



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS III GUARABIRA-PB
CENTRO DE HUMANIDADES “OSMAR DE AQUINO”
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

SUZANETA SANTOS DA CUNHA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS CRIMES
COMETIDOS PELOS PRESOS BENEFECIADOS COM A
PROGRESSÃO DE REGIME PENAL**

GUARABIRA-PB
2014

SUZANETA SANTOS DA CUNHA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS CRIMES
COMETIDOS PELOS PRESOS BENEFICIADOS COM A
PROGRESSÃO DE REGIME PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Renan Aversari Câmara

GUARABIRA-PB
2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

C972r Cunha, Suzaneta Santos da

A responsabilidade civil do Estado pelos crimes cometidos pelos presos beneficiados com a progressão de regime penal [manuscrito] : / Suzaneta Santos da Cunha. - 2014.
27 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2014.

"Orientação: Prof. Esp. Renan Aversari Câmara, Departamento de Direito".

1. Responsabilidade. 2. Estado. 3. Regimes Penais. 4. Delito.
5. Indenização. I. Título.

21. ed. CDD 341.58

SUZANETA SANTOS DA CUNHA

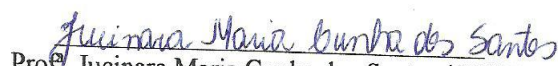
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS CRIMES
COMETIDOS PELOS PRESOS BENEFICIADOS COM A
PROGRESSÃO DE REGIME PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Bacharelado em Direito da
Universidade Estadual da Paraíba, em
cumprimento à exigência para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

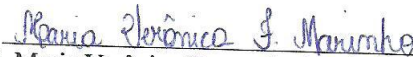
Aprovada em 1/08/2014.



Prof. Esp. Renan Aversari Câmara / UEPB
Orientador



Prof. Jucinara Maria Cunha dos Santos / UEPB
Examinadora



Prof. Maria Verônica Fernandes Marinho / UEPB
Examinadora

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS CRIMES COMETIDOS PELOS PRESOS BENEFICIADOS COM A PROGRESSÃO DO REGIME PENAL

SANTOS, Suzaneta Santos¹

RESUMO

Este trabalho irá abordar uma questão bastante debatida pelos meios midiáticos capaz de gerar dúvidas sobre aqueles que têm acesso a estes, que consiste no seguinte questionamento: O Estado é responsável pelos delitos praticados pelos presos beneficiados com a progressão de regime penal? Falha ou não na concessão de tais benefícios? Cabe indenização as vítimas pelos crimes por eles praticados? São apenas algumas indagações feitas pela população geral diante desses noticiários que todos os dias relatam ocorrências de crimes envolvendo aqueles que gozam de tal direito. O presente artigo irá analisar estes questionamentos a luz dos elementos e das teorias da responsabilidade civil estatal, fazendo uma breve leitura dos regimes penais, trazendo aspectos da lei de execuções penais e posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a incidência ou não de indenização as vítimas.

Palavras-chave: Responsabilidade. Estado. Regimes Penais. Delito. Indenização.

¹ Graduanda em Direito na Universidade Estadual da Paraíba, Campus III, Centro de Humanidades Osmar de Aquino.

ABSTRACT

This paper will address an issue much debated by media means capable of generating questions about those who have access to these, consisting of the following question: What state is liable for offenses committed by prisoners benefited from the progression of a criminal regime? Failed or not the granting of such benefits? It damages the victims for the crimes committed by them? Are just a few questions asked by the general population on these news reports everyday occurrences of crimes involving those who enjoy such a right. This article will examine these questions in light of the evidence and theories of state liability, doing a brief reading of criminal regimes, bringing aspects of the law of criminal executions and doctrinal and jurisprudential positions on the incidence or absence of compensation the victims.

Keywords: Responsibility, State, Criminal Schemes, Crime, Indemnity.

INTRODUÇÃO

As críticas ao nosso direito penal não são raras. Os noticiários vêm abordando cada vez mais, principalmente os sensacionalistas, a questão da falta de severidade de nosso sistema penal. Na população é inculcada a ideia de insegurança gerada com o aumento da violência e aí sem um estudo aprofundado, sem conhecimento de causa, coloca-se a culpa tão somente em nosso ordenamento jurídico ao se afirmar que as leis são brandas. Que se nossas normas fossem severas o coletivo só teria a ganhar, já que, as pessoas estariam livres do convívio com infratores não aptos a convivência social. A ocorrência de delitos seria menor, pois, é grande o índice de reincidência.

Sem discutir o mérito da criação de leis mais severas, se estas seriam mais eficazes, se inibiriam ou não a prática de ilícitos penais, pois, este não é o objeto deste trabalho, trataremos no presente, de alguns conceitos sobre os regimes de cumprimento de penas, progressão e regressão de regime, quais os requisitos previstos em lei para a concessão destes, a consequência legal em caso de descumprimento destas condições e a responsabilidade civil estatal. Ao final, será analisada a hipótese de recaimento ou não de indenização as vítimas.

A grande questão, ponto central deste artigo é se o Estado é ou não responsável pelos crimes cometidos na incidência do regime de progressão de pena previsto em lei aos presos. Tem ou não o dever de fiscalizar as ações dos beneficiados além do Estabelecimento Prisional, cabe ou não indenização as vítimas? O que dizem as teorias da responsabilidade civil e qual a aplicada ao Estado. Ao final serão demonstrados alguns julgados os quais demonstram o posicionamento dominante.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil normalmente é conceituada como a obrigação de reparar o dano causado a outrem. Podendo este, ser proveniente de uma atividade ilícita ou mesmo lícita de alguém. Pressupõe a prática de uma atividade danosa, conforme entendemos da leitura do art. 186 do Código Civil, mas, também pode surgir pela prática de um ato lícito, seja este decorrente de previsão legal e/ou risco da atividade desenvolvida, art. 927 da citada Lei.

