcir os danos causados as vítimas da delinquência, com viés na disposição constitucional que impõe o dever ao Poder público de oferecer o serviço eficiente, não direcionando ao particular os encargos da administração inoperante.

A Saída Temporária é um instituto previsto na Lei de Execução Penal e tem como objetivo maior inserir o apenado no convívio social quando o mesmo estiver apto. O problema é que mesmo que os requisitos exigidos tenham sido supridos pelo apenado, aquele detento ainda não está totalmente ressocializado, visto não ter cumprido sua pena na íntegra, podendo oferecer risco a sociedade.

Se o Estado coloca em liberdade o indivíduo que ainda não está totalmente ressocializado, ele deve fiscalizar e vigiar esse indivíduo em liberdade, e se não o faz, deve reparar qualquer dano que esse indivíduo venha a causar a terceiros.

É objetivo geral da pesquisa identificar a responsabilidade civil do Estado perante a sua atividade omissiva no dever de prestar a segurança adequada ao conceder o benefício em questão.

São objetivos específicos desse mesmo estudo, abordar os requisitos da Saída Temporária, observando a falta de fiscalização do Estado em relação aos detentos e defender a premissa de que o particular não pode ser prejudicado por uma possível conduta lesiva onde o Estado teria a obrigação de impedir.

Para a realização do presente trabalho científico utilizar-se-á o método bibliográfico, analisando as correntes doutrinárias favoráveis ao posicionamento adotado nesse trabalho; o método histórico comparativo, analisando os institutos apresentados desde sua evolução até o presente momento; o método exegético-jurídico, com interpretação da legislação brasileira pertinente ao assunto tratado; e pesquisa jurisprudencial, mostrando o posicionamento dos Tribunais Superiores acerca do assunto tratado.

Inicialmente, no primeiro capítulo, a pesquisa monográfica abordará as considerações iniciais acerca da responsabilidade civil do Estado, acompanhada da sua evolução histórica, as teorias que já foram adotadas no sistema brasileiro, e o posicionamento que predomina hoje no ordenamento jurídico pátrio; elemento fundamental para a compreensão dos entendimentos atuais.

Em seguida, no segundo capítulo, será tratada a questão do benefício da Saída Temporária previsto na Lei de Execução Penal, dando maior enfoque sobre os requisitos para a concessão do mesmo e a falta de fiscalização do Estado ao conceder o benefício em questão.

Finalizando, o último capítulo abordará a questão no que concerne a aplicação da responsabilidade civil do Estado quando concede o benefício da saída temporária e não fiscaliza o detento nesse período fora da prisão, facilitando para que este cometa novos delitos, surgindo assim a obrigação de reparar o dano que o detento causou ao terceiro.

## 2 ASPECTOS GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Imperativo torna-se compreender que a Responsabilidade Civil é um fenômeno social e não apenas um simples instituto jurídico delimitado em seus contornos legais; o mesmo apresenta-se com feições profundas e amplas, já que quem pratica um ato ou incorre em uma omissão que ocasione dano, deverá suportar as consequências de sua conduta. Desse modo, trata-se de uma regra elementar de equilíbrio social.

Etimologicamente, a palavra “responsabilidade” expressa a obrigação que alguém tem de assumir as consequências jurídicas de sua conduta e/ou atividade. Referida palavra tem origem no verbo latino *respondere*. No ordenamento jurídico pátrio, vigoram as normas que tutelam a boa convivência social, não admitindo lesões a estes interesses. Assim, a responsabilidade surge nas situações em que uma pessoa, física ou jurídica, deve arcar com as consequências de um ato, ou fato, ou negócio que causou danos a outrem. O termo responsabilidade Civil, conforme a definição de SILVA (2010, p.642) é:

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção.

Admite-se que a responsabilidade tem como escopo a restauração do equilíbrio patrimonial e/ou moral que antes existia e foi rompido com o evento danoso. 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.

A Administração ou o Poder Público impregna consigo, na organização da sociedade, compromissos de desempenhar as atividades com o finco de proteger o bem comum, obrigações estas apontadas principalmente pela Carta Magna. O Estado através e 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.

De forma clara, 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*.

Verificando os pressupostos da responsabilidade jurídica do Estado, este é compelido a eliminar ou remediar as consequências dos agravos que seus agentes originem aos seus administrados.

## 2.1 Evolução Histórica do Instituto da Responsabilidade Civil

Na antiguidade não havia a perquirição do elemento “culpa”. Ademais, os danos por si só autorizavam uma reação imediata e instintiva do ofendido, inexistindo qualquer regra ou limitação. Por isso, a vingança privada vigora diante da inexistência do “Direito”. Segundo as palavras de Alvino Lima (1999, p.10), a vingança era a “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido, solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”.

Nas primeiras sociedades organizadas, como também nas civilizações pré-romanas, já se apontava em caráter rudimentar indícios da origem do instituto em comento traduzida, portanto, na concepção de vingança privada, era compreensível como legítima, do ponto de vista humano, a reação contra o mal provocado por outrem. Com o tempo, restou esmaecida a utilização da vingança privada e a

composição econômica, que antes voluntária, passa a ser obrigatória, e ao demais disso, tarifada.

Destacada evolução histórica da Responsabilidade Civil, aconteceu através da Lei Aquília, onde sua importância foi tão significativa que passou a conceituar os novos contornos da responsabilidade, qual seja a Responsabilidade Civil delitual ou extracontratual. A partir de então, as multas fixas passaram a ser substituídas por uma pena proporcional ao dano causado. Neste percurso histórico, a respeito da Lei Aquilia, Alvino Lima (1999, p. 22-23) obtempera que:

A Lei Aquília não se limitou a especificar melhor os atos ilícitos, mas substituiu as penas fixadas, editadas por certas leis anteriores, pela reparação pecuniária do dano causado, tendo em vista o valor da coisa durante os 30 dias anteriores ao delito e atentado, a princípio, ao valor venal; mais tarde, estendeu-se o dano ao valor relativo, por influência da jurisprudência, de sorte que a reparação podia ser superior ao dano realmente sofrido, se a coisa diminuísse de valor, no caso prefixado.

