

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
CURSO DE DIREITO

GUILHERME DE SOUZA PEDROSO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS CRIMES CONTRA A VIDA
PRATICADOS POR CUSTODIADOS FORAGIDOS**

CRICIÚMA

2015

GUILHERME DE SOUZA PEDROSO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS CRIMES CONTRA A VIDA
PRATICADOS POR CUSTODIADOS FORAGIDOS**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel em Direito no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.
Orientador: Professor Alfredo Engelmann Filho

CRICIÚMA

2015

GUILHERME DE SOUZA PEDROSO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS
CRIMES CONTRA A VIDA PRATICADOS POR
CUSTODIADOS FORAGIDOS**

Monografia apresentada para a obtenção do
Grau de Bacharel em Direito da Universidade
do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 03 de novembro de 2014

BANCA EXAMINADORA

Professor Especialista Alfredo Engelmann Filho -
Orientador – Universidade do Extremo Sul Catarinense

Professor Especialista João Mello - Examinador -
Universidade do Extremo Sul Catarinense

Professor Mestre Maurício Filó - Examinador -
Universidade do Extremo Sul Catarinense

“Não importa o quanto você bate, mas sim o quanto aguenta apanhar e continuar. O quanto pode suportar e seguir em frente. É assim que se ganha” (Rocky Balboa).

AGRADECIMENTOS

Como não poderia ser diferente, agradeço primeiramente a minha avó, Edith, por todos os ensinamentos, lições e apoio que me deu durante o tempo que estive ao meu lado, essa e todas as demais conquistas que ainda estão por vir são para a senhora, que em algum lugar está a guiar meus caminhos.

Agradeço aos professores do curso, que muito somaram, dando toda a base necessária para uma carreira sólida, em especial, ao Professor Alfredo Engelmann Filho, meu orientador, que não apenas me guiou na execução deste trabalho, como também oportunizou minha primeira experiência profissional na área jurídica.

Agradeço a minha namorada, Tamires Anselmo, por toda a força que sempre deu, por fazer acreditar em minha capacidade quando eu mesmo duvidei. Agradeço também aos meus irmãos, por toda a cumplicidade e parceria ao longo da vida, bem como aos meus pais pela educação dada.

Por fim, estendo meus agradecimentos aos colegas que compartilharam essa árdua jornada comigo, em especial aqueles que se tornaram mais que meros colegas, Felipe Salvaro, Saimon Pinheiro, Gabriel Rodrigues e Renan Ferrari, verdadeiros amigos com quem espero conviver muito além dos anos de faculdade.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPP –Código de Processo Penal

SC– Santa Catarina

RS– Rio Grande do Sul

TJ–Tribunal de Justiça

Art. - Artigo

RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar as situações em que o Estado será responsabilizado civilmente por sua omissão, em especial, nos casos em que custodiados sob sua guarda vierem a cometer crimes contra a vida em consequência de fuga. O primeiro capítulo aborda a responsabilidade civil, trazendo sua evolução histórica, focada na responsabilização do ente público, além das definições de nexo causal, elemento indispensável para caracterização. O segundo capítulo aborda temas mais objetivos, como o poder-dever de custódia do Estado, os tipos de prisão, os tipos de custodiados, bem como os crimes contra a vida. No terceiro e último capítulo, adentra-se nos casos concretos, trazendo alguns julgados que demonstram como os tribunais vêm decidindo acerca do tema. O método de pesquisa é o dedutivo, com pesquisa teórica, emprego de material bibliográfico e análise jurisprudencial.

Palavras chave: Responsabilidade Civil. Nexo Causal. Custodiados. Poder-dever. Crimes Contra a Vida.

RESUME

This study aims to demonstrate the situations in which the state will be held responsible civilly for his omission, especially in cases where custody under their custody come to commit crimes against life as a result of leakage. The first chapter deals with the liability , bringing its historical evolution, focused on the accountability of the public entity, in addition to the causal connection settings, which is essential for characterization. The second chapter deals more objective subjects such as the state custody of power and duty, the types of prison, the types of custody, as well as crimes against life. In the third and final chapter, enters us concrete cases, bringing some judged that demonstrate how the courts have decided on the subject. The research method is deductive with theoretical research, library materials employment and jurisprudential analysis.

Keywords: Liability. Causal connection. Custody. Power and duty. Crimes Against Life.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	<u>11</u>
2.EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL.....	13
2.1Teoria da irresponsabilidade civil do Estado.....	13
2.1.1Início da responsabilização estatal, diferenciação entre atos de gestão e atos de império.....	13
2.1.2Teorias subjetivas	15
2.1.3Teorias objetivas	16
2.2Evolução histórica da responsabilidade civil no Brasil.....	17
2.2.1Adoção da teoria da responsabilidade civil objetiva	18
2.2.2 Responsabilidade civil estatal no atual ordenamento jurídico brasileiro	19
2.3Ação regressiva em face do agente público	20
2.4Excludentes da responsabilidade civil estatal.....	22
2.4.1Da força maior	22
2.4.2 Da culpa de terceiro (os)	23
2.4.3 Da culpa da vítima.....	24
2.5Responsabilidade civil do Estado nos casos de omissão.....	24
2.6 Do nexa causal	25
3. DEVER DE CUSTÓDIA DO ESTADO	29
3.1Dos tipos de custódia.....	30
3.1.1 Da prisão em flagrante.....	<u>31</u>
3.1.1.1 Do flagrante próprio	31
3.1.1.2Do flagrante impróprio.....	32
3.1.2Da prisão temporária	32
3.1.3Da prisão preventiva	<u>33</u>
3.1.4Da prisão definitiva.....	<u>34</u>
3.2Dos estabelecimentos prisionais	36
3.3Da responsabilidade civil do Estado nos crimes praticados por custodiados em saída temporária.....	37
3.4Dos crimes contra a vida	38
3.4.1 Do homicídio	<u>38</u>

3.4.2 Do induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio	39
3.4.3Do infanticídio	40
3.4.4Do aborto	40
4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	42
4.1Conceito de jurisprudência	42
4.2Análise jurisprudencial – Tribunal de Justiça de Santa Catarina	43
4.2.1Análise jurisprudencial – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	<u>50</u>
5.CONCLUSÃO	55
6. REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca demonstrar as hipóteses em que o Estado poderá ser responsabilizado civilmente pelo cometimento de crimes contra a vida praticados por custodiados foragidos. Demonstrar-se-á no primeiro capítulo a evolução histórica do instituto da responsabilidade civil, em especial, no que concerne a responsabilização do ente estatal. Trazendo para tanto sua trajetória em outros países, bem como sua historicidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante, tratar-se-á do nexos de causalidade, requisito indispensável para o reconhecimento da responsabilidade, haja vista que este é o elo formado entre a omissão estatal – tratada aqui na falha de manter o custodiado recluso e em caso de fuga na recondução deste ao ergástulo – e o novo delito cometido, o qual traz prejuízo para a vida de terceiro.

No segundo capítulo, abordar-se-á a condição dos chamados poderes-deveres do Estado, nos quais se encaixa o de custódia prisional, trazendo suas características e consequências práticas da retirada da possibilidade do particular fazer às vezes do ente público, haja vista que, tomando a frente para resolução de determinados conflitos e tirando do particular essa premissa, o Estado passa a ser obrigado a garantir o interesse público e a paz social, os quais são indisponíveis e, assim, devem ser reparados quando ofendidos, se lesado determinado bem, nasce o dever de indenizar.

Na sequência, trata-se, ainda que de forma simplória, dos crimes contra a vida, haja vista que um dos focos do presente trabalho é exatamente a possibilidade de reparação, por parte do Estado, em razão de um crime contra a vida vir a ser praticado por custodiado foragido.

Os tipos de custódias prisionais serão outro tema abordado no segundo capítulo, haja vista que chamar qualquer recluso de apenado é demasiadamente limitado, pois existem outras espécies de prisão, das quais, ao menos as principais serão abordadas. Tratar-se-á, também, da situação do sistema carcerário pátrio, que enfrenta graves crises pela falta do devido investimento em infraestrutura, pessoal e equipamentos, tendo como resultado

prático uma Lei de Execução Penal que só é eficiente no papel, visto que, na prática, seu dever ressocializatório é falho.

Por fim, no terceiro capítulo, tem-se a análise jurisprudencial, que busca trazer os casos concretos acerca da temática teórica anteriormente abordada, por meio da análise de julgados dos Tribunais de Justiça dos Estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, de modo a traçar um paralelo entre os entendimentos destas cortes, assim como tudo que fora abordado nos capítulos anteriores.

Para tanto, utilizou-se do método de pesquisa dedutivo, com pesquisa teórica, emprego de material bibliográfico e análise jurisprudencial.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL

Preliminarmente, vale trazer à baila a evolução histórica deste importante instituto, qual seja, a Responsabilidade Civil do Estado, evidenciando o quanto se avançou neste tema ao longo dos séculos, desde o longínquo patamar da irresponsabilidade total (absoluta), até o surgimento de teorias como a do risco integral.

2.1 TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Em meados do século XIX, a ideia que prevalecia no mundo ocidental era a de que o Estado não tinha que se responsabilizar pelos atos que seus agentes vinham a praticar, solução esta que era extremamente rigorosa com os particulares, trazendo equivocada isenção do Poder Público para com os prejuízos que esse causava (CARVALHO FILHO, 2013, p. 550).

Tamanha proteção estatal adivinha da pré-suposição de que o Estado era, por si só, a materialização da Lei e do Direito, sendo assim, impensável a ideia de que este poderia ser violador da ordem pela qual tinha o dever de preservar (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 240).

Essa teoria não prevaleceu por muito tempo em vários países. A noção de que o Estado era o ente todo-poderoso confundida com a velha teoria da intangibilidade do soberano e que o tornava insuscetível de causar danos e ser responsável foi substituída pela do *Estado de Direito*, segundo a qual deveriam ser a ele atribuídos os direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas (CARVALHO FILHO, 2013, p. 550).

Tem-se, assim, o início da discussão acerca da responsabilidade civil do Estado, visto que essa vem sendo debatida a mais de um século, ao passo que hoje seria incabível pensar em Estado soberano ao ponto de estar isento de qualquer responsabilização pelos danos que causa.

2.1.2 Início Da Responsabilização Estatal, Diferenciação Entre Atos De Gestão E Atos De Império

O abandono da teoria da irresponsabilidade foi marco no surgimento da doutrina de responsabilidade do Estado, no caso de ações culposas de seus agentes, passando a adotar-se, assim, a doutrina civilista da culpa. Todavia, procurava-se diferenciar dois tipos de atitude estatal, quais sejam os atos de gestão e os atos de império. No primeiro caso, o Estado poderia ser civilmente responsabilizado, mas, tratando-se de atos imperiais, não haveria que se falar em responsabilidade, pois estes eram regidos pelas normas tradicionais de direito público, as quais protegiam a figura estatal (CARVALHO FILHO, 2013, p. 551).

Tal diferenciação foi criada com a pretensão de amenizar a teoria da irresponsabilidade do monarca por eventuais prejuízos causados a outrem. Passou-se, assim, a admitir a responsabilidade civil quando referido prejuízo era consequente de atos de gestão, ao mesmo passo que tal responsabilização era afastada por eventuais prejuízos causados por atos de império. Fazia-se, assim, a distinção da pessoa do Rei, da pessoa do Estado (DI PIETRO, 2014, p. 718).

Todavia, tal teoria encontrou grandes barreiras, razão pela qual foi logo desconstituída, conforme vê-se nos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 718):

Surgiu, no entanto, grande oposição a essa teoria, quer pelo reconhecimento da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, quer pela própria dificuldade, senão impossibilidade, de enquadrar-se como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços.