Uma vez surgido o dano, o ideal seria estabelecer o *status quo ante*, o estado anterior das coisas, não sendo possível, a obrigação será convertida em uma indenização. Conforme bem assevera Filho e Gagliano (2011):

“Na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o *status quo ante*, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de compensação na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano”. (FILHO; GAGLIANO, 2002, p. 462)

Pode ser a responsabilidade civil contratual ou extracontratual, sendo a primeira decorrente do descumprimento de uma obrigação assumida entre as partes através de uma relação jurídica anterior ao dano. A segunda seria a decorrente de uma sujeição geral, imposta aos indivíduos.

Assevera Filho e Gagliano (2011):

“A depender, portanto, da natureza da norma jurídica violada pelo agente causador do dano, uma subdivisão – muito mais didática e legislativa do que propriamente científica – pode ser feita, subtificando-se a responsabilidade civil em: contratual e extracontratual ou aquiliana. Assim, se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator (caso do sujeito que bate em um carro), estamos diante da responsabilidade extracontratual, (...). Por outro lado, se, entre as partes envolvidas, já existia norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada neste contrato, estaremos diante de uma situação de responsabilidade contratual”. (FILHO; GAGLIANO, 2011, p. 58).

Os pressupostos da responsabilidade civil são considerados indispensáveis para a caracterização da mesma e a falta de um deles pode fulminar a pretensão reparatória. São estes: conduta voluntária positiva ou negativa, nexos de causalidade e dano.

A conduta humana voluntária positiva ou negativa é tida como um dos elementos essenciais da responsabilidade civil. O homem e apenas este pode ser responsabilizado pelos seus atos por si mesmo ou pelos praticados através de pessoas jurídicas.

Filho e Gagliano conceituam o segundo elemento (2011): “O dano ou prejuízo como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do agente infrator”. (FILHO; GAGLIANO, 2011, p. 78)

O dano com base no conceito acima extraído pode ser patrimonial ou personalíssimo, ensejando indenização por danos materiais ou morais. Note-se que, quando não é possível

avaliar pecuniariamente o dano, o correto será falar em compensação e não indenização, pois esta última se aplica aos casos em que é possível tal avaliação. No entanto, neste trabalho será utilizado o termo indenização para se referir a ambos os tipos de reparação, haja vista, assim encontrarmos nos livros. Apesar de correto, não ouvimos habitualmente falar em compensação por danos morais e sim indenização.

O último elemento essencial da responsabilidade civil seria o nexo de causalidade, que consiste no elo que une a conduta do indivíduo ao dano.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil estatal segundo o artigo 37, § 6 da Constituição Federal é objetiva e é constatada com a presença dos seguintes elementos: conduta positiva ou negativa do agente estatal, a ocorrência de um dano patrimonial ou extrapatrimonial e o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso. Segue a teoria da causalidade adequada que por vezes é confundida conceitualmente com a da causalidade direta e imediata. Assim, algumas vezes vemos mencionar uma, por vezes a outra, tudo para afirmar que só pode ser imputado algo a alguém que lhe deu causa, sendo considerado causa, a condição que originou direta e concretamente o dano.

Art. 37 da Constituição Federal, in verbis:

“§ 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”. (Vade Mecum Acadêmico de Direito, Constituição Federal , 2011 p. 40)

Celso Antônio Bandeira de Melo descreve a responsabilidade civil estatal:

“Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”. (MELO, 2010, p. 993)

O autor alerta ainda para o fato de não se confundir a responsabilidade do Estado com a obrigação do Poder Público de indenizar os particulares nos casos em que a ordem jurídica lhe confere o poder de investir diretamente contra o direito de terceiros, casos em que os interesses privados são sacrificados e convertidos respectivamente em seu valor patrimonial.

Renato Alessi² (1955), citado por Celso Antônio Bandeira de Melo (2010, p 994):

“Só cabe falar em responsabilidade, propriamente dita, quando alguém viola um direito alheio. Se não há violação, mas apenas debilitamento, sacrifício de direito, previsto e autorizado pela ordenação jurídica, não está em pauta o tema responsabilidade do Estado”.

A responsabilidade civil estatal difere da prevista pelo direito privado, sendo regulada por regras diversas das previstas pelo direito civil, no tocante a responsabilização do Estado esta é extracontratual sendo decorrente da violação de um dever geral.

A responsabilidade civil do Estado via de regra, surge com um dano causado por um agente da administração no exercício de suas funções, podendo o prejuízo ser patrimonial, moral ou estético. O agente estatal é considerado hoje como a própria administração em atuação, dessa forma, os atos praticados pelo mesmo são tidos como praticados pela administração.