Porém a origem do instituto da responsabilidade civil em si parte do Direito Romano, e está calcada na concepção de vingança pessoal, sendo uma forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal contra o mal sofrido (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 11).

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 atribuíssem 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

ideia 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 parência “*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.

O grande avanço do instituto da Responsabilidade Civil adveio com o direito francês; este conseguiu aperfeiçoar e sistematizar o que havia no direito romano, no que se refere a este instituto. Estabeleceram-se determinados princípios para a responsabilidade Civil, tais como: direito a reparação sempre que houvesse culpa, mesmo que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual, que caracterizava as pessoas que descumpriam os contratos. Portanto, era a generalização do princípio aquiliano, o de que a culpa, ainda que em caráter levíssimo, obriga o ofensor a indenizar a vítima.

Com tímidos avanços, o direito francês conseguiu paulatinamente aperfeiçoar as idéias românicas com relação ao instituto da Responsabilidade Civil, já que, por seu turno, compreenderam que abandonar o critério da enumeração de hipóteses de composição permitiria a evolução para o instituto e geraria conformidade entre o direito e as necessidades sociais; destarte, estabeleceram um princípio geral da Responsabilidade Civil. Firmava-se, então, o instituto da Responsabilidade Civil.

Nunca é demais lembrar que o Estado trouxe para si a função de punir a partir da ideia de distinção entre os delitos públicos e privados. E com o *jus puniendi* monopolizado pelo Estado, nasce a ação de indenização.

No Brasil, 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, onde a vítima poderia propor ação para o ressarcimento tanto contra o Estado como em desfavor do agente público.

Com a Constituição de 1946 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.

Dessa forma, o ordenamento jurídico pátrio adota a teoria do risco administrativo, porém esse não é um entendimento pacífico entre doutrinadores e juristas.

## 2.2 Teorias Subjetivas acerca da Responsabilidade Civil.

Na esteira da evolução ideológica da responsabilidade, ocorreram significativas mudanças em seu fundamento e em seu campo de aplicação. Em virtude desta maturação, a teoria da absoluta irresponsabilidade estatal cede espaço para as teorias subjetivistas, onde a responsabilização passa a ter o fundamento da culpa. Por seu turno, para que haja a responsabilidade do Estado, nas teorias subjetivas é imperiosa a presença da culpa do agente, e conseqüentemente, a sua comprovação.

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 do Estado. Para a elucidação da culpa na responsabilidade estatal é indispensável o exame de algumas teorias que passaremos a expor a seguir.

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 ideia 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 culpa ao Estado. Neste ensinamento dominava a ideia 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. Deveras, incorrendo o Estado (através de seus agentes) em culpa in vigilando ou in eligendo, o dever de indenizar estava configurado já que causou danos a terceiros.

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 a 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.

Diversamente da culpa civilista, temos a teoria da culpa administrativa, que 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 de 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 a afeição 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 de 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 nexos 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.

Surgiu também a teoria da culpa anônima, originando 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. No entanto essa teoria apresentava um demérito, pois se exigia a identificação do indivíduo que provocou o dano.

Diante da grandeza da atividade estatal e da impessoalidade na prestação de serviços públicos, a vítima encontrava um grande obstáculo para a efetivação de sua pretensão indenizatória, já que era extremamente difícil especificar o agente causador do prejuízo.

Outra teoria é a da culpa presumida, onde 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: a 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.

### 2.3 Teorias Objetivas acerca da Responsabilidade Civil

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 a 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 Di Pietro (2006, p. 621) que:

Nessa teoria, a ideia de culpa é substituída pela denexo 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 ideia 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.

Já a teoria do risco integral é uma forma extrema que se arrasta a doutrina do risco administrativo. Por aquela teoria a Administração permaneceria coagida a recompensar todo e qualquer dano suportado por terceiros, mesmo se resultasse de culpa ou dolo da vítima, em qualquer conjectura de qual for verificado o nexo causal entre a atividade da administração e o dano do particular, aquela será atribuída à responsabilidade pela indenização.

Nesse contexto, não se admitia qualquer ideia de exclusão da responsabilidade, sempre que restasse comprovado o dano causado a terceiros por atos estatais. 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. Para não deixar o particular lesado sem a devida reparação, o ente estatal assumiria o ônus. Nesta teoria, mais importante seria socializar para assegurar e compensar, e não mais dar ênfase a ideia 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.

#### 2.4 Teoria Adotada pelo 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.

Conforme a doutrina da responsabilidade civil 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 nexu causal – presença do nexu 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, ou seja, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-la; falta de excludentes – a responsabilidade objetiva presente 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 ideia 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 nexu causal.

A essa evidência, é patente que a teoria adotada no ordenamento jurídico brasileiro é a objetiva, não somente pela nova visão de responsabilidade que passa a permear as mentes dos juristas e dos aplicadores do direito, por se encontrar estabelecido tanto em lei infraconstitucional, mas, primordialmente, por estar amparada na norma maior brasileira.

### 3 ABORDAGEM GERAL SOBRE O INSTITUTO DA SAÍDA TEMPORÁRIA

A finalidade do Instituto da Saída Temporária é a de preparar, de forma adequada, o retorno daquele que um dia delinuiu, como bem destacou Mirabete (2004, p.507):

As saídas temporárias servem para estimular o preso a observar boa conduta e, sobretudo, para fazer-lhe adquirir um sentido mais profundo de sua própria responsabilidade, influenciando favoravelmente sobre sua psicologia.

Acredita-se que ao colocar o apenado em convívio com a sociedade, isso terá dois reflexos: o primeiro é que espera-se que, ao sair da prisão por curto espaço de tempo, o apenado não queira mais praticar delitos para que não tenha que se privar de sua liberdade novamente; e o segundo e principal reflexo é o de que o apenado volte a se acostumar com o convívio em sociedade de forma gradativa, para que ele não tenha que sair de uma só vez da penitenciária e sofrer os impactos das mudanças em sociedade. Ocorre que muitas vezes esse instituto acaba tendo efeitos contrários ao esperado, e o pior deles é exatamente o fato de o apenado se ver em liberdade e não mais voltar ao cárcere para terminar de cumprir sua pena.