Apesar de abandonada a diferenciação entre atos de império de atos de gestão, muitos juristas seguiram apegados a doutrina civilista, ou seja, aceitavam a responsabilização do Estado desde que demonstrada a culpa, era a teoria da culpa civil (teoria da culpa civilista) (DI PIETRO, 2014, p. 718).

Assim, dava-se início a uma série de teorias subjetivas (num total de cinco), iniciando-se pela teoria da culpa civil, evoluindo até a chamada teoria da falta administrativa, razão pela qual dar-se-á uma breve explanação daquelas ainda não demonstradas.

2.1.3 Teorias Subjetivas

Com a evolução do instituto, houve o surgimento da chamada teoria da culpa administrativa ou do acidente administrativo, que apresentou-se como uma fase intermediária neste processo de transição entre a responsabilização civil com culpa e a objetivação da responsabilidade. Neste ponto, ao invés de tratar o agente público como um preposto ou representante do Estado, passou-se a tê-lo como parte da própria estrutura estatal, desta feita, gerando algum dano, o faz em nome da própria Administração Pública, por servir como instrumento desta (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 242).

No mesmo vértice das teorias subjetivas, temos a teoria da culpa anônima, que, diferentemente da anterior, seria desnecessária a identificação do agente público causador de prejuízo. Tratando-se de prejuízos causados pelo ente estatal, nem sempre era fácil identificar o agente causador, e era para situações como esta que se propugnava pela teoria da culpa anônima, exigindo, assim, apenas que se comprove que a lesão fora decorrente de atividade pública, pouco importando qual o agente causador (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 243).

Seguindo as mesmas premissas, têm-se a chamada teoria da culpa presumida, que é melhor elucidada nos ensinamentos de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 244):

Trata-se de uma variante da teoria da culpa administrativa. A sua diferença essencial é que, na teoria da culpa presumida, há presunção da culpa do Estado, com a adoção do critério de inversão do ônus da prova. Embora tenha chegado a ser denominada, equivocadamente, responsabilidade sem culpa ou objetiva, não pode ser assim considerada, justamente porque admitia a possibilidade de demonstração da não concorrência de culpa pelo Estado.

Por fim, a teoria da falta administrativa, que tem por base o fundamento de que a falta na prestação do serviço público caracteriza culpa da Administração, não havendo necessidade de investigar o agente estatal, tratado como mero elemento subjetivo bastando, para tanto, a falta do serviço em si (GLAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 244).

A fim de trazer maior clareza, vê-se o que diz Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 719):

[...] o serviço 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 da culpa do funcionário.

Em suma, as teorias subjetivas tinham, como característica comum, a obrigação do Estado em indenizar sempre que seus agentes houvessem agido com dolo ou culpa. Desta feita, o ponto para caracterização da obrigação era a culpa ou dolo do agente, remetendo-se o dolo ou a culpa da conduta para o ente estatal. Tal condição era requisito obrigatório para responsabilização patrimonial do Estado, visto que não havendo tais requisitos, não haveria a obrigação de indenizar. Assim, Estado e particular eram tratados de forma igualitária, ambos, no que se referia à responsabilidade patrimonial, respondiam conforme o direito privado, ou seja, caso houvessem se comportado com culpa ou dolo (GASPARINI, 2012, p. 1126).

Encerram-se assim as teorias subjetivas – ao menos as principais delas – visto que se tornaram obsoletas com a evolução dos ordenamentos jurídicos.

2.1.4 Teorias Objetivas

Superadas as teorias subjetivas ou subjetivistas, entra-se numa nova fase da responsabilidade civil do Estado, qual seja, a das teorias objetivas, divididas em três categorias distintas, quais sejam, a teoria do risco administrativo, do risco integral e do risco social.

A teoria do risco administrativo avança no sentido de fazer surgir a obrigação de indenizar o dano em razão da simples ocorrência do ato lesivo, sem que haja análise acerca da falta do serviço e/ou da culpa do agente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 247).

Vale citar a explanação de Sílvio de Salvo Venosa (2013, p. 267 e 268):

[...] repara-se o dano simplesmente porque existe um ato ou um fato que o produz. O ato por ser lícito ou ilícito, não sendo necessária a noção de culpa. Seu fundamento é a equidade. Todos os cidadãos

são iguais perante as cargas públicas. Para a perfeita aplicação da teoria erigida em preceito no nosso direito, há que se fixar parâmetros: o dano deve ter o caráter de permanência, ainda que não tenha o de perpetuidade, deve ser direto (relação de causalidade entre o causador do dano e o Estado), atual e não tão só eventual e, principalmente, excepcional e não ordinário, isto é, deve exceder os inconvenientes comuns da vida na coletividade, em suma, deve ter o caráter de anormalidade.

Avançando-se no tema, a teoria do risco integral reconhece a responsabilidade estatal em qualquer situação, desprezando quaisquer excludentes de responsabilidade, fazendo com que a Administração Pública assumira todo o risco decorrente de sua atuação. Trata-se de uma condição extremaque, em regra, não deve ser aceita, haja vista a grande possibilidade de desvios e abusos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 247).

Por fim, explana-se a teoria do risco social, esclarecida nas seguintes palavras:

[...] é bem simples. Se o Estado tem o dever de cuidar da harmonia e da estabilidade sociais, e o dano provém justamente da quebra desta harmonia e estabilidade, seria dever do Estado repará-lo. O que revela não é mais individualizar para reprimir e compensar, mas socializar para garantir e compensar (BAHIA, apud, GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 248).

Trata-se de um poder-dever, visto que é o Estado o ente capaz de cobrar de forma coerciva a harmonia social, com medidas unilaterais que o permite impor determinados comportamentos, cabendo-lhe o dever de ressarcir quando causador da quebra de referida harmonia.

Encerrada a explanação a respeito das teorias objetivas e subjetivas, passa-se a discussão de como ocorreu a evolução do presente instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

A teoria da irresponsabilidade estatal não foi adotada pelo direito brasileiro. Nas Constituições de 1824 e 1891 não haviam disposições que previssem a responsabilidade do Estado, tão somente, a responsabilidade do agente em face do abuso ou omissão praticados por este no exercício de suas funções (DI PIETRO, 2014, p. 721).

A Constituição de 1934 adotou o princípio da responsabilidade solidária entre o Estado e o agente, nos termos de seu artigo 171. Os funcionários eram responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por qualquer prejuízo que decorresse de negligência, omissão ou abuso no exercício do respectivo cargo, sendo que tal previsão repetiu-se na Constituição de 1937 (DI PIETRO, 2014, p. 721).

Referida teoria não perdurou durante muito tempo no ordenamento jurídico pátrio, na medida que impunha a dois pólos de forças totalmente desproporcionais – agente público e Estado – responsabilidades de igual proporção.

2.2.1 Adoção Da Teoria Da Responsabilidade Civil Objetiva

A partir da promulgação da Constituição de 1946 adotou-se a teoria da responsabilidade objetiva, conforme vê-se nos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 721 - 722):

Com a Constituição de 1946 é que se acolheu a teoria da responsabilidade objetiva. De acordo com seu artigo 194, “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiro”. Pelo parágrafo único, “caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”. A Constituição de 1967 repete a norma em seu artigo 105, acrescentando, no parágrafo único, que a ação regressiva cabe em caso de culpa ou dolo, expressão não incluída no preceito da Constituição anterior.

Desta feita, entende-se que, a partir da Constituição de 1946, foi adotada a teoria da responsabilidade objetiva do Estado (DI PIETRO, 2014, p. 722), abarcada pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2015 a), que traz em seu art. 37, §6º a seguinte redação:

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

Assim, resta evidente que, há muito, o ordenamento jurídico brasileiro vem adotando a responsabilidade civil objetiva quando o agente causador do dano é o próprio Estado.

2.2.2 Responsabilidade Civil Estatal no atual ordenamento jurídico brasileiro

Há quem adote o pensamento de que a teoria aplicada no atual ordenamento jurídico brasileiro é a da culpa presumida, conforme o art. 37, §6º da Constituição Federal, sendo este o caso de Arnaldo Marmitt (GLAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 248- 249).

Importante colocar tais postulados nos seus devidos termos, arredando o radicalismo e buscando o verdadeiro alcance da norma constitucional. Esta traduz mero risco administrativo, estabelecendo simples inversão do ônus probatório. É uma exceção à regra de inexistência de ressarcimento sem prévia comprovação de culpa. Proposta a ação reparatória contra a entidade pública, a ela competirá provar que seu funcionário não agiu culposamente, mas sim a vítima. Inverte-se, assim, a posição: não o autor, mas o réu, deve comprovar. Se a administração deixar de produzir essa prova, responderá pelas perdas e danos, cumprindo ao lesado apenas positivar o prejuízo e sua relação causal com o fato.

Todavia, é entendimento majoritário o pensamento de que a responsabilidade civil prevista em nossa Carta Magna é essencialmente objetiva, prescindindo a ideia de culpa como pressuposta obrigação de reparar. Afinal, a constatação da culpa da vítima ceifa a pretensão reparatória, não pela falta de elemento subjetivo mas, pela quebra do nexo de causalidade exigido para o reconhecimento do dever de reparação (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 249).

Importante destacar alguns pontos exigidos pelo artigo 37, §6º, da Constituição: 1º - que o ato lesivo seja praticado por pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público; 2º - que as entidades de direito privado prestem serviço público excluindo, assim, as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada; 3º - que haja dano causado a terceiro em virtude do serviço público prestado; 4º - seja o dano causado por agente pertencente a aludida

pessoa jurídica e 5º - que o agente público, ao causar o dano, esteja agindo nessa qualidade (DI PIETRO, 2014, p. 722 - 723).

Destaca-se, nesse ponto, que o Estado só deve responder de forma objetiva, se o dano for consequente de ato antijurídico, que deve ser entendido nos seus devidos termos (DI PIETRO, 2014, p. 723). Tal condição fica elucidada nos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 723 - 724):

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

Assim, presentes as exigências implícitas – e tão somente quando essas estejam cumulativamente presentes – do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, deve o Estado reparar o dano por ele causado, sem que se discuta se referido dano foi, ou não, consequência de ato ilícito, na medida que tal ponderação é irrelevante para a caracterização.

2.3AÇÃO REGRESSIVA EM FACE DO AGENTE PÚBLICO

Dando continuidade ao tema, faz-se necessário explanar acerca da ação regressiva, direito este previsto ao final do §6º, do artigo 37, da Constituição Federal de 1988 e, para que se entenda tal previsão, traz-se à baila as palavras de Diogenes Gasparini (2012, p. 1137):

A ação regressiva é medida judicial de rito ordinário, que propicia ao Estado reaver o que desembolsou à custa do patrimônio do agente causador direto do dano, que tenha agido com dolo ou culpa no desempenho de suas funções. Essa ação não cabe se o agente público não agiu com dolo ou culpa. São requisitos dessa ação: a) a condenação da Administração Pública a indenizar, por ato lesivo de seu agente; b) o pagamento do valor da indenização; c) a conduta lesiva, dolosa ou culposa do agente causador do dano. Desse modo, se não houver o pagamento, não há como justificar o pedido de

regresso, mesmo que haja sentença condenatória com trânsito em julgado e o agente tenha-se conduzido com dolo ou culpa.

Vê-se assim, mais uma vez, a necessidade de implementação de requisitos cumulativos, ao passo que, na falta de qualquer destes, não há que se falar em reconhecimento de ação regressiva em face do agente público. Salienda-se, nesse ponto, o fato de que há necessidade patrimonial para o Estado, ou seja, deve haver sentença condenatória em face da administração pública condenando-o a indenizar o particular lesado.