3. EVOLUÇÃO DAS TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado é orientada pela teoria objetiva, no entanto houve uma evolução passando-se por diversas teorias até se chegar ao estágio atual. Vejamos:

3.1 TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE ESTATAL

Essa teoria como o nome já nos leva a imaginar pregava a falta de responsabilidade do Estado pelos seus atos, fundamentando-se na ideia que este exercia um poder que não poderia sofrer contestações, um poder divino e soberano. Esta teoria teve força no período absolutista no qual o rei não dava satisfação de seus atos, baseando-se seus poderes numa concepção de origem divina. Os danos originários da atuação estatal não poderiam ensejar indenizações, conforme preleciona Alexandre Mazza (2014):

“Os governantes eram considerados“ representantes de Deus na terra”, escolhidos e investidos diretamente pela própria divindade. Por isso, eventuais prejuízos causados pelo Estado deveriam ser atribuídos à providência divina e, se Deus não erra, o atributo da inerência se estendia aos governantes nomeados por ele.” (Mazza, 2014, p.340)

² Ob. Cit., 3ª ed., Milão, Giuffrè, 1955 e ss.

O declínio desta teoria ocorreu com o surgimento das ideias revolucionárias da Revolução Francesa, com a queda do regime absolutista e ascensão do ideal liberal. O surgimento da responsabilização estatal decorreu de uma abertura, da evolução de um Estado que não dava satisfação de seus atos para uma nova concepção, conhecida como teoria do fisco³. Antônio Lago Junior (2001) citado por Filho e Gagliano (2011, p.231) esclarece:

“A jurisprudência foi responsável pela transformação deste estado de coisas, ao perceber que o Estado, nas suas diversas formas de atuação, poderia ser percebido de duas formas: ou a Administração atuava exercendo o seu ‘jus imperii’ e, nesses casos procedia na qualidade de Estado no exercício de seu poder soberano; ou, por outro lado, atuava na gestão de seus negócios, exercendo atos ‘atos iure gestionis’, pelo que se igualava ao indivíduo comum. A partir dessa concepção bipartida, admitia-se que, no primeiro caso, a Administração Pública era imune; no segundo, atuando de igual sorte que o particular, sujeitava-se a reparação dos danos que eventualmente causasse a outrem. (JÚNIOR, 2001, p. 71-2).

3.2 TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

A teoria da responsabilidade subjetiva foi a primeira a tentar explicar a responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes de sua atividade. Esta teoria fundamentava-se na existência do elemento anímico culpa, em sentido amplo, do agente estatal. Sendo necessário tal elemento, para a configuração da responsabilidade.

3.2.1 TEORIA CIVILISTA

A teoria subjetiva se desdobrava em algumas vertentes, uma delas conhecida como culpa civilista, reconhecia o agente da administração como um representante do Estado e não o próprio Estado, dessa forma, a responsabilidade estatal seria indireta.

Sobre essa teoria Alexandrino e Paulo asseveram (2011):

“Essa doutrina influenciada pelo liberalismo, pretendeu equiparar o Estado ao indivíduo, sendo, portanto, obrigado a indenizar os danos causados aos particulares nas mesmas hipóteses em que existe tal obrigação para os indivíduos”. (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 752)

3.2.2 TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA

³ A teoria do fisco pregava que o patrimônio público não pertencia nem ao governante nem ao Estado e sim ao Fisco

Outra vertente seria a Teoria da culpa administrativa, a qual representou uma transição entre a responsabilidade civil estatal com culpa e a responsabilidade objetiva. Nesta, o agente público já não era um representante da administração, mas o próprio Estado atuando. Dessa forma, a responsabilidade civil estatal seria direta. Assevera Ana Cecília Rosário Ribeiro (2003):

“O surgimento dessa teoria, a responsabilidade estatal deixa de ser indireta (teoria da culpa civilista), passando a ser direta. Agora, basta que o particular demonstre o dano, o comportamento do funcionário e o nexo de causalidade entre ambos, posto que o agente é considerado instrumento do Estado, agindo por conta e em razão deste. Com isto, resta evidente a influência da teoria organicista, pela qual o ato do funcionário passou a ser compreendido como ato da administração. (Ribeiro, 2003, p.24)

Para esta teoria, se houver falta do serviço estatal está caracterizada a culpa da administração, independente de se aferir o elemento subjetivo do agente estatal, basta, além dos elementos essenciais da responsabilidade civil, se configurar a omissão estatal, que possuía um dever de agir e não o fez se tivesse agido potencialmente teria evitado o dano.

A falta administrativa comumente é identificada levando-se em consideração três aspectos, um deles seria a falta do serviço em si, a inexistência do mesmo, o mau funcionamento deste e ainda seu funcionamento atrasado. É o que podemos depreender da leitura da obra de Alexandrino e Paulo (2011): *A culpa administrativa pode decorrer de uma das três formas possíveis de falta do serviço: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço.* (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 753).

Para satisfazer sua pretensão reparatória o indivíduo lesado deverá comprovar o dano.

3.3 TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

A teoria objetiva prescinde de qualquer demonstração de culpa do agente estatal, basta apenas à configuração dos elementos essenciais da reponsabilidade civil para que a responsabilização do Estado esteja caracterizada. O exame da culpa, em sentido amplo, englobando dolo ou culpa, fica para o campo da ação regressiva, movida pelo Estado contra o agente público, após indenização paga a vítima, em caso de eventual condenação.

Conforme depreende Alexandre Mazza (2014): “*Via de regra, a adoção da teoria objetiva transfere o debate sobre culpa ou dolo para a ação regressiva a ser intentada pelo Estado contra o agente público, após condenação estatal na ação indenizatória*”. (MAZZA, 2014, p. 342, grifos do autor).

Assim como na teoria subjetiva a teoria objetiva se desdobra em variáveis, sendo duas, as teorias do risco integral e do risco administrativo.

3.3.1 TEORIA DO RISCO INTEGRAL

Por essa teoria todo e qualquer dano proveniente da atuação da administração, seria de sua responsabilidade, desde que presentes os elementos da responsabilidade civil, independente de falta do serviço público ou de culpa do agente, também não admitia a incidência de nenhuma das causas excludentes da responsabilidade civil.