Como importante etapa do sistema de progressão do regime da pena privativa de liberdade, a saída temporária diminui o caráter de confinamento absoluto e serve também como meio de prova que permite avaliar se o detento já alcançou um grau de resistência que lhe permita vencer as “tentações” da vida livre e um sentido de responsabilidade suficiente para não frustrar a confiança que lhe é depositada ao se lhe deferir o benefício. O renomado criminalista Ney Moura Teles (2004, p.52) tem razão ao afirmar que:

A privação da liberdade não intimida e, o que é mais grave, não só não recupera o condenado, com também o transforma negativamente. Não podia ser diferente, pois não se ensina a viver em liberdade, respeitando os valores sociais, suprimindo a liberdade do educando. É como desejar ensinar um bebê a caminhar atando-lhe as pernas. Ele jamais vai conseguir.

De fato, a ideia de caráter ressocializador da pena é utópica, e infelizmente não vemos isso na prática. O que ocorre de verdade é que o indivíduo que tem sua liberdade cerceada em virtude do cárcere, na maioria das vezes sai de lá mais tendencioso ao crime. Isso ocorre porque no próprio cárcere o comportamento tanto do apenado como da administração carcerária tem as atitudes voltadas para uma pena de caráter punitivo; pensamento esse que também predomina entre a sociedade. Com tudo isso se torna um risco colocar o apenado em liberdade obedecendo a requisitos apenas objetivos, pois o que já foi constatado é que a grande maioria dos apenados apresenta um bom comportamento dentro do cárcere apenas para conseguir o benefício, e não por estar realmente ressocializado, e fazem isso em grande maioria para quando conseguir sair para gozar o benefício não mais voltar ao cárcere para cumprir o restante de sua pena.

É alarmante o número de apenados que saem para gozar o benefício da Saída Temporária e não volta mais. Em uma pesquisa feita pelo JORNAL FOLHA (2013) ficou constatado que mais de cinquenta mil detentos que saíram para gozar o benefício da Saída Temporária no Natal não voltaram às penitenciárias. Esse dado se alarma ainda mais quando ele faz a seguinte comparação:

O total, 50.108 presos, equivale a quase toda a população carcerária de Minas e preencheria 65 unidades prisionais em São Paulo – O estado tem 156. O índice dos que não voltaram oscila muito durante os dez anos da pesquisa (2003-2013).

Essa pesquisa foi feita com base no Estado de São Paulo, porém sabemos que esse problema ocorre em todo o Brasil, e ocorre justamente porque não há uma efetiva fiscalização por parte do poder público ao colocar nas ruas os delinquentes que ainda não estão totalmente ressocializados.

É questionado por muitos doutrinadores que a própria pena em caráter integral não ressocializa o apenado, porque o sistema penitenciário brasileiro é precário em muitos sentidos, e não encara a pena como uma medida ressocializadora e sim como uma medida punitiva. Porém a sociedade não pode pagar pela precariedade na prestação de um serviço obrigatório do Estado.

### 3.1 Hipóteses de Cabimento da Saída Temporária

Prevista nos artigos 122 a 125 da Lei de Execução Penal (nº 7.210, de 11 de julho de 1984), a autorização para saída temporária *pode* e *deve* ser concedida aos condenados que cumprem pena privativa de liberdade no regime semi-aberto. A legislação prevê três hipóteses de saída temporária, são elas: para visita à família; para frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do segundo grau ou superior; e, para participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social. Como consta no artigo 123 da LEP:

Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:  
I - comportamento adequado;  
II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente;  
III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

Em qualquer caso, a concessão da autorização depende da satisfação de três requisitos: comportamento adequado; cumprimento mínimo de um sexto da pena, se o condenado for primário, ou de um quarto, se reincidente; e, compatibilidade do benefício com os objetivos da pena. A permissão de saída, por outro lado, torna-se possível em hipóteses mais esporádicas e imprevisíveis, elencadas no artigo 120 da Lei 7.210/84 (LEP): a) em caso de falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão e b) diante da necessidade de tratamento médico.

Entende-se por comportamento adequado uma boa conduta dentro do estabelecimento penitenciário, onde o apenado não se envolva em conflitos dentro do sistema prisional. Além disso, o requisito do comportamento adequado é muito subjetivo, variando de apenado para apenado. Já o requisito de cumprimento mínimo de pena é muito objetivo; e a compatibilidade do benefício com os objetivos da pena consistem em qualquer coisa que faça ressocializar o apenado, colocando ele em contato com a sociedade, pois esse é o real motivo da saída temporária.

Muitos são os posicionamentos contra o instituto da Saída Temporária; alguns doutrinadores e operadores do direito não acreditam no caráter

ressocializador desse benefício; como é o caso da Senadora Ana Amélia (PP-RS) que apresentou um projeto de lei para endurecer os requisitos para a concessão do benefício. Esse projeto de lei muda requisitos como não permitir a concessão para detentos reincidentes, e a concessão da saída temporária apenas uma vez por ano para cada apenado.

De acordo com a LEP o apenado pode obter cinco autorizações para saída temporária ao ano, cada uma com no máximo, sete dias. Essa limitação se dá exatamente para evitar que o condenado frustrasse a própria condenação com autorizações sucessivas, passando mais tempo em liberdade do que cumprindo efetivamente a pena dentro do sistema carcerário. Porém se o juiz da execução entender haver motivo realmente justificável, nada obsta que conceda a saída temporária por período superior a esse limite de sete dias.