Observa-se o fato de que a responsabilização dos servidores por prejuízos que causarem a terceiros no exercício de suas funções depende da comprovação de dolo ou culpa, em ação regressiva autônoma, a ser proposta pela pessoa jurídica de Direito Público que, objetivamente, teve de reparar o dano, conforme preceitua o já citado §6º, do artigo 37, da CF/88 (MEIRELLES, 2013, p 750).

Há previsão da responsabilidade objetiva para as entidades públicas, bem como para os particulares prestadores de serviço público, todavia, o dispositivo constitucional veda a transferência dessa responsabilidade ao servidor, razão pela qual seu chamamento em juízo não se dá pelo lesado, mas sim, pela entidade pública interessada em ressarcir-se, devendo demonstrar a culpa do agente, em ação autônoma (MEIRELLES, 2013, p. 750).

Tal previsão é aplicável para aos três poderes da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios. São normas impositivas abrangidas para os três poderes, bem como para todas as entidades estatais, autárquicas e fundacionais (MEIRELLES, 2013, p. 751). Em se tratando de entidade pertencente à União, faz-se uma necessária observação, conforme preceitua Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2014, p. 739):

Na esfera federal, a Lei nº 4.619, de 28-4-65, estabelece normas sobre a ação regressiva da União contra seus agentes, atribuindo a sua titularidade aos Procuradores da República. Tem-se que entender que a competência, hoje, é dos Advogados da União, a quem cabe a representação judicial da União, conforme artigo 131 da Constituição Federal. A propositura da ação é obrigatória em caso de condenação da Fazenda Pública, devendo o seu ajuizamento dar-se no prazo de 60 dias a contar da data em que transitar em julgado a sentença condenatória.

Em suma, a ação regressiva é reconhecida pelo ordenamento jurídico, dando ao Estado a possibilidade de reaver o prejuízo que lhe fora causado pela ação ou omissão de seu agente devendo para tanto, fazer a demonstração de dolo ou culpa.

2.4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL

Demonstrada a evolução histórica desse instituto no Brasil, sua aplicação, bem como o direito de regresso em face do agente causador do dano, esclarece-se que, nem sempre o Estado será condenado a reparar o dano, pois devem ser consideradas as causas excludentes de responsabilidade, que serão abordadas a partir de agora, iniciando-se para tanto, com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1042):

Nos casos de responsabilidade objetiva do Estado só se exime de responder se faltar o nexo entre seu comportamento comissivo e o dano. Isto é: exime-se apenas se não produziu a lesão que lhe é imputada ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a eclosão do dano. Fora daí responderá sempre. Em suma: realizados os pressupostos da responsabilidade objetiva, não há evasão possível.

No que se refere às excludentes de responsabilidade, há a força maior, a culpa da vítima e a culpa de terceiros. Assim, sendo o nexo de causalidade o fundamento básico da responsabilidade civil do Estado, essa deixará de existir quando o serviço público ou o seu agente não for o causador do dano (DI PIETRO, 2014, p. 724 e 725).

Para que melhor se compreenda o tema, necessário elucidar-se cada uma das causas excludentes de responsabilidade, observando suas semelhanças e particularidades.

2.4.1 Da Força Maior

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 725):

[...] força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a

responsabilidade do Estado; não há nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração.

Importante destacar que, mesmo que haja força maior, poderá o Estado ser responsabilizado civilmente desde que, aliado à força maior, haja omissão na prestação do serviço, a exemplo de uma inundação e, se comprovado que determinados serviços como limpezas de rios e bueiros teriam evitado o prejuízo, possível a responsabilização estatal (DI PIETRO, 2014, p. 725).

Importante dizer que, em casos como o demonstrado no parágrafo anterior, não há que se falar em responsabilidade objetiva, pois decorrente do mau funcionamento do serviço público. Nestes casos, o dano não ocorre em decorrência de atuação do agente público, mas por omissão estatal (DI PIETRO, 2014, p. 725).

Assim, necessário tratar sobre a responsabilidade civil do Estado nos casos em que este é omissor e, tendo o dever de agir, assim não o faz, causando prejuízos que poderiam ser evitados caso este cumprisse com suas obrigações.

2.4.2 Da Culpa De Terceiro (os)

Aplica-se a mesma regra para os casos de danos causados por terceiros, como em casos de danos causados por multidão ou por delinquentes. Nestes casos, o Estado responderá se ficar comprovada a omissão, a inércia na prestação do serviço público. Neste exemplo, assim como no anterior, é desnecessário utilizar-se da teoria do risco integral. A culpa do serviço público, que se caracteriza pelo mau funcionamento, não funcionamento ou funcionamento tardio, é mais que suficiente para invocar a responsabilidade civil do Estado (DI PIETRO, 2014, p. 725).

Tem-se assim, mais uma demonstração de responsabilização estatal em casos de omissão. Ora, se o Estado monopoliza para si o direito de coerção, incube a este garantir da forma mais adequada que comportamentos indesejados sejam sanados evitando, assim, que terceiros sejam indevidamente prejudicados.

2.4.3 Da Culpa Da Vítima

No que se refere à culpa da vítima, necessário faz-se uma precisa diferenciação, que é milimetricamente tratada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 725 - 726).

[...] há que se distinguir se é sua culpa exclusiva ou concorrente com a do Poder Público; no primeiro caso, o Estado não responde; no segundo, atenua-se a responsabilidade, que se reparte com a da vítima. Essa solução, que já era defendida e aplicada pela jurisprudência, está hoje consagrada no Código Civil, cujo artigo 945 determina que “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano. [...] nesse caso, não ocorre a excludente de culpa da vítima, mas apenas a mitigação da responsabilidade do transportador, o Código Civil tratou dessa hipótese como sendo de culpa concorrente.

Apresentadas as hipóteses que excluem a responsabilidade estatal, necessário avançar-se para o tema da responsabilidade civil do Estado nos casos em que este é omissor, ou seja, tendo o dever de agir, não o faz.

2.5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS CASOS DE OMISSÃO

É sobre essa premissa que o presente trabalho se desenvolve, tendo vista que é exatamente a omissão do ente público na recaptura de custodiados foragidos que enseja sua responsabilização, quando esse vem a cometer novo crime causando, assim, um injustificado prejuízo a terceiro. Lembra-se que, nestes casos, o estado é tratado como garantidor.

Há grande controvérsia no que diz respeito a aplicação, ou não, da teoria da responsabilidade objetiva em casos de omissão do ente estatal. Para alguns autores, a norma é a mesma para os casos de ação e/ou omissão, já para outros, em havendo omissão, adota-se a teoria da responsabilidade subjetiva, na modalidade de culpa do serviço público (DI PIETRO, 2014, p. 727).

Tem-se nomes de peso defendendo a aplicabilidade da teoria da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão. Todavia, ainda há que se destacar que a corrente majoritária é no sentido de que a responsabilidade há de ser objetiva, independente de se tratar de casos de ação ou omissão.

Conforme dito por Maria Slyvia Zanella Di Pietro (2014, p. 727), a diferenciação entre as duas teorias é demasiadamente pequena, razão pela qual sua discussão perde o interesse, isso porque, em ambos os casos, o ente público terá o dever de indenizar.

Para melhor elucidação, vale-nos lembrar os ensinamentos de José Cretella Júnior (1970, p. 210):

[...] a omissão configura a culpa *in omittendo* ou *in vigilando*. São casos de inércia, casos de não-atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o bônus *pater familiae*, nem como bônus *administrator*. Foi negligente. Às vezes imprudente ou até imperito. Negligente, se a soléncia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu a possibilidade de concretização do evento.

Nos casos de omissão estatal, em regra, os danos não são causados por agentes públicos mas, sim, por fatos da natureza ou fatos provocados por terceiros, mas que poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o dever agir, assim o tivesse feito (DI PIETRO, 2014, p. 728).

Há ainda, um elemento fundamental para a caracterização da responsabilidade civil, o nexu causal. Não havendo nexu de causalidade, não há que se falar em qualquer ligação entre o dano causado e a responsabilidade do Estado sobre este, conforme se dissertará a seguir.

2.6 DO NEXO CAUSAL

Tal preceito é amplamente – não por acaso – tratado pelos autores do Direito Penal, razão pela qual traz-se à baila os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci (2010, p.204):

É o vínculo estabelecido entre a conduta do agente e o resultado por ele gerado, com relevância suficiente para formar o fato típico. Portanto, a relação de causalidade tem reflexos diretos na tipicidade e, para reconhecê-la, é preciso definir causa. Causa é toda ação ou omissão que é indispensável para a configuração do resultado concreto, por menor que seja o seu grau de contribuição. Não há qualquer diferença entre causa, condição (aquilo que permite à causa produzir o seu efeito) e ocasião (circunstância acidental que favorece a produção da causa), para fins de aplicação da relação de causalidade.

Fernando Capez (2005, p. 155), traz de forma resumida, e clara o que seria o instituto: “[...] é o elo de ligação concreto, físico, material ou natural que se estabelece entre a conduta do agente e o resultado naturalístico, por meio do qual é possível dizer se aquela deu ou não causa a este”.

Importante, pois, saber-se a respeito do nexos causal que pode ocorrer tanto na conduta comissiva como na omissiva. A primeira, facilmente notada, pois grita aos olhos de quem a vê. Todavia, a segunda, por não ser elemento palpável, torna-se mais complexa, sendo fundamental que se saiba conceituar omissão, pois somente assim será possível reconhecê-la. Acerca desta, trata Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 219 - 220).

[...] a omissão é um trecho do mundo real, embora não tenha a mesma existência física da ação. Trata-se de um fenômeno perceptível aos sentidos humanos. Contrapondo-se à afirmação de que “do nada, nada surge”, explica Baumann: “A meu juízo, o sofista da não existência da causalidade da conduta omissiva se baseia sobretudo na circunstância de que a omissão falta evidência. Não ação positiva pode-se sempre observar algo e na omissão não se vê, quase sempre, nada. Se a omissão tornar-se evidente, perde rapidamente terreno a tese segundo a qual *exnihilonijifit*”. E continua dizendo que, se alguém deixa descer ladeira abaixo um carrinho de bebê até um obstáculo formado por A, caso este, cansado de ser obstáculo, quando o carrinho se aproxima, deixa-o passar, caindo no precipício, não há dúvida quando a causalidade da conduta de A e a morte do bebê. O mesmo aconteceria se A tivesse freado o carrinho com o corpo e depois tivesse saído do lugar.

Sabe-se, que incumbe ao Estado o ressarcimento dos danos que, através de seus agentes, vem a cometer, independentemente de culpa ou dolo, bem como de dano causado através de ação ou omissão. Comprovado o nexos de causalidade entre a obrigação estatal e o prejuízo causado, haverá responsabilidade civil.

Ainda, com relação ao nexos de causalidade, naquilo que se refere a responsabilização do Estado nos casos de omissão, o Supremo Tribunal Federal há muito vem exigindo para caracterização do nexos causal, a teoria do dano direto e imediato. Exemplo disto se vislumbra nos casos de indenização à vítimas de homicídios cometidos por foragidos de penitenciárias, reconhecendo para tanto a responsabilidade pública nos casos em que não há rompimento da

cadeia causal, ou seja, quando há ligação direta entre a causa e o dano sofrido, ao passo que, passados meses da fuga, tal responsabilidade deixa de ser reconhecida, visto que não haveria nexos causal (DI PIETRO, 2014, p. 729).

A teoria do dano direto e imediato, expressamente mencionada em acórdão do STF, citando Agostinho Alvim, "só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva. Daí, dizer Agostinho Alvim : 'os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis" (DI PIETRO, 2014, p. 729).