Nas palavras de Filho e Gagliano (2011):

“De fato, a sua aplicação levaria a reconhecer a responsabilidade civil em qualquer situação, desde que presentes os três elementos essenciais, desprezando-se quaisquer excludentes de responsabilidade, assumindo a Administração Pública, assim, todo o risco de dano proveniente de sua atuação”. (FILHO; GAGLIANO, 2011, p. 237).

Tratasse de uma teoria radical que não vislumbra outra forma que não seja a responsabilização do Estado pelos danos decorrentes de sua atuação de modo genérico. Dessa forma, mesmo que a culpa fosse exclusiva do particular haveria a obrigação de indenizar por parte do Estado. Há aí uma grande possibilidade de desvios.

3.3.2 TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

A teoria do risco administrativo admite a responsabilização da administração pelos danos decorrentes de sua atuação, desde que presentes os elementos da responsabilização do Estado. Não sendo necessária a configuração da falta do serviço público ou culpa do agente. Esta teoria admite a incidência das causas excludentes da responsabilidade civil.

Nos casos em que a vítima exclusivamente ocasionou o dano ou concorreu para o mesmo, hipóteses nas quais o Estado pode se eximir da obrigação de indenizar ou ter uma amortização em sua responsabilização respectivamente, isto é, reduzir até a proporção da participação da vítima, o valor da indenização. Nos dois casos, cabe ao Estado comprovar a culpa do particular.

Corroboram as palavras de Sílvio de Salvo Venosa (2001):

“Surge a obrigação de indenizar o dano, como decorrência tão só do ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige falta do

serviço nem culpa dos agentes. Na culpa administrativa exige-se a falta do serviço, enquanto no risco administrativo é suficiente o mero fato do serviço. A demonstração da culpa da vítima exclui a responsabilidade civil da Administração. A culpa concorrente, do agente e do particular, autoriza uma indenização mitigada ou proporcional ao grau de culpa”. (VENOZA, 2001, p. 275-6).

Nosso ordenamento adotou a teoria do risco administrativo, porém a teoria da culpa administrativa será aplicada nos casos envolvendo omissão da administração e também nas ações regressivas manejadas pelo Estado contra os agentes públicos quando estes causarem no exercício de suas funções dano ao particular por dolo ou culpa.

Assim, podemos concluir que apesar de nosso ordenamento adotar a teoria objetiva, a teoria subjetiva continua sendo aplicada nos casos acima mencionados.

4. REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Em nosso ordenamento são três os regimes de cumprimento de pena: fechado, semiaberto e aberto. Devendo a pena de reclusão com base no artigo 33 do Código Penal, ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, enquanto que na detenção o regime inicial de cumprimento de pena será aberto ou semiaberto. Apesar de a lei não prever regime inicial fechado para os punidos com pena de detenção, isso não significa que os mesmos não possam ir para o regime fechado, estes podem, por meio da regressão. O que a lei quis dizer é que o regime inicial será semiaberto ou aberto, mas nada impede que a pena possa ser cumprida no fechado, como já foi dito, em caso de regressão.

O nosso Código Penal prever ainda em seu art. 33, § 2º, que o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado, já o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá desde o princípio cumpri-la em regime semiaberto e o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

O regime fechado é aquele cuja pena é cumprida em estabelecimento de segurança máxima ou média, o semiaberto é aquele cuja pena é cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e regime aberto aquele no qual a execução da pena se dar em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Quando o preso possui várias condenações por mais de um crime no mesmo processo ou em processos distintos, o juiz da execução irá somar as penas para determinar o regime de cumprimento. Se no curso da execução sobrevier condenação, somar-se-á a pena ao restante

que está sendo cumprida, para a determinação do regime.

Sobre a matéria preleciona Renato Marcão (2014):

“É necessário, entretanto, que o réu tenha sido condenado por outro crime, não bastando a simples instauração de outro processo. Assim, réu condenado a regime prisional semiaberto não pode cumprir pena em regime fechado, mesmo estando processado por outro crime”. (MARCÃO, 2014, p. 157).

4.1 PROGRESSÃO DE REGIME

A Lei de execução penal em seu art. 112, *in verbis*:

“Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão”. (Vade Mecum Acadêmico de Direito, Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984, 2011 p. 892)

A decisão que conceder ou negar a concessão deste benefício deverá sempre ser motivada e precedida de manifestação do MP.

O art. 112 da Lei de Execução Penal traz os requisitos objetivo e subjetivo para a transição do regime mais severo para o menos severo. O requisito objetivo consiste no cumprimento de 1/6 da pena. Enquanto que o subjetivo consiste no bom comportamento do apenado.

Renato Marcão posiciona (2014):

“Na redação antiga, além do requisito objetivo (cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior), o art. 112 exigia expressamente a comprovação de mérito para a progressão, devendo a decisão do juízo ser motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação ou a exame criminológico, quando necessário. Embora agora a lei não mais exija expressamente a comprovação de mérito, tampouco condicione a progressão ao parecer da Comissão Técnica de Classificação ou a exame criminológico, ao contrário do que muitas vezes se tem sustentado, mesmo após o advento da Lei n. 10.792/2003 continuamos entendendo que o direito à progressão ainda repousa no binômio tempo e mérito”.(MARCÃO, 2014, p. 159).