### 3.1.1. Regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade

É necessário uma análise sobre os tipos de regimes penais para que se entenda o requisito indispensável para a concessão do benefício da saída temporária, qual seja o regime semiaberto. São três os regimes existentes atualmente na legislação brasileira, o regime fechado, o semiaberto e o aberto. O renomado doutrinador Rogério Greco (2013, p.483) nos dá um excelente esclarecimento acerca das penas privativas de liberdade:

A pena privativa de liberdade vem prevista no preceito secundário de cada tipo penal incriminador, servindo à sua individualização, que permitirá a aferição da proporcionalidade entre a sanção que é cominada em comparação com o bem jurídico por ele protegido.

Para alguns doutrinadores a progressão de regime (do regime fechado para o regime semiaberto) não dá direito automático à saída temporária. De acordo com esse posicionamento, o benefício das saídas temporárias não é intrínseco à progressão de regime, devendo ser deferido ou indeferido, de forma motivada, pelo juiz das execuções penais. A autorização de saída e a progressão de regimes não se confundem. Aquela é gênero que comporta duas espécies: a permissão de saída

e a saída temporária. A progressão de regimes, por sua vez, é a passagem do regime de cumprimento mais severo para o mais ameno, quando cumpridos os requisitos objetivo (lapso temporal) e subjetivo (bom comportamento) pelo condenado.

De acordo com o texto expresso da Lei de Execução Penal, as saídas temporárias só podem ser deferidas pelo juiz da execução com prévia audiência do Ministério Público, aos condenados que cumprem pena no regime semi-aberto; não prevendo expressamente que esse benefício atinja também os apenados do regime aberto. A primeira vista isso pode parecer contraditório, pois quem cumpre pena num regime mais gravoso, qual seja o semi-aberto, tem direito a estar em contato direto com a sociedade e alguém que cumpre pena no regime mais brando não o tem.

Não se trata de contradição, pois as saídas temporárias são consideradas parte de um sistema progressivo, que se inicia no regime fechado, passa para o semi-aberto e pelas saídas temporárias, prossegue no regime aberto e acaba no livramento condicional. É através da saída temporária que o indivíduo vai se preparando para o regime de maior liberdade, que é o regime aberto.

#### 3.1.1.1. Regime fechado

De acordo com o artigo 8º da Lei de Execução Penal e o artigo 34, caput, do Código Penal, o apenado que cumpre a pena privativa de liberdade em regime fechado deve ser submetido a exame criminológico para que se obtenham os elementos primordiais para uma individualização da execução da pena.

O apenado cumpre a pena em estabelecimento de segurança máxima ou média, ficando sujeito a isolamento no período noturno e trabalho no período diurno, sendo que este trabalho será em comum dentro do estabelecimento, de acordo com as suas aptidões, desde que compatíveis com a execução de pena; não pode frequentar cursos de instrução ou profissionalizantes, admitindo-se o trabalho externo apenas em serviços ou obras públicas, devendo-se, porém, tomar todas as precauções para se evitar a fuga (CÓDIGO PENAL, Artigo 34).

O artigo 41 da Lei de Execução Penal assegura ao preso o direito de exercer o trabalho, porque para cada três dias trabalhados, o preso pode remir um dia da sua pena. Desse modo, se o Estado não oferece condições para que o apenado exerça esse trabalho, ele não pode ficar prejudicado pela incapacidade administrativa, e dessa forma, excepcionalmente, deverá ser concedida a remição mesmo sem que haja o efetivo trabalho.

Porém esse não é um posicionamento unânime entre a doutrina, como exemplo podemos ver a citação de Cezar Roberto Bitencourt (apud. GRECO, 2013, p.494):

Quando a lei fala que o trabalho é direito do condenado está apenas estabelecendo princípios programáticos, como faz a Constituição quando declara que todos tem direito ao trabalho, educação e saúde. No entanto, temos milhões de desempregados, de analfabetos, de enfermos e de cidadãos vivendo de forma indigna. Por outro lado, os que sustentam o direito a remição, independentemente de o condenado ter trabalhado, não defendem também o pagamento da remuneração igualmente prevista na lei, o que seria o lógico.

De acordo com o artigo 36 da LEP, o trabalho externo apenas será possível para os apenados do regime fechado em serviços ou obras públicas realizadas por órgãos da administração direta ou indireta, ou por entidades privadas quando tomadas as precauções contra fuga do apenado.

Ainda assim o artigo 37 da LEP vem complementar o disposto no artigo anterior, dizendo que o trabalho externo apenas será autorizado pela direção do estabelecimento após o apenado ter cumprido no mínimo um sexto da pena.

### 3.1.1.2 Regime semi-aberto

O condenado cumpre a pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, ficando sujeito ao trabalho em comum durante o período diurno, podendo ainda realizar trabalho externo, inclusive na iniciativa privada, admitindo-se também a frequência a cursos de instrução ou profissionalizantes (CÓDIGO PENAL, Artigo 35).

É admitido nesse regime o trabalho externo e a frequência a cursos profissionalizantes. Esclarece o nobre doutrinador ROGÉRIO GRECO (2013, p.496):

A lei nº 12.433, de 29 de julho de 2011, alterou o art. 126 da Lei de Execução Penal para possibilitar a remição pelo estudo. O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do §1º do art. 126 da Lei de Execução Penal. Tal disposição aplica-se, ainda, às hipóteses de prisão cautelar (art. 126 §§ 6º e 7º, da LEP).

O regime no qual o condenado passa a ter direito ao benefício da saída temporária após o cumprimento dos demais requisitos necessários à concessão.

### 3.1.1.3 Regime aberto

Esse regime serve como ponte para a reinserção do condenado de volta a sociedade. O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, isto porque ele somente ficará recolhido em casa de albergado ou estabelecimento adequado durante o período noturno e os dias de folga, devendo trabalhar, frequentar curso ou praticar outra atividade autorizada fora do estabelecimento e sem vigilância (CÓDIGO PENAL, Artigo 36).