Apresentado entendimento vem sendo, ainda que timidamente, alargado, aumentando o alcance da responsabilização estatal, independente da aplicação da teoria do dano direto e imediato. Julgado recente do Supremo Tribunal Federal considerou a omissão do Estado no cumprimento da Lei de Execução Penal como causa suficiente para responsabilizá-lo por crime de estupro cometido por fugitivo do sistema carcerário (DI PIETRO, 2014, p. 729 - 730).

Nas palavras do relator, Min. Joaquim Barbosa, "tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de doze anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro" (DI PIETRO, 2014, p. 730).

Vê-se que há necessidade de comprovação do nexo de causalidade entre a ação e/ou omissão do Estado e o dano sofrido por terceiro, todavia, ainda há muito a se discutir no que se refere aos parâmetros necessários para reconhecimento de referido nexo causal, havendo divergência entre diferentes tribunais e, até mesmo, entre diferentes turmas de um mesmo tribunal.

Desta feita, necessário dar-se novo passo no presente trabalho, abordando tópicos de premissa fundamental para a melhor elucidação do tema, para que, ao fim da dissertação possa-se chegar a melhor conclusão. Assim

avança-se, trazendo outras abordagens que fazem o elo entre o dever estatal e o eventual dano sofrido por terceiro.

3 DEVER DE CUSTÓDIA DO ESTADO

Há muito se sabe que o Estado tomou para si o poder de guarda e custódia daqueles que, em razão de algum delito, têm sua liberdade de ir e vir diminuída, quando não em raros casos, totalmente subtraída. Trata-se de um poder-dever, e assim, obriga-se o Estado a cumprir com esta árdua tarefa, de maneira eficiente e evitando prejuízos sociais.

Acerca do instituto trata de forma esclarecedora Yussef Said Cahali (2014, p. 440):

Ao dever do Estado de zelar pela integridade física do recluso corresponde, também, o dever de fiscalizar e preservar sua segregação carcerária, podendo resultar que, da falha administrativa na execução desse serviço, os presidiários fugitivos ou com saídas temporárias autorizadas, venham a cometer crimes contra terceiros.

Não obstante aquilo que traz Cahali, faz-se necessário maior aprofundamento nos chamados poderes-deveres da administração pública, haja vista que, em se falando de gestão pública, cada poder vinculado ao Estado, obriga seu respectivo agente ao cumprimento, vez que não há que se falar em disponibilidade do interesse público. Assim, trata Hely Lopes Meirelles (2005, p. 103 - 104):

O poder-dever de agir da autoridade pública é hoje reconhecido pacificamente pela jurisprudência e pela doutrina. O poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo. Nem se compreenderia que uma autoridade pública – um Governador, p. ex. – abrisse mão de seus poderes administrativos, deixando de praticar atos de seu dever funcional. O poder do administrador público, revestindo ao mesmo tempo o caráter de dever para a comunidade, é insuscetível de renúncia pelo seu titular. Tal atitude importaria fazer liberdades com o direito alheio, e o Poder Público não é, nem pode ser, instrumento de cortesias administrativas.

Embora a expressão poder dê a impressão de que se trata de uma opção do ente público, na realidade o que há é um poder-dever, já que deve exercer em benefício da coletividade, e assim sendo, são poderes são irrenunciáveis (DI PIETRO, 2014, p. 90).

Em se tratando de um poder-dever estatal, a vigilância do recluso é medida que se impõe ao Estado, e a falta da prestação de referida obrigação pode resultar na obrigação de reparar eventuais danos sofridos por terceiros.

Nos casos de fuga que resultem em danos nas imediações do estabelecimento prisional, em momento subsequente à evasão, a responsabilidade do Estado há de ser objetiva, eis que é fato que o Estado, ao exercer atividade perigosa em local próximo de comunidades ou bairros, tem a obrigação de manter seus próprios presos e seus circunvizinhos sob sua guarda e proteção (STOCO, 2013, p. 228).

Todavia, em se tratando de dano ocorrido em local distante do ergástulo, ou em momento consideravelmente posterior à fuga, subjetiva-se a responsabilização estatal, conforme verifica-se nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (*apud*, STOCO, 2013, p. 228):

Então, se os evadidos de uma prisão vierem a causar danos em locais afastados do prédio onde se sedia a fonte do risco, é óbvio que a lesão sofrida por terceiros não estará correlacionada com a situação perigosa criada por obra do Poder Público. Nesta hipótese só caberá responsabilizar o Estado se o serviço de guarda dos delinquentes não houver funcionado ou houver funcionado mal, pois será caso de responsabilidade por comportamento omissivo e não pela geração de risco oriundo de guarda de pessoas perigosas.

Necessário diferenciar-se se o prejuízo foi causado nas imediações do estabelecimento prisional e logo após a evasão, ou não. Em sendo a primeira hipótese, responsabiliza-se o Poder Público de forma objetiva, pois expõe à riscos a comunidade pela qual deve zelar. No segundo caso, deve ser comprovada a responsabilidade estatal, bem como o nexo de causalidade entre a omissão e o dano.

3.1 DOS TIPOS DE CUSTÓDIA

Há necessidade, neste passo, de fazer-se a devida diferenciação entre os tipos de custódias penais, expondo os tipos de custódias prisionais que restringem o direito constitucional de ir e vir, o que se faz a seguir.

Acerca de tal diferenciação, tratam Alexandre Cebrian Reis e Victor Eduardo Rios (2012, p. 357):

Em matéria criminal existem duas modalidades de prisão. A primeira refere-se ao cumprimento de pena por parte de pessoa definitivamente condenada a quem foi imposta pena privativa de liberdade na sentença. Essa forma de prisão, denominada prisão pena, é regulamentada na Parte Geral do Código Penal (arts. 32 a 42) e também pela Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84). Seu cumprimento se dá em regime fechado, semiaberto ou aberto, podendo o réu progredir de regime mais severo para os mais brandos após o cumprimento de parte da pena e desde que tenha demonstrado méritos para a progressão. Em segundo lugar existe a prisão processual, decretada quando existe a necessidade de segregação cautelar do autor do delito durante as investigações ou o tramitar da ação penal por razões que a própria legislação processual elenca. Esta modalidade de prisão, também chamada de provisória ou cautelar, é regulamentada pelos arts. 282 a 318 do Código de Processo Penal, bem como pela Lei n. 7.960/89.

Assim, necessário fazer uma melhor diferenciação dos tipos de prisões existentes no ordenamento jurídico brasileiro, abordando-os de forma individualizada.

3.1.1 DA PRISÃO EM FLAGRANTE

A respeito da prisão em flagrante, o artigo 302 do CPP (BRASIL, 2015 b), trás a seguinte redação:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Visto isso, torna-se notório que há mais de uma espécie de prisão em flagrante, razão pela qual dar-se-á uma breve explanação acerca de cada uma.

3.1.1.1 Do Flagrante Próprio

Apenas o inciso I, do referido artigo, faz menção a uma situação de iminência, de visibilidade incontestável da prática de um delito, firmando-

senaquela descrição a prisão em flagrante de alguém que está praticando a infração penal (PACELLI, 2014, p. 532).

Também faz menção à prisão em flagrante daquele que acabou de cometer a infração penal – inciso II – em situação que, embora desaparecida a ardência e crepitação, pode-se fazer a coleta de elementos ainda palpáveis a existência do fato delituoso, bem como da autoria deste. Nesta segunda hipótese, assim como na primeira, têm-se o chamado flagrante próprio (PACELLI, 2014, p. 532 - 533).

3.1.1.2 Do Flagrante Impróprio

As hipóteses de flagrante impróprio são aquelas trazidas pelos incisos III e IV, do artigo 302, do CPP (BRASIL, 2015 b), sendo que, na primeira hipótese, há a perseguição do agente, enquanto, na segunda, este é avistado com instrumentos que presumem a autoria do crime, logo após o seu cometimento.

Assim, em linhas gerais, nas palavras de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2014, p. 714), tem-se que a prisão em flagrante é:

A prisão em flagrante é a que resulta no momento e no local do crime. É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino (art. 5º, inciso LXI da CF). Permite-se que se faça cessar imediatamente a infração com a prisão do transgressor, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria permitida pelo domínio visual dos fatos. É uma forma de autopreservação e defesa da sociedade, facultando-se a qualquer do povo a sua realização.

Não obstante a prisão em flagrante, faz-se necessário avançar nos tipos de prisão, visto que a até agora apresentada não é a única atualmente aplicada, chegando-se assim na prisão temporária.

3.1.2 Da Prisão Temporária

Para esta, o juiz deve se ater a determinados requisitos, quais sejam, a necessidade e a adequação. Assim, deve observar se a medida é realmente necessária para a investigação e a coleta de elementos probatórios,

além de verificar se a prisão temporária é adequada à finalidade apontada pela autoridade policial (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 901).

Seria uma prisão cautelar, de natureza processual, que destina-se a assegurar ou possibilitar a investigação de crimes de natureza grave, durante o curso do inquérito policial (CAPEZ, 2014, p. 348).

Nas palavras de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2014, p. 744 - 745), a prisão temporária é:

[...] prisão de natureza cautelar, com prazo preestabelecido de duração, cabível exclusivamente na fase do inquérito policial – ou de investigação preliminar equivalente, consoante art. 283, CPP, com redação dada pela Lei 12.403/2011 -, objetivando o encarceramento em razão das infrações seletamente indicadas na legislação. A Lei nº 7.960/1989 só indica o cabimento de prisão temporária durante a tramitação de inquérito policial, porém o CPP ampliou o âmbito de incidência da medida cautelar ao disciplinar o seu cabimento durante as investigações, sem restringir-se ao inquérito policial (art. 282, §2º, CPP).

Não adentrando no mérito de referido tipo de prisão, visto que é desnecessário analisar seu conteúdo, sua forma e seus prazos, dá-se novo passo adiante e tratar-se-á da prisão preventiva.

3.1.3 Da Prisão Preventiva

A prisão preventiva é tratada de forma bastante ampla por Aury Lopes Júnior (2014, p. 849):

A prisão preventiva pode ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, inclusive após a sentença condenatória recorrível. Ademais, mesmo na fase recursal, se houver necessidade real, poderá ser decretada a prisão preventiva (com fundamento na garantia da aplicação da lei penal). A prisão preventiva somente pode ser decretada por juiz ou tribunal competente, em decisão fundamentada, a partir de prévio pedido expresso (requerimento) do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. Não se pode esquecer do disposto no art. 313, I, ou seja, do não cabimento de prisão preventiva quando a pena for igual ou inferior a 4 anos. Portanto, incompatível com os crimes em que cabe ação penal privada [...].

É a medida cautelar mais ampla, tornando-se a ferramenta de cerceamento da liberdade mais eficiente durante a instrução penal, ou seja,

tanto durante o inquérito policial, quanto na fase processual propriamente dita. Enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, faz-se possível a decretação de referida prisão, desde que devidamente fundamentada pela autoridade judicial, necessitando, para tanto, que estejam presentes os requisitos que demonstrem a necessidade do cárcere, visto que, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes os lastros probatórios mínimos que indiquem a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos nesta e ao menos um motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 732).

Tem-se, assim, um apanhado geral das chamadas prisões cautelares, não se falando para tanto, no esgotamento deste tipo de cerceamento, visto que existem outras modalidades previstas em nosso ordenamento jurídico, a citar aqui as prisões em face da sentença de pronúncia nos processos de competência do tribunal do júri, as prisões domiciliares, as prisões em face de sentença penal recorrível, entre outras. Todavia, tratando das três acima citadas, tem-se como abordado aquelas que são mais comuns e, portanto, merecem o devido destaque.

3.1.4 Da Prisão Definitiva

Apresentadas as prisões cautelares ou, ao menos, as principais delas, dá-se novamente um passo adiante na temática, tratando-se, agora, da prisão definitiva, aquela que se busca durante toda a instrução penal, desde o inquérito policial até o processo judicial. É aqui que o Estado oficializa de forma definitiva sua decisão, trazendo aquele que, após todas as oportunidades de defesa, foi, enfim, considerado culpado pela prática delituosa.