O exame criminológico deixou de ser exigido expressamente, passando-se agora, sua

realização, para o campo da necessidade. Este é também o entendimento de nossos tribunais superiores, STJ e STF.

A realização do exame criminológico deixou de ser obrigatória, porém, para a concessão da progressão é necessário à emissão de um atestado de bom comportamento carcerário, demonstrando aptidão subjetiva do preso para a transição de regime, o que significa em outras palavras que o preso é “merecedor” da progressão. Se não o for não terá direito a ela.

O preso pode revelar inaptidão subjetiva para a progressão de regime ao praticar falta grave, neste caso, o lapso temporal é interrompido, passando-se assim, a uma nova contagem para a concessão do benefício, tomando por base a nova data.

Marcão(2014, p.160)A fração de um sexto da pena, requisito objetivo deve recair sobre o restante da pena e não sobre sua totalidade, pena cumprida é pena extinta. Assim, se o condenado já cumpriu um sexto da pena em um regime, para ter direito a uma nova progressão este terá de cumprir mais um sexto da pena restante e não da pena geral. Não deixar de observar que o requisito objetivo para os crimes hediondos e assemelhados será de cumprimento de 2/5 da pena se for primário, e 3/5 se reincidente.

Um requisito específico trata dos crimes contra a administração pública, este condiciona a progressão do regime de cumprimento de pena à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado. Apesar de tal condicionamento, havendo impossibilidade de reparação do dano, a progressão deverá ser concedida, sendo a questão patrimonial reclamada no âmbito cível.

4.1.2 FALTA DE ESTABELECIMENTO ADEQUADO

Esta é uma questão tormentosa, que revela o grande distanciamento entre o objetivo das normas de execução e as internacionais sobre a matéria e a realidade dos fatos.

Renato Marcão (2014) ao tratar a matéria afirma:

“Avultam as deficiências, que passam pelo despreparo do pessoal penitenciário e culminam com a reinante ausência de vagas em estabelecimentos adequados. Bem por isso a execução não tem proporcionado o alcance de algumas das finalidades de pena privativa de liberdade defendidas pela doutrina, notadamente a ressocialização.” (MARCÃO, 2014, p. 173).

De acordo com a CF de 1988 configura constrangimento ilegal manter um sentenciado

em um regime penal mais severo quando o mesmo faz jus a um menos rigoroso. Dessa forma, se contrapondo ao inciso XLIX do art. 5º da CF que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral. O inciso XLVIII do mesmo artigo dispõe sobre a pena que deverá ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

Assim, percebemos que na falta de estabelecimento adequado não pode o Estado colocar os presos que, por exemplo, gozam do regime semiaberto, sendo para tanto cumprida a pena em colônia agrícola, no mesmo ambiente que os que estão no regime fechado, cujo cumprimento de pena se dar em estabelecimento de segurança máxima e média.

A desídia do Estado não pode punir o executado que goza de um direito constitucional. Dessa forma, se o preso adquiriu o benefício da progressão do regime fechado para o semiaberto e não havendo vagas em colônias agrícolas, algumas decisões têm admitido excepcionalmente o recolhimento domiciliar, para não punir o beneficiado com um regime mais gravoso, ante a deficiência do Estado. Demonstrando um posicionamento contrário Renato Marcão (2014):

“No que tange ao regime semiaberto, a ausência momentânea de vaga em colônia agrícola, industrial ou similar deve ser erigida à condição de motivo de força maior a justificar permanência temporária na modalidade mais gravosa, até que sejam esgotadas as tentativas de transferência para estabelecimento adequado”. (Marcão,2014, p.175).

Para o autor não se trata de constrangimento ilegal uma vez que a situação é transitória, perdurando apenas até o surgimento de vaga, e o condenado ao praticar a conduta delituosa sabia do risco e o assumiu.

No tocante ao regime aberto não havendo vagas nas casas de albergues ou estabelecimento adequado, o cumprimento da pena se dará em domicílio. Fugindo das hipóteses previstas pelo art. 117, da Lei 7.210/84 e seu incisos I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; e IV - condenada gestante. Com o fim de, como já foi dito, não sacrificar uma garantia constitucional em decorrência de uma falha estatal.

4.2 REGRESSÃO DO REGIME PENAL

Consiste a regressão em processo inverso ao da progressão. Nesta última, o preso devido ao mérito que possui somado é claro ao lapso temporal faz jus à progressão, avançando do regime mais severo ao menos, contudo, se o apenado demonstra ausência de

bom comportamento ele irá regredir do menos severo ao mais.

Bem ilustra Renato Marcão (2014):

“Se por um lado o mérito do condenado, detectado no cumprimento da pena, autoriza a progressão até que alcance a liberdade definitiva, a ausência de mérito é causa determinante de sua regressão, que implicará a ordem inversa da progressão. Vale dizer: a regressão acarreta o ingresso no regime semiaberto, estando o condenado no aberto, ou no fechado, se na ocasião se encontrar no regime intermediário ou semiaberto”. (MARCÃO, 2014, p. 193).

A regressão assim como na progressão deve obedecer a uma ordem. Qual seja do regime aberto para o semiaberto e deste para o fechado. Não se admitindo a regressão por salto.

4.2.1 REQUISITOS DA REGRESSÃO DE REGIME

Os requisitos para a regressão estão previstos no art. 118 da Lei de execução penal, quais sejam: I- praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; II – sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime. Em seu §1º afirma que o condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta. O §2º por sua vez, preceitua que nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, o condenado deverá ser ouvido previamente.