A grande diferença na execução da pena desse regime para os anteriormente citados consiste no trabalho. No regime aberto não há previsão legal de remição de pena pelo trabalho. Mas esse fato se dá justamente porque para que o condenado comece sua pena nesse regime, já é pré-requisito que ele esteja trabalhando ou que comprove a possibilidade de fazê-lo imediatamente. Porém há a possibilidade de remir a pena através da frequência em curso de ensino regular ou de educação profissional. ROGÉRIO GRECO (2013, p.497) ainda acrescenta outras condições para que se inicie a pena no regime aberto:

Além da necessidade de estar trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente, o inciso II do art. 114 da Lei

de Execução Penal ainda exige que o condenado apresente, pelos seus antecedentes, ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.

Além desses requisitos, antes de conceder a autorização para saída temporária, o juiz da execução consulta a administração penitenciária a respeito da conveniência do pedido e solicita ao representante do Ministério Público um parecer sobre a concessão, ou não, do benefício. Mesmo que o apenado tenha conseguido o benefício a primeira vez, ainda se faz necessário o parecer do Ministério Público em cada pedido de saída temporária, e caso seja concedido sem que seja ouvido o nobre parquet, é causa passível de revogação do benefício.

Anteriormente existia também o exame criminológico, que é uma espécie de exame de personalidade que tem a finalidade de obter elementos indispensáveis à classificação do sentenciado e à individualização da execução penal. Ele examina a personalidade do criminoso em relação ao crime em concreto pretendendo-se com isso explicar a dinâmica criminal propondo medidas recuperadoras e a avaliação da possibilidade de delinquir. Por se tratar de perícia oficial, deve ser realizado por peritos oficiais (MIRABETE, 2004).

Com o advento da Lei n. 10.792/2003 que altera a lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - lei de execução penal e o decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - código de processo penal e dá outras providências, o exame criminológico tornou-se dispensável. Esta discricionariedade, contudo acarretou uma maior subjetividade na aplicação dos requisitos para a saída temporária, tornando-a uma liberação que não se atem ao individualismo necessário a uma eficaz concessão de direitos que deve atender somente àquele que realmente faz jus ao benefício, e não a todos que cumprem um requisito objetivo que é o cumprimento de um sexto da pena se primário ou um quarto da pena se reincidente, alcançado por todos devido ao lapso temporal que obviamente passa igualmente para todos.

Nas saídas temporárias, os condenados beneficiados não se sujeitam a vigilância direta, pois se baseia na confiança e no senso de responsabilidade do apenado (NUCCI, 2011). A Súmula 40 do Superior Tribunal de Justiça assevera que para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena em regime fechado. Conforme dispõe o artigo 124 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), a saída temporária será concedida por

prazo não superior a sete dias, podendo ser renovada por mais quatro vezes durante o ano.

### 3.2 Requisitos Exigidos para a concessão da Saída Temporária

Para que seja concedido o benefício da saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário alguns requisitos que o mesmo terá que cumprir enquanto estiver em gozo do benefício, sejam eles: o fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício; recolhimento à residência visitada, no período noturno; proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres. Entre outras condições que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado.

Todos os requisitos exigidos pelo juiz são medidas da justiça de oferecer algum tipo de controle sobre o indivíduo que é posto em convívio social através desse benefício. Porém é sabido que esses requisitos não são suficientes para que impeça o condenado de cometer novos delitos quando se vê em liberdade.

O fornecimento de endereço onde o apenado poderá ser encontrado é exatamente para o caso de ele não voltar à penitenciária ao final do período do benefício. Bem como o recolhimento no período noturno justifica-se no fato de o benefício da saída temporária servir para ressocializar o apenado, e entende-se que a visita a bares e casas noturnas não servem para inserir o apenado de forma positiva na sociedade.

Além desses requisitos, o juiz pode fixar outros que achar conveniente dependendo do caso concreto e que esteja em conformidade com a lei. Quando se tratar de frequência a curso profissionalizante, de instrução de ensino médio ou superior, o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades, onde o horário do apenado se adapta ao horário de suas atividades escolares.

Nos demais casos que não sejam o da saída temporária para frequentar curso profissionalizante, as autorizações de saída somente poderão ser concedidas com prazo mínimo de quarenta e cinco dias de intervalo entre uma e outra. Isso para

que o apenado não passe mais tempo em liberdade do que cumprindo a pena que lhe foi imposta.

### 3.3. Responsabilidade jurisdicional

A responsabilidade no caso de indevida concessão da saída temporária tem cunho jurisdicional e não meramente administrativo, já que a competência para a concessão é do juiz da execução, como previsto no artigo 66, inciso IV, da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984).

A saída temporária deve contar com um sistema múltiplo de controle por ser proferida a decisão mediante fundamentação do juiz, demonstrando a conveniência da medida, ouvidos previamente o Ministério Público e a Administração Penitenciária, que opinarão sobre a observância ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício (artigo 123 da LEP, 1984).

O Ministério Público por sua vez verificará se a autoridade judiciária exercitou corretamente sua atribuição, após a decisão e apresentará recurso de agravo quando não for atendido seu parecer e entender que é a concessão indevida (MIRABETE, 2004). Com isso fica resguardado o direito de quem se achar prejudicado com a medida ingressar com uma ação judicial buscando reparar o dano causado.

#### **4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS CRIMES COMETIDOS POR DETENTOS BENEFICIADOS PELA SAÍDA TEMPORÁRIA.**

A Constituição brasileira garante a segurança, como um dever do Estado a todos aqueles que se encontram no território. Entretanto a realidade que se manifesta é a incontestável crise na segurança pública, contrariando o descrito no texto da Lei Maior. O que se vê a cada dia é o caos na segurança pública só aumentando descontroladamente.

A discussão é grande quando se trata de se responsabilizar o Estado por uma conduta de seu custodiado, pois a saída temporária é um benefício concedido com a finalidade de reintegração do condenado ao convívio social, ficando este sem vigilância direta durante o período de concessão. A intenção do Estado ao criar esse benefício foi de que o apenado pudesse ir retornando ao convívio em sociedade aos poucos, de forma que quando ele saísse efetivamente do sistema prisional não tivesse totalmente alheio ao que se passa na sociedade; além disso era intenção do legislador que a saída temporária servisse de incentivo para que o apenado, ao ver-se livre, fizesse por onde não cometer novos delitos para poder desfrutar daquela liberdade integralmente.