Encontra-se neste tipo de prisão a maior incidência de fugas, visto que esta pode estender-se a grandes lapsos temporais, sempre respeitando o limite imposto pelo artigo 75 do Código Penal (BRASIL, 2015 c), o que traz a seguinte redação:

Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

Havendo a possibilidade do custodiado permanecer até 30 anos em cárcere, sob a responsabilidade do Estado, que tem por obrigação legal manter o indivíduo em condição na qual não seja possível causar prejuízos do ponto de vista penal à sociedade, é neste ponto em especial que ocorre a maior incidência das situações sobre as quais trata o trabalho.

Com a sentença penal condenatória transitada em julgado, inicia-se o chamado processo de execução penal, disciplinado quase que por completo pela Lei nº 7.210 (BRASIL, 2015 d), conhecida no meio jurídico por Lei de Execuções Penais, ou simplesmente, LEP.

Em regra, a execução penal não é tida como fase subsequente do processo penal no qual o réu fora condenado e tornou-se apenado, mas, sim, como processo autônomo. Com isso, os autos são reproduzidos por via digital ou cópia, contendo as peças indispensáveis ao acompanhamento do cumprimento de pena e da concessão ou não das benesses previstas (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1.395).

Diferentemente do processo de conhecimento (condenatório), onde pode ser encontrada situação de litisconsórcio passivo (com vários acusados com narrativa de imputação em coautoria ou participação em uma mesma denúncia ou queixa), é constituído um processo de execução por acusado, para que assim seja atendido adequadamente o princípio da individualização da pena. Em outras palavras, será formado um caderno processual para o desenvolvimento do procedimento executório da pena para cada apenado, com tantos processos de execução para quantos apenados existirem no pólo passivo do único processo de conhecimento (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1.396).

Frisa-se que ao fazer referência a um novo caderno processual, não limita-se ao processo físico, comumente conhecido, inclui-se os processos digitais, meio cada vez mais utilizado pelo judiciário, trazendo maior eficiência na prestação jurisdicional, sem que se perca a essência dos autos.

Importante destacar, também, que constitui como requisito indispensável para a incidência do processo de execução penal, a existência de título executivo judicial, que consiste em sentença penal condenatória, com aplicação de pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, ou ainda,

sentença absolutória imprópria, a qual impõe medida de segurança consistente em tratamento ambulatorial ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1.398).

A execução penal visa cumprir o que foi disposto na sentença condenatória, somando-se a esse objetivo principal, o de proporcionar uma harmonia na busca pela ressocialização do apenado ou internado, verifica-se, que objetivos da execução penal se comunicam com os objetivos da pena e da medida de segurança (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1.398 - 1.399).

3.2 DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS

Abre-se um parênteses neste ponto, de modo que se torna impossível não adentrar, ainda que superficialmente, no mérito das condições do sistema carcerário brasileiro. Ora, não há como negar que estamos diante de um sistema falido e ineficiente e que essa incapacidade do Estado de gerir seu próprio sistema, gera, dentre várias consequências, a ocorrência de diversas fugas daqueles que, pelos mais variados motivos, deveriam estar vivendo em intramuros.

Estabelecimento penal é aquele destinado ao condenado, ao preso provisório e ao egresso, devendo, para tanto, respeitar a condição especial da mulher e do maior de sessenta anos, os quais deverão ser recolhidos separadamente, em estabelecimento próprio e adequado às suas particularidades, observando que um mesmo conjunto arquitetônico pode abrigar estabelecimentos de destinação diversa, desde que estes estejam devidamente separados (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p.1.411).

O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva, com instalação destinada a estágio de estudantes universitários. Serão instaladas salas de aula destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante e haverá instalação destinada à Defensoria Pública (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1.411).

Esta seria a definição em perfeita harmonia com as pretensões do texto legal, visando a reintegração do segregado. Todavia, a muito se sabe que

esta não é a realidade dos fatos, conforme denota-se muito claramente nas palavras de Alfonso Pastore (1989, p. 69 - 70):

Na cela, normalmente não há nada. Os presos são postos lá dentro e trancados. Não há janelas, nem água, nem latrina, nem cama, nem colchão. O homem - culpado ou não, bêbado ou não, doente mental ou sadio, velho tarado, esclerosado, jovem viciado, drogado, ladrão, assaltante, assassino ou inocente primário ou reincidente - é jogado lá. Tranca-se a por e fim. Quantos dias fica lá? Todos gostaríamos de saber! Pode ser uma noite, uma semana, seis meses. Podem ser três anos... ou mais. Toda noite entra mais alguém. Pela manhã, saem alguns presos. Há doentes, portadores de males contagiosos. Lá são jogados, amontoados. A comida é a pior possível: uma marmita fria, e olhe lá. Por vezes, uma ao dia.

O Estado, que toma para si o poder-dever de custódia, mostra-se ineficiente no cumprimento de suas tarefas, fato este que acarreta as mais variadas consequências, razão pela qual, mais adiante, ver-se-á que este mesmo Estado já vem sendo cobrado e devidamente responsabilizado por suas falhas, desde que presentes alguns requisitos.

3.3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS CRIMES PRATICADOS POR CUSTODIADOS EM SAÍDA TEMPORÁRIA

Sebe-se que não há que se falar em responsabilidade do Estado por eventuais crimes praticados pelos detentos durante o gozo da saída temporária, salvo se referida saída for concedida de forma antijurídica, ou seja, sem o devido respeito à norma vigente.

Isso ocorre porque o artigo 122 da LEP (BRASIL, 2015 d) traz em seu *caput* a observação de que as saídas se darão sem vigilância direta, ou seja, referido artigo tira do Estado a responsabilidade de vigiar o recluso, ao menos, durante o gozo da benesse.

Assim, observa-se que não há que se falar em responsabilidade civil do Estado, consistente na falta de serviço, em razão da concessão de saídas temporárias sem a devida vigilância, visto que aqui a Administração age em conformidade com o texto legal (CAHALI, 2014, p. 444).

[...] em decorrência do ensejo criado pela Lei de Execução Penal, que, desgraçadamente, possibilita situações como a dos autos. O dever ressarcitório somente ocorrerá quando o prejuízo acontecer por

ação antijurídica da Administração, inexistente no caso. É de todo impossível reconhecer-se obrigação ressarcitória do Estado pela prática de crime. Se assim não for, o Estado responderá civilmente por todos os delitos praticados. Ao Estado impõe-se o dever de vigilância, mas nunca de vigilância sobre cada cidadão em particular (TJMG, 4ª Câmara, apud, CAHALI, 2014, p. 444).

Vê-se, assim, que embora criticado, o artigo 122 da LEP (BRASIL, 2015 d) é válido e, tira da Administração Pública a responsabilidade sobre os crimes praticados durante o usufruto das saídas temporárias, visto que, neste caso, a Administração cumpre seu dever legal, dando ao recluso a condição que o legislador assim desejou.

3.4 DOS CRIMES CONTRA A VIDA

3.4.1 Do Homicídio

Ainda que de forma breve, importante destacar os crimes contra a vida previstos no ordenamento jurídico brasileiro, iniciando-se por aquele que, não por acaso, encontra-se logo no início da parte especial do Código Penal (BRASIL, 2015 c), qual seja, o artigo 121, que trás a seguinte redação:

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

O parágrafo 2º apresenta as causas qualificadoras do crime descrito no *caput*, no §3º, a hipótese de homicídio culposo e nos parágrafos 4º, 5º, 6º e 7º, as causas de aumento de pena. Assim, para que melhor se possa compreender o tipo penal descrito no artigo 121, ainda que este seja bastante claro, traz-se os ensinamentos de André Estefam (2012, p.95):

Conforme se estudou, o tipo penal do art. 121 visa à tutela da vida humana extrauterina. Esta se inicia com a primeira contração expulsiva do feto (ou a primeira incisão no ventre materno, quando se tratar de parto cesáreo) e vai até o instante que antecede a morte cerebral.

É a retirada da vida humana em decorrência do ato de outrem. Considerando a vida como o bem mais precioso do homem, tem-se aqui um dos crimes mais graves que se pode cometer, razão pela qual, a pena pode variar de 6 a 30 anos, dentro do mínimo da forma simples até o máximo da forma qualificada (NUCCI, 2013, p. 631).

3.4.2 Do Induzimento, Instigação Ou Auxílio Ao Suicídio

Na sequência dos crimes contra a vida, o Código Penal (BRASIL, 2015 c) em seu artigo 122, trata do crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, conforme vê-se:

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único - A pena é duplicada:

I - se o crime é praticado por motivo egoístico;

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

Sabe-se que, por razões humanitárias, não se pune o suicida, visto que aquele que, pelas mais diversas razões atenta contra a sua própria vida, não merece punição mas compaixão, amparo e tratamento médico. Todavia, pune-se aquele que, de alguma forma, levou o outro ao suicídio, haja vista o fato da vida ser um bem indisponível, que o Estado precisa resguardar, ainda que contra a vontade do titular (NUCCI, 2013, p. 661).

Ainda acerca deste tipo penal, importante trazer a diferenciação muito bem explanada por Guilherme de Souza Nucci(2013, p. 661) acerca do induzimento, da instigação e do auxílio:

Induzimento: [...] significa dar a ideia a quem não possui [...] nessa primeira conduta, o agente sugere ao suicida que dê fim à sua vida [...] Instigação: [...] é fomentar uma ideia já existente [...] agente que estimula a ideia suicida que alguém anda manifestando. Auxílio: trata-se da forma mais concreta e ativa de agir, pois significa dar apoio material ao ato suicida.

Tem-se, assim, a devida definição do tipo penal expresso no artigo 122, que pune não o agente suicida, mas o terceiro que, ao invés de agir com o

intuito de evitar lamentável desfecho, ou ao menos se manter inerte acerca da possibilidade de sua ocorrência, prefere aumentar ou garantir a probabilidade de sua concretização.

3.4.3 Do Infanticídio

Dando continuidade aos crimes contra a vida, tem-se o artigo 123 do CP (BRASIL, 2015 c), que disciplina o infanticídio, *in verbis*: “Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis anos.”.

Referido dispositivo legal visa à proteção da vida do feto durante o parto ou do recém-nascido se, logo após o parto a mãe pratica o crime, influenciada pelo estado puerperal. Todavia, caso a mãe não esteja sob influência do puerpério, ou o ato seja praticado por terceiro que não tenha ciência da elementar, aplica-se o disposto no art. 121 do CP (ESTEFAM, 2012, p. 143).

3.4.4 Do Aborto

Avançando-se no estudo dos crimes contra a vida expressos no Código Penal, chega-se ao aborto, que visa punir aquele que ceifa a vida humana uterina trazendo, no artigo 124, a previsão para quando a gestante pratica o aborto em si mesma, ou para quando consente com a prática, enquanto os artigos 125 e 126, tratam do aborto praticado por terceiro, trazendo no primeiro destes o caso em que não há consentimento da gestante e, no segundo, o ato praticado com o devido consentimento desta.

Tem-se assim a seguinte previsão legal:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (BRASIL, 2015 c).

A Constituição Federal de 1988 consagra o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tratando-o como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme o art. 1º, III da Carta Magna, não havendo dúvida de que referido princípio visa a proteção integral da vida humana. Desta feita, referida proteção há de se dar antes mesmo do nascimento com vida, quando o feto ainda se encontra no ventre materno (ESTEFAM, 2012, p. 151).