O condenado poderá regredir ainda, caso descumpra os deveres previstos no art. 146 da LEP, que se refere à violação de regras relacionadas com o monitoramento eletrônico.

Segundo Marcão(2014) sem incorrer em violação ao princípio da presunção de inocência, o inciso I do art. 114 da LEP afirma que apenas a prática de fato definido como crime doloso, enseja a regressão, não sendo necessária a condenação por tal fato, apenas a prática. Não se enquadrando pela leitura deste disposto a prática de crime culposo ou de contravenção penal.

O art. 50 da LEP, considera como falta grave: I- incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II- fugir; III- possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV- provocar acidente de trabalho; V- descumprir no regime aberto as condições impostas; VI- inobservar os deveres previstos nos

incisos II e V do art. 39 desta lei; e VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. A fuga do preso resulta em falta grave, inclusive se ele se aproveita da concessão do benefício da saída temporária.

Se o executado sofrer condenação por crime anterior, cuja soma desta, ao restante da pena em execução tornar incabível o regime, então haverá a regressão. Conforme já foi pontuado anteriormente. Nas lições de Renato Marcão (2014) *“Resulta de tais disposições que o regime de cumprimento de pena só será determinado após a soma das penas, não prevalecendo o regime isolado de cada uma delas”*. (MARCÃO, 2014, p. 196).

Por frustrar os fins da execução, atentaremos apenas para o previsto no art. 1º da LEP, que trata do objetivo ou finalidade da execução penal, que consiste em efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Desse modo, qualquer prática tendente a violar tal objetivo é considerada suficiente para a regressão.

No tocante ao não pagamento (podendo efetuar o mesmo) da multa cumulativamente imposta preleciona Renato Marcão:

“O não pagamento injustificado da pena de multa cumulativamente imposta (privativa de liberdade + multa) determinava a regressão do regime aberto para o semiaberto. Contudo, tal situação não mais persiste após o advento da Lei 9.268/96, de 1º de abril de 1996”. (MARCÃO, 2014, p. 198).

Por fim, no regime semiaberto o juiz poderá ao conceder a saída temporária determinar a fiscalização do condenado através de monitoramento eletrônico. Este por sua vez, terá uma série de deveres previstos em lei a cumprir, caso haja a violação injustificada e provada destes deveres, o preso poderá regredir de regime, se a simples advertência escrita não se mostrar suficiente.

5.O ESTADO COMO GARANTIDOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado tem uma série de objetivos a cumprir, previstos em sua Constituição e em suas leis, este, tem de concretizar valores, consagrados como fundamentais. Do contrário, se falha nesta efetivação gera um descrédito social, quanto a sua finalidade.

Diante de um histórico castrense de violação de importantes direitos fundamentais

nossa última constituição evidenciou metas a serem atingidas pelo Estado o que o consagrou como garantidor de direitos e garantias fundamentais.

Pedro Lenza ensina (2009):

“O constitucionalismo contemporâneo está centrado naquilo que Uadi Lammêgo Bulos chamou de totalitarismo constitucional, consectário da ideia de constituição programática [...]. Fala-se em totalitarismo constitucional na medida em que os textos sedimentam importante conteúdo social, estabelecendo normas programáticas (metas a serem atingidas pelo Estado, programas de governo) [...], Essa concepção de dirigismo estatal [...] tende a evoluir para uma perspectiva de dirigismo comunitário, [...] que busca difundir a ideia de proteção aos direitos humanos e propagação para todas as nações”. (LENZA, 2009, p.7).

O Estado que em outro momento histórico tutelava apenas os direitos mínimos, passou a regular uma gama de novos direitos, não só os individuais como os coletivos e sociais.

Assim, é justamente neste aspecto de um Estado protecionista e garantidor de direitos que adentramos nos direitos conquistado pelos presos, previstos, no art. 5º, incisos XLVIII e XLIX que já foram explanados em tópico anterior sendo importante ressaltar seu status constitucional.

5.1 RESPONSABILIDADE ESTATAL PELA PRÁTICA DE DELITOS PELOS PRESOS BENEFICIADOS COM A PROGRESSÃO DE REGIME PENAL

Quando dentro de um estabelecimento prisional um condenado mata outro, sabemos que o Estado é responsável pelo ocorrido, pois, estes estão sobre a sua tutela. Mas e quando eles estão fora da penitenciária. O Estado também é responsável pelos seus atos?

No tocante aos danos causados pelo Estado através de conduta positiva a jurisprudência é unânime ao afirmar que a teoria incidente será a objetiva, todavia não é pacífico o entendimento sobre a responsabilidade decorrente de ato omissivo, se recairá a teoria objetiva ou subjetiva. Todavia, parece que um caminho vem sendo traçado pela jurisprudência, orientada pela doutrina. Sobre a matéria Alexandre Mazza (2014) afirma:

“Aos danos por omissão, da forma tradicional de pensar a responsabilidade estatal, Celso Antônio **Bandeira de Melo** vem sustentando há vários anos **que os danos por omissão submetem-se a teoria subjetiva**. Atualmente, é também o entendimento adotado pelo **Supremo Tribunal Federal** [RE 179.147] e pela **doutrina majoritária**”. (MAZZA, 2014, p.353-4, grifos do autor).