O que aconteceu na prática foi quase o inverso do pretendido pelo legislador. Os apenados quando se veem livres em decorrência da saída temporária, não querem mais voltar ao cárcere para concluir o cumprimento de sua pena. E ao invés de pensarem em não cometer novos delitos para não ter que voltar para o cárcere, acaba voltando para o mundo do crime e sequer retornam ao sistema prisional. Desse modo o instituto que era para servir de estímulo para o não cometimento de novos delitos e reinserção do apenado na sociedade, serviu para facilitar a fuga dos apenados e o cometimento de mais delitos. Infelizmente o maior responsável por tudo isso é o Estado, por não exercer um efetivo controle sobre os indivíduos que coloca de volta a sociedade.

Acredita-se que deve existir o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a ação/omissão administrativa. Esse nexo consiste na ligação entre a ação praticada e o dano sofrido. No caso dos delitos cometidos por apenados beneficiados pela saída temporária, esse nexo de causalidade consiste na ligação entre a conduta do apenado que sai para gozar o benefício e comete um delito contra terceiro, o dano

efetivamente sofrido pelo terceiro, seja dano moral ou patrimonial, e a conduta omissiva do Estado em vigiar o apenado que saiu para gozar o benefício.

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 a 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 da responsabilidade ser desiguais, de acordo com a intensidade da culpa. Desse modo, a partilha dos prejuízos pode ser desigual.

A responsabilidade do Estado está diretamente ligada ao dever de vigilância e controle dos apenados, pois não tem como prever que haja uma conduta delituosa de um condenado que possui bom comportamento carcerário. Por outro lado é esperado que um criminoso se comporte de maneira adequada para que permaneça o mínimo possível no estabelecimento prisional, o que muitos denominam como “fuga autorizada”.

Como o Estado não tem como precisar exatamente qual detento está realmente ressocializado e qual está agindo apenas para conseguir o benefício, e diante de todas as circunstâncias, o Estado tem o dever de fiscalizar os detentos que estão sob a sua tutela, visando proteger a sociedade de uma nova violência criada por um delinquente que não foi totalmente recuperado.

Atualmente existem correntes que acreditam que a responsabilidade civil do Estado em reparar os danos causados por detentos que estão em gozo do benefício da Saída Temporária é uma responsabilidade subjetiva, mas a maior parte da doutrina e jurisprudência acata a responsabilidade objetiva do Estado nesses casos, mesmo em caso de omissão.

#### 4.1 Aplicação da Responsabilidade Subjetiva do Estado

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 do 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, cita-se como exemplo 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, de 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).

Pela jurisprudência acima citada, podemos constatar que o ônus de demonstrar quem concorreu para o dano ficou com a parte lesada, o que é característico das teorias de responsabilidade subjetiva do Estado, porém essa não é mais a corrente que predomina nos Tribunais atualmente.

## 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.

A teoria da responsabilidade objetiva face à omissão se encaixa perfeitamente no sentido da responsabilização estatal pelos presos beneficiados com a saída temporária, já que existe um mau funcionamento do serviço quanto à falta de vigilância. A responsabilidade neste caso inicia no momento em que o Estado devendo vigiar o detendo na condição de “liberto temporário” não o faz e não realiza a busca do beneficiado que não volta ou estabelecimento prisional a fim de cumprir o restante da pena, o qual era obrigado a realizar. O Estado, devendo agir não o faz. A jurisprudência dos tribunais é favorável no sentido de caracterizar a responsabilidade do Estado em fiscalizar os detentos que adquirem o benefício em razão da falha ou deficiência na prestação da segurança pública, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. LATROCÍNIO. PRATICADO POR APENADO EM REGIME SEMIABERTO. NEXO DE CAUSALIDADE CARACTERIZADO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS FATOS DESCRITOS NA INICIAL.

1. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. O sistema jurídico brasileiro adota a responsabilidade patrimonial objetiva do Estado e das prestadoras de serviço público sob a forma da Teoria do Risco Administrativo. Tal assertiva encontra respaldo legal no art. 37, § 6º, da CF.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENTE PÚBLICO POR OMISSÃO. FAUTE DU SERVICE. A parte autora sustenta a pretensão reparatória, em virtude da omissão do Estado em razão da falha ou deficiência na prestação da segurança pública e vigilância dos detentos. Neste caso, afastada a hipótese de responsabilidade objetiva, emerge a responsabilidade subjetiva do Estado, a teor do art. 186 do Código Civil. Incide, portanto, o princípio geral da culpa civil, nas modalidades de imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou o dano, daí exigir-se a prova da culpa da Administração – faute du service.

3. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENTE PÚBLICO. A responsabilidade do Estado, por negligência, diante das circunstâncias do caso concreto, está configurada porque, ao que se depreende das informações fornecidas pela Superintendência dos Serviços Penitenciários, o apenado descumpria reiteradamente com os requisitos inerentes ao regime de que desfrutava no momento do delito motivador da presente demanda, empreendendo inúmeras fugas, no total de cinco durante o período em que se encontrava recluso para cumprimento de pena (com início em 06/11/2000 e término em 25/11/2011). Ora, em face disso, é inadmissível que o Estado já não tivesse providenciado meios para, ao menos, realizar um acompanhamento mais rigoroso com o apenado ou, então, se preenchidos os requisitos, fazer uma regressão para uma modalidade de regime prisional mais severa para evitar que, v.g., ao seu bel-prazer o condenado fugisse, e após, um certo espaço de tempo, simplesmente, voltasse espontaneamente – como se o retorno ao estabelecimento em que cumpria pena fosse uma ação que estivesse, apenas, sob sua vontade. É clara, portanto, a conduta negligente do ente público, porquanto, ademais, não comprova que houve tentativas de aprisionamento, levando em conta que o apenado só fora capturado porque se envolveu em outro delito na cidade de Cachoeira do Sul, sendo preso em flagrante, onde estava residindo após a fuga em 09/08/2006. [...] APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. UNÂNIME. (Apelação Cível, nº 70025182981, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 18/02/2009).