Importante tratar-se também, acerca da diferenciação dos últimos tipos penais abordados, os quais caracterizam os crimes de infanticídio e aborto, de modo a diferenciá-los, haja vista que a proximidade temporal entre a possibilidade da ocorrência de um ou de outro pode trazer dúvidas. Para tanto, tem-se os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 664 - 665):

[...] menciona a lei penal que o infanticídio pode ter lugar durante o parto ou logo após. Nesta última hipótese, não há dúvida: inexistente o aborto. Entretanto, o problema mais sensível é descortinar o momento exato em que a criança deixa de ser considerada feto para ser tratada como nascente. [...] o início do parto dá-se com a ruptura da bolsa (parte das membranas do ovo em correspondência com o orifício uterino), pois a partir daí o feto se torna acessível às ações violentas (por instrumentos ou pela própria mão do agente). Assim, iniciado o parto, torna-se o ser vivo sujeito ao crime de infanticídio. Antes, é hipótese de aborto.

Assim, encerram-se as previsões legais para os crimes contra a vida, assunto relevante no presente trabalho, haja vista a possibilidade de responsabilização estatal quando quaisquer destes vier a ser praticado por custodiado foragido.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Analisa-se, aqui, os casos concretos em que se aplica o pretendido tema, trazendo alguns julgados dos Tribunais de Justiça dos estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul. O primeiro, por ser o Tribunal competente para referidas ações no território que este trabalho está sendo confeccionado e, o segundo, por se tratar de estado vizinho e considerado aos olhos jurisdicionais um Tribunal moderno e menos conservador. Com isso, demonstrar-se-á a forma como as instâncias superiores vêm reconhecendo, ou não, a aplicabilidade da responsabilidade civil do Estado nos casos de crimes contra a vida praticados por custodiados foragidos.

4.1 CONCEITO DE JURISPRUDÊNCIA

De plano, importante trazer, ainda que de forma breve, o conceito de jurisprudência, que se encontra dentro do amplo rol de fontes do direito, guiando e inovando o ordenamento jurídico constantemente.

Quando o reconhecimento de uma conduta como obrigatória se dá em sede dos tribunais, teremos a jurisprudência (ou o costume judiciário) como fonte do direito. Diferencia-se, porém, do costume propriamente dito, porque esse é criação da prática popular, nascendo espontaneamente, como decorrência do exercício do que se considera socialmente obrigatório, ao passo que a jurisprudência é obra exclusiva da reflexão dos operários do direito, nas decisões de juízes monocráticos e tribunais, em litígios submetidos à sua apreciação (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2013, p. 65).

Em tempos remotos, jurisprudência era entendida como Ciência do Direito, em conformidade com o entendimento de diversos outros sistemas, como o italiano. Todavia, seu significado precisa ser mais limitado, consistindo, então, no conjunto de reiteradas decisões que os tribunais tiveram perante determinadas situações. Assim, jurisprudência seria a reunião dos mais variados julgados, de forma coletiva e não individualmente, razão pela qual, a reiteradamente utilizada expressão “jurisprudências”, estaria totalmente ultrapassada (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2013, p. 65).

Analisado o conceito de jurisprudência, passa-se a análise dos casos concretos trazendo, inicialmente, o posicionamento do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

4.2ANÁLISE JURISPRUDENCIAL – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Faz-se um breve balanço acerca do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina trazendo sua previsão constitucional, a competência territorial, além de sua estruturação. Referido Tribunal, assim como todos os demais Tribunais de Justiça Estaduais do território nacional, é expressamente reconhecido como órgão integrante do poder judiciário brasileiro na Constituição Federal de 1988, que traz em seu artigo 92 (BRASIL, 2015 a), a seguinte redação:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

II - o Superior Tribunal de Justiça;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional

Vê-se, no inciso VII, do aludido artigo, aquilo que foi afirmado acima. Não obstante, a Constituição Estadual do Estado de Santa Catarina (SANTA CATARINA, 2015 a), traz, em seu artigo 77, I, o Tribunal de Justiça como órgão pertencente ao Poder Judiciário. A carta estadual, em seu art. 83 trás uma série de competências do aludido Tribunal, dentre as quais destacam-se, eleger seus órgãos diretivos, elaborar seu regimento interno, julgar de forma originária os crimes que envolvam algumas autoridades, julgar, em grau de recurso as decisões de primeira instância proferidas pela justiça comum estadual, além de uma série de outras.

Por fim, com base nas informações prestadas no site oficial do próprio Tribunal, tem-se que:

O Tribunal de Justiça, com sede na capital do Estado de Santa Catarina - Florianópolis - e jurisdição em todo o seu território, é composto de 50 (cinquenta) desembargadores, nomeados na forma estabelecida no artigo 82 da Constituição Estadual, ou seja, dentre os magistrados de carreira, advogados e membros do Ministério Público, estes últimos em respeito ao consagrado no artigo 94 da Constituição Federal. Para o exercício das atividades jurisdicionais, o território do Estado de Santa Catarina constitui seção judiciária única, fracionada, para efeitos da administração da Justiça, em 3 (três) subseções, 9 (nove) regiões, 40 (quarenta) circunscrições, 111 (cento e onze) comarcas e 183 (cento e oitenta e três) comarcas não instaladas, conforme disciplinam o artigo 3º da Lei Complementar n. 339, de 8.3.2006 e o artigo 1º da Resolução n. 08/2007-TJ e o art. 1º da Resolução n. 44/08-TJ (SANTA CATARINA, 2015 b).

Apresentado o Tribunal Catarinense, passa a ser analisado o caso concreto.

A discussão acerca da configuração, ou não, da responsabilidade estatal dá-se no que se refere ao nexos causal. Não há padronização no que se refere aos pressupostos necessários para configurá-lo, se há um limite temporal para que ele seja reconhecido ou se a mera omissão estatal, por si só, já enseja nexos de causalidade. Ver-se-á, na sequência, que ainda há muita divergência dentro dos próprios tribunais e, a depender da turma e/ou câmara que julgar o caso, a decisão pode ser muito diferente.

No Tribunal de Justiça Catarinense não é diferente. Para que se demonstre, dois julgados: o primeiro, pelo Grupo de Câmaras de Direito Público, e o segundo, pela Primeira Câmara de Direito Público. Ambos serão analisados, trazendo para tanto os fundamentos que embasaram decisões totalmente divergentes entre si.

EMBARGOS INFRINGENTES - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - MORTE CAUSADA POR DETENTO FORAGIDO DO SISTEMA PRISIONAL - INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O DANO E A ATIVIDADE ESTATAL - CULPA NÃO COMPROVADA - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA AFASTADA - EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS. É subjetiva e não objetiva a responsabilidade do Estado pela falta do serviço que evitaria a ocorrência do dano a terceiro. Para que se configure a responsabilidade civil subjetiva, é indispensável que se prove a culpa da administração pública (negligência, imprudência ou imperícia), bem como exista nexos de causalidade entre a omissão estatal e o dano dela decorrente. Tem-se por inexistente o liame causal se o

foragido, por ato de sua exclusiva responsabilidade, vem a causar dano ao particular, sem qualquer relação com o ato de sua fuga do estabelecimento prisional. "2. O fato de foragido de estabelecimento prisional estadual ser co-autor em crime de assassinato não enseja, por si só, a responsabilização civil do Ente Público com base na teoria do risco administrativo, haja vista a ausência denexo etiológico entre a atividade estatal e o dano proveniente" (SANTA CATARINA, 2015c).

Conforme o próprio relatório dos autos, são embargos infringentes, interpostos pelo Estado de Santa Catarina, baseando-se no voto vencido do Desembargador Jorge Luiz de Borba, que não reconheceu o nexode causalidade entre a omissão estatal e o dano causado considerando, assim, que inexistee obrigação de indenizar.

Cabe aqui uma pequena colocação acerca do referido recurso que, nas palavras de Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha (2013, p. 242 e 243), afirmam que:

Cabem embargos infringentes, nos termos do art. 530 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 10.352/2001, *quando a sentença de mérito for, no julgamento da apelação, reformada, por maioria de votos.* [...] Para que caibam os embargos infringentes, a divergência deve relacionar-se com o mérito, e não simplesmente com matéria processual. [...] Houve enfim, juízo de mérito não unânime, vindo o acórdão a substituir a sentença proferida pelo juízo de primeira instância (CPC, art. 512). Cabíveis, então, os embargos infringentes, quando o tribunal reformar a sentença terminativa para, com esteio no §3º do art. 515 do CPC, já apreciar, por maioria de votos, o mérito da demanda.

Em suma, trata-se de um recurso que visa trazer ao prejudicado por decisões de mérito não unânimes, a superação do voto vencido sobre os votos vencedores. Importando, para tanto, a conclusão em divergência do acórdão atacado e não a sua motivação (SCARPINELLA, 2011, p. 240 e 241). Feita a breve explanação, segue-se no relato.

Referido recurso fora julgado pelos Desembargadores Pedro Manoel Abreu (Presidente), Jaime Ramos (Relator), João Henrique Blasi, Jorge Luiz de Borba, Ricardo Roesler, Carlos Adilson Silva, Paulo Ricardo Bruschi, Vanderlei Romer, Sérgio Baasch Luz, Cesar Abreu e Cid Goulart.

No caso, venceu o entendimento de que não haveria nexode causalidade entre a fuga do custodiado e o novo crime por este cometido, visto que houve um lapso temporal de aproximadamente 2 meses entre a fuga e o

dano. Assim, inexistiria a obrigação estatal de indenizar. Lembra-se aqui que o nexo causal é elemento essencial para o reconhecimento da responsabilidade civil, independentemente de se falar em responsabilidade de ordem objetiva e/ou subjetiva.

Assim, não se aterá a presente análise em discutir os parâmetros de objetividade ou subjetividade, visto que estes já foram abordados em momento oportuno e que, neste passo, poucoimportam para o reconhecimento da responsabilidade civil.

Procurar-se-á trazer os conceitos de nexo causal apresentados no presente acórdão, que considerou e aplicou a teoria do dano direto e imediato para tanto. Conforme julgado do STF, trazido a baila no apresentado acórdão, independente de responsabilidade objetiva ou subjetiva, não há dispensa do nexo causal entre a ação ou a omissão do Estado e o prejuízo sofrido por terceiros (STF - RE 130.764/PR, Rel. Ministro Moreira Alves, DJU de 07/08/1992, p. 11.782).

Seguindo o mesmo liame, nosso sistema jurídico teria adotado a chamada teoria do dano direto e imediato, conhecida como teoria da interrupção do nexo causal, afastando outras teorias, como a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. Assim, decorrido grande lapso temporal entre a omissão e o novo crime, não haveria que se falar em responsabilidade civil (STF - RE 130.764/PR, Rel. Ministro Moreira Alves, DJU de 07/08/1992, p. 11.782).

Ainda quanto à responsabilidade do Estado por omissão, o Supremo Tribunal Federal vinha exigindo, para a caracterização do nexo de causalidade, a teoria do dano direto e imediato. Serve como exemplo acórdão envolvendo indenização devida a vítimas de homicídios praticados por fugitivos de penitenciárias; a Corte vinha reconhecendo a responsabilidade do Estado quando não há rompimento da cadeia causal (ou seja, quando existe ligação direta entre causa e dano) , mas elide tal responsabilidade quando já se tenham passado "meses" da fuga, por falta de nexo causal (DI PIETRO, 2014, p. 729).

Apresentada teoria, que já fora adotada quase que unanimemente pelo STF, só admite a existência de nexo de causalidade quando o dano é o efeito necessariamente ligado a uma causa, abarcando sempre o dano direto e imediato e fazendo com que, em regra, os danos indiretos ou remotos não

sejam passíveis de indenização, pois deixam de ser um efeito necessário, haja vista que surgem neste passo as chamadas concausas (DI PIETRO, 2014, p. 729).