O entendimento de que o Estado não é responsável pelos crimes cometidos pelos beneficiados com a progressão de regime penal, se deve ao fato de ser o benefício um direito público subjetivo do preso. Conforme preleciona Renato Marcão (2014):

“A progressão de Regime Prisional, desde que satisfeitos, os requisitos legais, é um direito público subjetivo do sentenciado. Integra-se ao rol dos direitos materiais penais. Importa ressaltar, contudo, que em sede de progressão de regime vigora o princípio *in dubio pro societate*” (MARCÃO, 2014, p. 159)

Não cabe ao juiz de execução penal juízo de conveniência e oportunidade, o benefício deve ser concedido, uma vez presente os requisitos legais. A não concessão caracteriza constrangimento ilegal ensejando a responsabilidade estatal. Havendo negativa caberá *habeas corpus*.

Não pode o juiz alegar que o preso não pode progredir por existir um risco social genérico de ele voltar a praticar um delito. Como já foi dito, trata-se de um direito subjetivo, de proteção constitucional, cuja violação ofende a dignidade da pessoa humana. Se o magistrado agir dessa forma estará violando a integridade moral, ensejando deste modo a responsabilização civil do Estado.

A não colocação em liberdade, viola também a Convenção Americana sobre os Direitos humanos, que foi integrada ao Direito Pátrio por força do decreto nº 678, de 06 de novembro 1992, que traz em seu artigo 7º, item 2, que ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas Leis de acordo com elas promulgadas.

Diferente modo, se o condenado estiver dentro do estabelecimento prisional, estará este, sobre a tutela do Estado, devendo assim, este último zelar pela sua integridade física e moral. Os delitos praticados pelos presos dentro de presídios serão de responsabilidade do Estado, na modalidade risco administrativo. Vejamos:

APELAÇÃO Indenização por danos morais e materiais Morte Detento, genitor das autoras, que veio a falecer vítima de ferimentos a faca, em interior de presídio - Nexo de causalidade configurado Omissão do Poder Público no cumprimento de seu dever de garantir aos presos, sob sua custódia, a incolumidade física Falha no dever de vigilância - Responsabilidade da Administração Pública pela omissão Indenização por danos materiais e morais devida às filhas do falecido, mas indevida a ex-companheira, que deixou de conviver com ele, antes da morte - RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO PARA JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE A DEMANDA.

1. O Estado tem o dever de garantir a incolumidade física do preso sob sua custódia art. 5º, XLIX, da Constituição Federal.
2. Havendo nexos causal entre a conduta negligente do Poder Público, no cuidado e vigilância com os presos recolhidos em estabelecimento prisional, e o assassinato de um detento por outro, configura-se a responsabilidade civil da Administração Pública, para indenização das filhas menores do falecido, por danos materiais e morais. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1322595320078260053 SP 0132259-53.2007.8.26.0053, 1ª Câmara de Direito Público Relator: Vicente de Abreu Amadei, Ac. de 07/08/2012, DJE de 08/08/2012).

Não cabe ao Estado a fiscalização do beneficiado, pois, se o mesmo preencheu os requisitos objetivo e principalmente subjetivo é porque ele tem condições de ser restabelecido a sociedade. O Estado deve apenas vigiar se o apenado está cumprido com as obrigações que lhe foram impostas se ele continua fazendo jus ao benefício, como por exemplo, se cumpre os horários de comparecimento ao estabelecimento estando no regime semiaberto.

Se, estando em dia com seus deveres, o beneficiado comete um delito, não haverá, a priori, nexos de causalidade, pois, este estará no exercício de seu direito subjetivo. Não caberá indenização.

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. CRIME COMETIDO POR CONDENADO EM REGIME SEMIABERTO. FUGA DO PRESO. I – Ausente a responsabilidade civil do Estado pelos danos materiais e morais decorrentes de homicídio cometido por apenado em regime semiaberto durante sua jornada de trabalho em estabelecimento comercial situado fora do complexo penitenciário. II - A fuga do condenado ocorreu posteriormente ao crime, não havendo nexos causal entre os danos sofridos e a eventual omissão estatal em evitar a fuga de detentos. III – Apelação desprovida”. (DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº. 20120110935354 DF 0004922-44.2012.8.07.0018, 6ª Turma Cível, Relator: Desª Vera Andrichi, Ac. de 26/03/2014, DJE de 08/04/2014, Pag. 235).

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. INCIDENTE CAUSADO PELA FUGA DE APENADO DO REGIME SEMIABERTO. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO DEMONSTRADO.

A responsabilidade do Estado por apenado no regime semiaberto ou em fuga é subjetiva sendo necessário que se comprove o nexos de causalidade entre a omissão do réu e o dano causado pelo condenado.

No caso dos autos, não restou demonstrado o descaso da administração carcerária com a situação do foragido, não sendo possível cogitar da falta de proficiência em sua recondução ao cárcere, em uma imediação temporal razoável.

Ademais, o regime semiaberto caracteriza-se justamente pela ausência de vigilância ininterrupta do apenado. Assim, ausente à alegada omissão do ente público. Apelação não provida”. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, APC. nº 70049763030, 10ª Câmara Cível, Relator: Des. Túlio de Oliveira Martins, Ac. de 29/11/2012.).

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ESTADO. LATROCÍNIO. PRESO. REGIME SEMIABERTO. A responsabilidade civil do Estado é objetiva, conforme disposto no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, devendo ser examinados os fatos, o nexos de causalidade e o dano. No caso, os autores do fato criminoso cumpriam pena em regime aberto. O ocorrido no caso em exame não vincula a **responsabilidade** do

Estado ou do Município, no qual era cumprida atividade externa. Ausente à omissão ou falha no serviço público. Apelação não provida”. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Apelação Cível. nº 70055117386, Décima Câmara Cível, Relator: Marcelo Cezar Muller, Ac. de 29/08/2013.).