Portanto, sempre que ficar evidenciado o nexo de causalidade entre o ato omissivo do ente público pela negligência ou falta no serviço e o dano provocado pela conduta do condenado existirá a responsabilidade civil do Estado.

É interessante mostrar, 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.

CORPORAIS DE NATUREZA GRAVE COMETIDAS POR PRESO CONDENADO E FORAGIDO – FALHA DO SERVIÇO PÚBLICO NA VIGILÂNCIA DO DETENTO E NA SUA RECAPTURA – NEXO CAUSAL CARACTERIZADO – CARÁTER OBJETIVO DA RESPONSABILIDADE – CONSTITUIÇÃO 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.

A questão que se coloca não é a prejudicialidade do benefício, mas sim a preocupação do Estado com a vigilância e o controle dos detentos que saem do estabelecimento prisional, pois como se vê no sistema atual, os detentos somente voltam para terminar de cumprir a pena se assim entenderem ser melhor para si mesmo, e não porque se sentem coagidos pelo Estado.

É justo que se tenha a certeza de que assim como é direito do condenado se ressocializar através de saídas para visitas ao lar, ou mesmo para fins de estudo ou emprego é direito da sociedade receber em troca deste benefício a garantia de que a finalidade de reintegração à sociedade de maneira pacífica foi cumprida com eficácia e que esta não será apenas uma oportunidade de detento cometer novos crimes ou mesmo deixar de cumprir a pena. O Estado precisa encontrar um equilíbrio entre o direito do beneficiado com a saída temporária e a obrigação de proteger a sociedade, para que esta não seja duplamente penalizada.

#### 4.3 Possibilidade de reparação pelo Estado do dano moral ou material sofrido por terceiros

O Estado, devido a sua negligência em prestar o serviço de segurança pública, diante dos mais diversos casos de delitos cometidos por beneficiários da Saída Temporária, configura sua responsabilidade, porque, ao que se observa, o Estado não fiscaliza esses detentos no período de gozo do benefício. É evidente que o comportamento negligente do Estado enseja em uma indenização a vítima do criminoso que era dever do ente público mantê-lo sob vigilância.

Para Carvalho Filho (2011), a indenização devida ao prejudicado deve abranger a reconstituição do patrimônio ofendido pelo ato lesivo, incluindo-se o que efetivamente perdeu e às despesas que daí derivaram, bem como o que deixou de ganhar.

Dano material é aquele que atinge o patrimônio do terceiro, podendo ser mensurado financeiramente e indenizado. Compreende tanto o dano emergente sofrido pela vítima quanto o lucro cessante, entendido aquele como o que ela efetivamente perdeu e o outro como o que razoavelmente deixou de lucrar, nos termos do art. 402 do Código Civil de 2002:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

As perdas e danos se expressam em uma soma em dinheiro, que deve corresponder ao desequilíbrio que o lesado sofreu. Ao conceder indenização é preciso que o juiz considere dois tipos de dano: o positivo e o negativo. O dano positivo, ou emergente, consiste na diminuição real no patrimônio do particular lesado. O dano negativo, ou lucro cessante, refere-se à privação de um ganho particular lesado. Vale dizer: o lucro que o particular, razoavelmente, deixou de auferir, face a ação na qual foi vítima. Nas palavras de Maria Helena Diniz, “a perda da chance é indenizável ante a certeza da existência da chance perdida pelo lesado por ato culposo, comissivo ou omissivo, do lesante, impedindo sua verificação”.

Os danos materiais são aqueles que atingem diretamente o patrimônio das pessoas. Eles podem ser configurados por uma despesa que foi gerada por uma

ação ou omissão indevida de terceiros, ou ainda, pelo que se deixou de auferir em razão de tal conduta, caracterizando a necessidade de reparação material dos chamados lucros cessantes. O direito à reparação destes danos está expressamente previsto na Constituição Federal e em outros dispositivos legais, como o Código Civil em vigor.

Os danos morais são representados pela lesão a direitos não-patrimoniais, geralmente representados por sentimentos dolorosos causados à vítima. Em síntese, portanto, toda dor, seja ela física ou psicológica, pode ser caracterizada como um dano moral. É difícil mensurar a extensão de um dano moral para tentar repará-lo em dinheiro, porque o dano moral é algo muito subjetivo; porém procura-se entender em que proporção aquele ato atingiu a vítima para que a reparação pecuniária chegue a trazer um certo consolo pelo dano sofrido. O renomado doutrinador GONÇALVES (2010, p.359), ao conceituar o dano moral assevera que:

*Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.*

O Código Civil (BRASIL, 2002), em seu artigo 948, aduz os fatores que serão levados em conta a fim de indenização no caso de homicídio, que deve consistir, sem excluir outras reparações no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família e na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o artigo 949 do mesmo diploma legal (BRASIL, 2002) diz que o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Já se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou

da depreciação que ele sofreu, como bem retrata o artigo 950 do mesmo código (BRASIL, 2002).

No sentido de indenizar a vítima por falta de vigilância por meio do Estado, que se omitiu em conduzir coercivamente um detento que não voltou ao estabelecimento prisional após o término do benefício da saída temporária, decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça pelo pagamento da indenização, pois um detento deve sempre ser monitorado de forma mais rígida para que não exista a possibilidade de voltar a delinquir:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. VALORAÇÃO JURÍDICA DE PROVA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. HOMENAGEM AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 07/STJ.

1. Cuida-se de ação de indenização ajuizada pela agravante em face do Estado de São Paulo em razão de ter sido vítima de estupro em 09/05/1999. O crime foi praticado por parte de detento que obtivera o benefício de saída temporária, nos termos do art. 122 da Lei de Execuções Penais, no dia 1º/04/1999, deixando, todavia, de retornar ao estabelecimento prisional em 05/04/1999, não tendo o Estado tomado qualquer providência para a sua recaptura. [...]