Esse entendimento, que vinha sendo adotado reiteradamente, parece estar se alterando, no sentido de aceitar um alargamento da responsabilidade do Estado, independentemente da aplicação da teoria do dano direto e imediato. Em dois julgados pelo menos, o Supremo Tribunal Federal deu mostras de caminhar nesse sentido (DI PIETRO, 2014, p. 729 e 730).

Vê-se que presente decisão seguiu numa linha que há muito vem sendo utilizada, mas que, aos poucos vem sendo relativizada. A teoria do risco direto e imediato, por mais que seja abarcada por diversos autores, parece não ser capaz de julgar da forma devida diversos casos concretos que são trazidos rotineiramente ao judiciário.

Na sequência, nova jurisprudência, também proveniente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a qual, utilizando-se de conceitos mais abrangentes e modernos, reconheceu a responsabilidade do ente estatal.

RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DO COMPANHEIRO E GENITOR DOS AUTORES POR FORAGIDO DO SISTEMA PRISIONAL, SEM QUALQUER INICIATIVA PARA SUA RECAPTURA, POR MAIS DE SESSENTA DIAS. RESPONSABILIDADE DO ESTADO CONFIGURADA. RECURSO PROVIDO PARA A CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E PENSÃO MENSAL. "A negligência estatal no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos presos sob sua custódia, a inércia do Poder Público no seu dever de empreender esforços para a recaptura do foragido são suficientes para caracterizar o nexo de causalidade." (SANTA CATARINA, 2014 a).

Neste caso, ainda que passado lapso temporal considerável entre a omissão estatal e o novo crime, considerou-se existente o nexo causal, visto que o mero decurso de tempo não seria suficiente para quebra do liame. Aqui, o simples fato do Estado ter falhado no seu dever de reconduzir o custodiado foi suficiente para o reconhecimento do dever de ressarcir, ao posto que, conforme entendeu-se, o novo crime não teria sido passível de execução se o Estado tivesse cumprido seu dever.

Mais uma vez, não importa discutir-se acerca da objetividade ou subjetividade da responsabilidade no caso concreto, visto que ambas ensejam

a obrigação do Estado de indenizar. O ponto discutido é o nexo de causalidade, conforme exposto no inteiro teor do apresentado acórdão:

De qualquer sorte, a despeito das dissonâncias evidenciadas nesse tema, é assente o entendimento no sentido de que, seja no contorno subjetivo ou objetivo da responsabilidade civil do Estado, inexistindo o vínculo de causalidade entre o dano verificado e a atividade administrativa, não há se falar no dever reparatório do Poder Público. Isso porque, ainda que sendo necessário o exame da culpa ou dolo do agente, tem-se afastado a teoria extremada do risco integral. (SANTA CATARINA, 2014 a)

No atual contexto jurisdicional, entende-se por nexo de causalidade a relação entre a causa – conduta do agente – e o efeito – resultado que causa prejuízo –, sendo que referida relação é de natureza lógico-normativa, ao passo que possui uma ligação referencial edetém, contornos que dão limite, os quais são impostos pelo próprio direito (REsp 858511/DF, rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki).

É preciso que se saiba que a relação de nexo causal não se confunde com o elemento culpabilidade. No primeiro, trata-se de uma imputação objetiva, analisa-se se o ato ou falta de ato do agente deu causa ao dano, sem que se analise o elemento subjetivo da culpabilidade (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 62).

Não basta, por tanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita, tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado *nexo causal*. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 62).

O acórdão considerou que o evento causador do dano, que resultou na morte da vítima, teve relação causal com a omissão do Estado, pois, no caso concreto, o Estado de Santa Catarina permaneceu inerte, deixando de adotar qualquer providência para a recondução do apenado, que, ao usufruir da benesse da saída temporária, deixou de retornar ao ergástulo e cometeu, cerca de 60 dias após a fuga, o novo crime (SANTA CATARINA, 2014 a).

Ainda, houve negligência dos agentes prisionais, visto que, após o não retorno do apenado no prazo previsto em Lei, não se esforçaram para sua recaptura. Assim, a falta de ação do Poder Público para cumprir sua obrigação, bastou para caracterização do nexo de causalidade entre a omissão e a conduta do agente causador do dano. Restam configuradas, pois, *aculpa in vigilando* e a *culpa in omitendo*, ensejando a responsabilidade do Estado e o dever de indenizar, aplicando-se para tanto a responsabilidade subjetiva do Ente Público (SANTA CATARINA, 2014 a).

A *culpa in vigilando* seria decorrente da falta de atenção ou de cuidado de procedimento de terceiro, que estava sob guarda e/ou responsabilidade do agente. Caracteriza-se na forma de negligência, que nada mais é do que a falta do devido cuidado produzido por omissão do garantidor (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 52 e 55).

Aplicou-se a teoria da causalidade adequada no que se refere ao nexo de causalidade. Para aqueles que concordam com referida teoria, não se pode considerar todo e qualquer fato que tenha contribuído com o resultado, como se faz na teoria da equivalência das condições. Aqui, considera-se apenas o antecedente que conforme uma análise de probabilidade tiver corroborado com o resultado (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2013, p. 140 e 141).

Assim, para que melhor se elucide as diferenciações entre as duas teorias acima citadas, vê-se as palavras de Cardoso Gouveia (apud, GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2013, p. 141):

A deu uma pancada ligeira no crânio de B, a qual seria insuficiente para causar o menor ferimento num indivíduo normalmente constituído, mas que causou a B, que tinha uma fraqueza particular dos ossos do crânio, uma fratura que resultou a morte. O prejuízo deu-se, apesar de o fato ilícito praticado por A não ser causa adequada a produzir aquele dano em um homem adulto. Segundo a teoria da equivalência das condições, a pancada é uma condição ‘*sinequa non*’ do prejuízo causado, pelo qual o seu autor terá de responder. Ao contrário, não haveria responsabilidade, em face da teoria da causalidade adequada.

Com isso, é possível identificar-se a nítida divergência existente no judiciário catarinense com relação ao abordado tema. Há variação no julgamento do mérito, a depender do órgão julgador. O tema nexo de

causalidade parece estar longe de ser entendido da mesma maneira pelos julgadores causando, assim, insegurança jurídica.

Analisar-se-á na sequência, os julgados do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

4.2.1 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim como o catarinense, pertence ao Poder Judiciário, conforme expresso no artigo 92, VII da Carta Magna (BRASIL, 2015 a) e reforçado pela Constituição do Estado do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2015 a), em seu artigo 91, I, reforça a menção já feita pela Constituição Federal de 1988, trazendo para tanto a seguinte redação:

Art. 91. São órgãos do Poder Judiciário do Estado:

I - o Tribunal de Justiça;

II - o Tribunal Militar do Estado;

III - os Juízes de Direito;

IV - os Tribunais do Júri;

V - os Conselhos de Justiça Militar;

VI - os Juizados Especiais e de Pequenas Causas;

VII - os Juízes Togados com Jurisdição limitada.

Parágrafo único. Os Tribunais de segunda instância têm sede na Capital do Estado e jurisdição em todo o território estadual.

Conforme informação do site oficial do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Poder Judiciário tem, como missão, prestar a devida tutela jurisdicional para toda a sociedade, sem qualquer distinção, de modo a levar a justiça a tempo e a modo necessário. Visa ainda atingir os mais altos níveis de satisfação para com a sociedade, distribuindo justiça de forma célere e eficiente, utilizando-se para tanto de mecanismos modernos para o cumprimento dos seus deveres (RIO GRANDE DO SUL, 2015 b).

Assim, para análise dos julgados, na apelação cível nº 70059971846 (RIO GRANDE DO SUL, 2014):

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. OMISSÃO DO ESTADO. HOMICÍDIO COMETIDO POR FORAGIDO DO SISTEMA ABERTO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. NEXO CAUSAL INEXISTENTE. Não existe, no contexto dos autos, demonstração cabal de nexo de

causalidade entre o evento danoso, morte do pai e companheiro dos autores, com eventual omissão do Estado, ainda que o autor do homicídio, à época, fosse foragido do sistema prisional. Hipótese em que o apenado cumpria pena no sistema aberto e, após dois meses de sua evasão, realizou disparos com arma de fogo contra o familiar dos autores, resultando em sua morte. NEGADO SEGUIMENTO À APELAÇÃO.

Trata-se de apelação cível, recurso este que, nas palavras de Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha (2013, p. 107) é o recurso por excelência, com o qual se questiona a sentença. Sentença essa que nega ou concede os pleitos jurisdicionais, observando ainda, que tal recurso pode ser interposto contra qualquer sentença, tenha ela apreciado o mérito ou não, conforme expresso no artigo 513, do CPC.

A apelação é tida como o recurso “por excelência”. Certamente por força de suas razões e desenvolvimento histórico, é a partir dela que a própria teoria geral dos recursos foi e pode ser construída. O Código de Processo Civil brasileiro, aliás, embora distinga as normas gerais (arts. 496 a 512), parece, por vezes, esquecer-se desta sua proposta e prever uma série de regras, claramente afetas à teoria geral, exclusivamente dentro do Capítulo dedicado à apelação (BUENO, 2011, p. 148).

O caso foi julgado pela 9ª Câmara Cível, tendo como relator o Desembargador André Luiz PlanellaVillarinho e, como apelantes os familiares da vítima do homicídio e, apelado o Estado do Rio Grande do Sul.

Foi negado provimento ao recurso sob o argumento de inexistência do nexo de causalidade entre a omissão estatal e o prejuízo causado a terceiro, retirando do ente público a obrigação de indenizar e mantendo a sentença de primeiro grau. Aplicou-se, mais uma vez, a teoria do dano direto e imediato.

Como já visto anteriormente, para tal teoria, causa seria tão somente o evento necessariamente ligado ao fato danoso, sendo assim, uma consequência direta e imediata, como a próprio nome já induz. Exemplo clássico é aquele em que Caio é ferido por Tício após uma partida de futebol, Caio é socorrido por Pedro, o qual conduz seu veículo em alta velocidade rumo ao hospital. Durante o trajeto, o veículo se acidenta e Caio vem a falecer. Aplicando-se referida teoria, não haveria que se falar em responsabilização de Tício, vez que seu ato determinou como efeito direto e imediato tão somente a

lesão corporal sofrida por Caio (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2013, p. 142 e 143).

Haveria, assim, uma causa relativamente independente superveniente, que rompeu o nexo de causalidade (TEPEDINO, apud, GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 143):

A causa relativamente independente é aquela que, em apertada síntese, torna remoto o nexo de causalidade anterior, importando aqui não a distância temporal entre a causa originária e o efeito, mas sim o novo vínculo de necessariedade estabelecido, entre a causa superveniente e o resultado danoso. A causa anterior deixou de ser considerada, menos por ser remota e mais pela interposição de outra causa, responsável pela produção do efeito, estabelecendo-se outro nexo de causalidade.

Conforme o próprio relator, Desembargador André Luiz PlanellaVillarinho, haja vista o grande lapso temporal entre a fuga e o cometimento do crime, não há que se falar em nexo de causalidade, apesar de o apenado, na data dos fatos, estar sob a guarda do Estado, o homicídio não foi decorrente da fuga nem, ao menos, logo após (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

Cita ainda a sentença de primeiro grau, que deixa bem nítida a posição adotada pelos julgadores (RIO GRANDE DO SUL, 2014):

O fato de o réu foragido, ou seja, que deveria estar sob a custódia do Estado, cometer crimes nessa condição não acarreta *tout courta* obrigação de o Estado indenizar os danos sofridos pelos atos ilícitos por ele perpetrados. Tudo vai depender da análise do caso concreto e das circunstâncias que o rodeiam, muito embora a primeira impressão ou impulso seja de jogar a responsabilidade em direção ao Estado. Como é cediço, tanto na responsabilidade civil objetiva, quanto na responsabilidade civil subjetiva, há a necessidade de comprovação do ato lesivo e o nexo causal deste com o resultado danoso. Não habita nenhuma dúvida da existência do resultado danoso, porquanto uma vida foi ceifada. Todavia, não vejo como responsabilizar o requerido pelo evento, já que não vislumbro nexo causal entre eventual omissão do Estado e o resultado descrito na inicial. Entendo que não se pode adotar neste caso a teoria da equivalência das condições (ou da *conditio sine qua non*) pelo perigo de conduzir a responsabilidade civil do Estado ao infinito ou mesmo de qualquer outra pessoa que não tenha nenhuma relação direta ou imediata com o ocorrido.