3. Configurada a responsabilidade civil objetiva do Estado, pois, apesar do detento ter preenchido os requisitos genéricos autorizadores da concessão do retromencionado benefício contido na LEP, em razão de sua periculosidade, deveria tê-lo sido conduzido coercivamente ao estabelecimento prisional após o seu término.

4. Não se robustece a tese de que ao Estado impõe-se o dever de vigilância, mas nunca de vigilância sobre cada cidadão particular. A singularidade do caso demonstra que o Estado deveria sim, monitorar o paradeiro do detento após o término do benefício, não permitindo que continuasse pelas ruas, concedendo-lhe a faculdade de cometer outros delitos. [...]

8. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 804.234/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/03/2006).

Nesse contexto, nas situações imediatas, em que existe uma relação de causalidade próxima entre a data do delito praticado após a concessão do benefício, o local dos prejuízos e o agente que o causa, existirá a responsabilidade tendo como base a teoria da responsabilidade objetiva. Vale ressaltar que o nexos causal não tem um tempo exato para se configurar, portanto usa-se de razoabilidade em cada caso concreto para saber se existe o nexos causal ou se ele foi interrompido por algum motivo.

E, para que não seja necessário retirar dos cofres públicos dinheiro para indenizar vítimas de crimes cometidos por delinquentes que já foram apreendidos, entretanto não punidos com eficácia, muito menos devolvidos à sociedade reeducados, como é dever e princípio essencial do sistema prisional brasileiro, é necessário que o Estado trabalhe de forma efetiva desde a concessão de benefícios até o seu término, não esquecendo nunca de realizar a fiscalização necessária no decorrer deste período.

O Poder Judiciário vem confirmando ser essencial na democracia brasileira, desempenhar o papel de harmonização social e agir 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 probo e apropriado por parte do Estado, que em muito colabora com os elevados índices de crescimento atual da criminalidade.

Considerando as jurisprudências já analisadas nesse trabalho, juntamente com a doutrina examinada, se verificou que existe a probabilidade de culpar civilmente o Estado em consequência dos danos ocasionados por presos beneficiados pela Saída Temporária. Foi possível apurar com esse 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.

O Estado sendo negligente e deixando um meliante sem a devida vigilância 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 configurada a responsabilidade. Recusar a responsabilidade do Estado devido a danos ocasionados por detentos beneficiados pela Saída Temporária é negar toda população de seus direitos, como a vida, a honra, a propriedade, o sossego e a paz.

O Estado ofereceu um benefício para os apenados sem se dar conta da extensão de dano que isso poderia proporcionar aos particulares, colocando apenas nas ruas sem a devida ressocialização; agora o Estado se vê de mãos atadas por

alegar não ter condições de vigiar cada indivíduo que recebe o benefício, e dessa forma expor a sociedade a riscos iminentes.

O entendimento majoritário é o da responsabilidade objetiva do Estado, visto que não carece que a vítima prove a culpa da administração, apenas a falta de vigilância por si só confirma a negligência e omissão estatal. Por tais motivos, como já exposto, existe a probabilidade do Estado responder civilmente pelos delitos cometidos por detentos que estão em gozo do benefício da Saída Temporária, 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 necessárias para atribuição da responsabilidade civil do Estado em decorrência de infrações praticadas nessa estirpe.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

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 à 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 obrigação de indenizar. Diante de todo o exposto, fica constatada a existência da responsabilidade civil do Estado em relação aos delitos cometidos pelos apenados durante a concessão do benefício da saída temporária.

A responsabilidade se apresenta de forma objetiva pela omissão do Estado quanto à efetiva vigilância daqueles que recebem o benefício, por não atuar de forma a evitar o cometimento de novos crimes tendo em vista o elevado percentual dos presos que cometem outros crimes após serem beneficiados com a saída temporária para a visita aos familiares ou mesmo com fins educativos ou empregatícios, que como sabemos, em grande maioria, esperam a oportunidade para voltar a cometer delitos, pois a realidade do sistema prisional não permite a sua ressocialização.

A saída temporária, por se tratar de uma responsabilidade jurisdicional, tem recebido dos órgãos julgadores a garantia da reparação dos danos causados pelos condenados enquanto na condição de beneficiários. Consequência da

responsabilidade estatal é o dever de indenizar as vítimas do apenado e a penalização da sociedade que paga por sua segurança, pela manutenção do condenado no estabelecimento adequado e em contrapartida recebe o delinquente ainda mais perigoso de volta às ruas e fazendo novas vítimas.

O que obriga o Estado ao pagamento da indenização é o nexo existente entre o fato, ou seja, o delito cometido pelo preso beneficiado com a saída temporária e a omissão de seus agentes em fiscalizar sua conduta fora do estabelecimento prisional, pois sabendo da sua periculosidade existe o dever de se manter um monitoramento do detento.

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 que o poder público suporte os encargos oriundos de seu sistema prisional. Para o Estado é apenas mais um delito, somente uma indenização a ser paga. Para a sociedade o sentimento de impunidade.

## REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Código Civil (2002). São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição Federal (1988). São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 40. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=31>> Acesso em 24/02/2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24ª ed. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2011.

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.

DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FOLHA UOL. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/07/1311113-em-dez-anos-50-mil-presos-nao-voltam-de-saida-temporaria-em-sp.shtml>>. Acesso em 04 de fev. de 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Progressão de regime. Regime semiaberto. saída temporária. Direito não automático . Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal parte geral. 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Lei de execução penal: comentários à lei nº 7.210 de 11-7-1984. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 7ª ed. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70025182981. Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Odone Sanguiné. Julgado em 18/02/2009.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico conciso. 1ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2010.

TELES, Ney Moura. Direito penal: parte geral. V.1. São Paulo: Atlas, 2004.

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

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Especial nº 804.234/SP. Relator: Min. José Delgado. Acórdão em 07/03/2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> . Acesso em: 17 de fev. de 2014.