Vê-se então a resistência dos julgadores para com a aplicação da teoria da equivalência das condições. Todavia, vê-se, também, que estes

sequer citam a teoria da causalidade adequada, muito utilizada, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme é visto no julgado que segue:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CRIME PRATICADO POR DETENTO FUGITIVO DO SISTEMA PRISIONAL. INÉRCIA DO ENTE ESTATAL NA RECAPTURA DO APENADO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. PENSIONAMENTO. DEVER PERSONALÍSSIMO DO CAUSADOR DIRETO DO DANO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença de parcial procedência proferida nos autos desta ação de indenização por danos material e moral. Discute-se no feito a responsabilidade do Estado do Rio Grande pelo crime praticado por apenado foragido do regime semiaberto contra o cônjuge e genitor dos autores, que causou seu falecimento após ser atingido por dois disparos de arma de fogo, em 06.05.2000, quando tentava acalmar o presidiário que havia sido expulso do estabelecimento comercial da família pelo filho da vítima. DEVER DE INDENIZAR - Nas hipóteses de omissão do Poder Público aplica-se a teoria da responsabilidade civil subjetiva, exigindo-se, então, a comprovação da falha do ente público no dever de agir. *In casu*, a falha do Estado do Rio Grande do Sul restou evidenciada pela total inércia em recapturar o presidiário [...] O apenado evadiu-se da prisão em 05.08.1999 e o crime ocorreu em 06.05.2000, não tendo o ente público demonstrado a adoção de qualquer medida para recaptura do fugitivo. Apelo do ente público desprovido. Dever de indenizar mantido (RIO GRANDE DO SUL, 2015 c).

Também é recurso de apelação. Todavia, diferentemente do primeiro caso apresentado, o recorrente foi o Estado do Rio Grande do Sul, que já havia sido condenado em primeira instância, sentença mantida em grau de recurso, reconhecendo a responsabilidade estatal e condenado o ente público.

Uma breve lida na ementa do acórdão faz notar que, apesar de passados, aproximadamente, 9 meses entre a fuga e o novo crime, este lapso temporal não foi suficiente para romper o nexo de causalidade entre a omissão estatal e o dano, enquanto que no julgado anteriormente apresentado, houve lapso temporal bastante inferior – aproximadamente 2 meses – suficiente para o não reconhecimento da responsabilidade civil do ente público.

Aplicou-se a teoria da causalidade adequada que considera como causador do dano o fato que é apto a produzi-lo. Em havendo determinado dano, tem-se que analisar se o fato gerador em questão é capaz de originá-lo. Havendo relação entre a causa e o dano, considera-se que a causa como adequada para produção do efeito (GONÇALVES, 2013, p. 356).

O ponto central da teoria é o fato de que somente o antecedente apto, de forma abstrata, à determinação do resultado, é que será considerado como causador necessitando, para tanto, de um juízo de probabilidade por parte do julgador, que, valendo-se de sua experiência e capacidade analítica do caso concreto poderá considerar, ou não, a existência de nexo de causalidade (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2013, p. 142).

Percebe-se que o ponto central da discussão da responsabilidade civil do Estado nos casos de omissão é o nexo de causalidade, visto que o reconhecimento ou não deste é que determinará se haverá o dever de indenizar. Assim, evitando maiores delongas, até porque os julgados dos dois Tribunais são, par à par, no mesmo sentido, concluindo-se, então que muito há que se discutir sobre referido tema pois, até a presente data, não há qualquer uniformização.

Sabe-se que a teoria do dano direito e imediato ainda é prevalente nos julgados, fazendo com que, na maioria dos casos de omissão, o Estado ainda seja absolvido do dever de indenizar, demonstrando uma proteção em demasia do ente público sobre o particular, por vezes prejudicado. Todavia, é crescente o entendimento contrário, que aplica teorias mais modernas e de maior alcance, de modo a reconhecer que o Estado, ao não cumprir preceitos legais previamente definidos, torna-se conivente e responsável pelo cometimento de novos crimes, em destaque, aqueles que atentam contra a vida humana.

5 CONCLUSÃO

No primeiro capítulo, faz-se possível conhecer, ainda que de forma superficial, a história do instituto da responsabilidade civil do Estado, trazendo sua aplicabilidade no ordenamento jurídico nas mais antigas instituições, destacando também, sua história no direito brasileiro que, por ser mais recente, não vivenciou eras mais primordiais, onde o ente público sequer era responsabilizado.

Assim, sabe-se que o ordenamento jurídico pátrio não chegou a adotar teorias como a da irresponsabilidade estatal, sendo um direito tido como novo aos olhos da história. Nossos tribunais e textos legais sempre previram a possibilidade de condenar o Estado pelos danos causados a terceiro, ainda que, num primeiro momento, fossem aplicadas as teorias subjetivas.

Apresentam-se ainda outros institutos, costumeiramente utilizados no direito, como o nexa causal, que é o elo entre a eventual ação ou omissão do Estado e o dano sofrido por terceiro.

Já no segundo capítulo, estudou-se a definição de poder-dever, instituto aplicável aos entes públicos, os quais têm, na mesma medida, o poder de aplicar determinadas sanções e o dever de aplicá-las, visto que tais situações dizem respeito ao direito coletivo, social, que é irrenunciável.

Destacou-se, também, as formas de custódia, daqueles que, temporária ou provisoriamente, encontram-se com seu direito de ir e vir reduzido, ou, não raras vezes, totalmente subtraído, pelas mais diversas razões previstas no texto legal. Para tanto, abordou-se os diferentes tipos de prisão que traz nosso ordenamento jurídico, as quais, nas suas diferentes formas, transformam o cidadão livre em custodiado.

Desta feita, analisando institutos e desenvolvendo suas formas e aplicabilidades, chega-se ao tema proposto, qual seja, a possibilidade de condenação do Estado nos casos de crimes contra a vida praticados por custodiados que estejam foragidos do sistema prisional trazendo, para tanto, no terceiro capítulo, a análise jurisprudencial de 4 casos concretos, provenientes dos Tribunais de Justiça dos Estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

Conclui-se, assim, que referido tema vem sendo abordado nos tribunais de todo o país há algum tempo. Todavia, ainda encontra-se em constante discussão, visto a dificuldade de formular requisitos objetivos para reconhecimento desta responsabilidade. Um dos principais pontos de discussão está no reconhecimento, ou não, da existência de nexo causal entre a omissão do Estado e o dano causado e, em sendo o nexo causal elemento essencial para reconhecer a responsabilidade do Estado, ainda há grande divergência jurisprudencial.

Havendo comprovada ligação entre a omissão do Estado – o qual detém o poder-dever de manter os custodiados longe do convívio social, ainda que durante curto lapso temporal –, e o dano sofrido por terceiro, em especial neste caso, o dano contra a vida, terá o Estado o dever de indenizar na devida proporção.

Assim, não se deve discutir a ocorrência de culpa ou dolo do Estado, visto que tais elementos não diferenciam a responsabilidade do ente público, deve-se, sim, buscar a comprovação do nexo de causalidade existente entre a falta de conduta daquele que detém o poder-dever de custódia e o dano causado. Assim, sempre que comprovado o nexo causal entre a omissão e o crime contra a vida, haverá de ser o Estado condenado.

REFERÊNCIAS

BRASIL, 2015 a. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil, Promulgada em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 20/08/2015.

BRASIL, 2015 b. Código de Processo Penal de 1941. Código de Processo Penal da República Federativa do Brasil, Promulgado em 3 de Outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 03/09/2015.

BRASIL, 2015 c. Código Penal de 1940. Código Penal da República Federativa do Brasil, Promulgado em 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 15/09/2015.

BRASIL, 2015 d. Lei de Execução Penal de 1984. Lei de Execução Penal da República Federativa do Brasil, Promulgada em 11 de Julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 16/09/2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, 3ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2011.

CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado, 5ª Edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, 4ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2005.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, 21ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil, 11ª Edição, São Paulo, Ed. Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, Volume 2, 4ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. Tratado de Direito Administrativo, 7ª Edição, São Paulo, Ed. Forense, 1970.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 27ª Edição, São Paulo, Ed. Atlas, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, DA CUNHA, Leonardo Carneiro. Curso de Direito Processual Civil, 11ª Edição, Ed. Jus Podivm, 2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, Volume 7, 28ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2014.

ESTEFAM, André. Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 a 183), 2ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, Volume 3, 11ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2013.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 17ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, 8ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal, 11ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 30ª Edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 40ª Edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 31ª Edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal, 10ª Edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 13ª Edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal, 18ª Edição, São Paulo, Ed. Atlas, 2014.

PASTORE, Alfonso. O Iníquo Sistema Carcerário, Sociedade Brasileira x Preso, São Paulo, Ed. Loyola, 1989.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal Esquemático, 2ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2012.

RIO GRANDE DO SUL, 2014. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70059971846. Nona Câmara Cível. Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho. Julgado em 20/10/2014. Santo Ângelo/RS. Jurisprudência gaúcha. Disponível em:

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as

_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70059971846&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 15/10/2015.

RIO GRANDE DO SUL, 2015 a. Constituição Estadual de 1989. Constituição Estadual do Estado do Rio Grande do Sul, Promulgada em 3 de Outubro de 1989. Disponível em: <http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=jOK8zfzBfbE%3d&tabid=3683&mid=5358>. Acesso em: 22/09/2015.

RIO GRANDE DO SUL, 2015 b. Informativo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/sobre.html. Acesso em: 22/09/2015.

RIO GRANDE DO SUL, 2015 c. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70047178363. Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Sylvio José Costa da Silva Tavares. Julgado em 20/08/2015. Porto Alegre/RS. Jurisprudência gaúcha. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70047178363&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 15/10/2015.

SANTA CATARINA, 2014 a. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2013.007239-3. Primeira Câmara de Direito Público. Rel. Des. Paulo Henrique Moritz. Julgado em: 22/07/2014. Biguaçu/SC. Jurisprudência Catarinense. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do>. Acesso em 27/09/2015.

SANTA CATARINA, 2015 a. Constituição Estadual de 1989. Constituição Estadual do Estado de Santa Catarina, Promulgada em 05 de Outubro de 1989. Disponível em: http://www.ale.sc.gov.br/portal_ale/sc/sites/default/files/CESC_2013_67_e_68_emds.pdf. Acesso em: 28/09/2015.

SANTA CATARINA, 2015 b. Informativo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br/jur/estruturajudiciaria.htm>. Acesso em: 21/10/2015.

SANTA CATARINA, 2015 c. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Embargos Infringentes Nº 2002.003304-9. Grupo de Câmaras de Direito Público. Rel. Des. Luiz César Medeiros. Julgado em: 11/02/2015. Biguaçu/SC. Jurisprudência catarinense. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do>. Acesso em 25/09/2015.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil, 9ª Edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

TÁVORA, Nestor, ALENCAR, RosmarAntonni Rodrigues Cavalcanti. Curso de Direito Processual Penal, 9ª Edição, Salvador, Ed. JusPodivm, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, 13ªEdição, São Paulo, Ed. Atlas, 2013.