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE DELITO COMETIDO POR APENADOS QUE CUMPRIAM PENA EM REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO DO ESTADO.

O Estado pode vir a ser responsável civilmente por ato de apenados em regime semiaberto se configurada a sua omissão, quando, por exemplo, os presos, sob a guarda do Estado, encontram-se foragidos. Caso concreto, no qual, o delito foi cometido antes dos apenados serem tidos por foragidos, de modo que o Estado não pode ser responsabilizado pelos atos que vierem a ser praticados no cumprimento da pena em regime aberto ou semiaberto. Precedentes. Embargos de Declaração desacolhidos”. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Embargos de Declaração nº 70041926056, 10ª Câmara Cível, Relator: Ivan Balson Araújo, Ac. de 28/04/2011)

Contudo, se o Estado quedar-se inerte, não exercer a vigilância quanto ao cumprimento dos deveres inerentes ao preso, e este cometer um delito, dessa forma, poderá haver nexos causal, entre a omissão caracterizada do Estado e o resultado danoso. E assim, estará configurada a responsabilidade civil do Estado. O ônus da prova de que a omissão do Estado ocasionou o dano caberá sempre à vítima. Vejamos o trecho de uma decisão do STJ sobre um recurso especial:

“RECURSO ESPECIAL Nº 1.191.890 - RS (2010/0077235-9) Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art.1055,III, a e c, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 167, e-STJ):

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS.

LATROCÍNIO. PRATICADO POR APENADO EM REGIME SEMIABERTO. NEXO DE CAUSALIDADE CARACTERIZADO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS FATOS DESCRITOS NA INICIAL

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

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENTE PÚBLICO POR OMISSÃO. FAUTE DU SERVICE. A parte autora sustenta a pretensão reparatória, em virtude da omissão do Estado em razão da falha ou deficiência na prestação da segurança pública e vigilância dos detentos. Neste caso, afastada a hipótese de responsabilidade objetiva, emerge a responsabilidade subjetiva do Estado, a teor do art. 186 do Código Civil. Incide, portanto, o princípio geral da culpa civil, nas modalidades de imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou o dano, daí exigir-se a prova da culpa da Administração – faute du service. 3. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENTE PÚBLICO. A responsabilidade do Estado, por negligência, diante das circunstâncias do caso concreto, está configurada porque, ao que se depreende das informações fornecidas pela Superintendência dos Serviços Penitenciários, o apenado descumpria reiteradamente com os requisitos inerentes ao regime de que desfrutava no momento do delito motivador da presente demanda, empreendendo inúmeras fugas, no total de cinco durante o período em que se encontrava recluso para cumprimento de pena

(com início em 06/11/2000 e término em 25/11/2011). Ora, em face disso, é inadmissível que o Estado já não tivesse providenciado meios para, ao menos, realizar um acompanhamento mais rigoroso com o apenado ou, então, se preenchidos os requisitos, fazer uma regressão para uma modalidade de regime prisional mais severa para evitar que, v.g., ao seu bel-prazer o condenado fugisse, e após, um certo espaço de tempo, simplesmente, voltasse espontaneamente – como se o retorno ao estabelecimento em que cumpria pena fosse uma ação que estivesse, apenas, sob sua vontade. É clara, portanto, a conduta negligente do ente público, porquanto, ademais, não comprova que houve tentativas de aprisionamento, levando em conta que o apenado só fora capturado porque se envolveu em outro delito na cidade de Cachoeira do Sul sendo preso em flagrante, onde estava residindo após a fuga em 09/08/2006. Dessarte, in casu, as reiteradas evasões do sistema penitenciário pelo apenado (no total de cinco), sem que qualquer sanção fosse aplicada pelas autoridades responsáveis; a negligência do Estado na vigilância do condenado; bem como o curto espaço de tempo entre a data do fato e a fuga (40 dias), caracterizam o nexo de causalidade entre o ato omissivo do ente público e os danos provocados pela conduta do condenado, que culminou no latrocínio do filho dos apelantes. Precedente do Eg. Supremo Tribunal Federal.

4. DANO MORAL CARACTERIZADO. Inquestionável o abalo psíquico e transtornos emocionais por que passaram os autores em razão do latrocínio de seu filho nas circunstâncias narradas. A parte demandante, pois, busca a indenização pelos transtornos advindos da falha do serviço, representada pelo descumprimento, pelo ente público, bem como pela sua negligência, com o dever de vigiar os apenados que estiverem sob sua responsabilidade, para que não venham a evadir-se do sistema prisional e causar, assim, gratuitamente (como o caso dos autos), danos a terceiros".

5.(...). Agravo Regimental Improvido. (STJ, AgRg no Resp. 1199113/MA, 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, RESP. nº 1191990, RESP de 17/02/2011, DJ de 25/02/2011).

O STJ reconheceu a responsabilidade do Estado devido ao fato de ele não houver fiscalizado e tomado às devidas providências quanto ao privilegiado, uma vez que, o mesmo, não cumpriu com as obrigações impostas, não fez jus ao benefício, portanto, medidas deveriam ter sido tomadas, como até foi citado na decisão, deveria ter mudado de regime. Houve omissão estatal, caracterizada pela fuga do preso por diversas vezes, pois, no momento em que este não retornava ao estabelecimento prisional no horário devido e não dava satisfações, este era tido como foragido, desta forma, não mais fazia jus ao benefício e, portanto, era para sua situação ser reavaliada. Não houve a vigilância do cumprimento do regime por parte do Estado.

Todavia, no momento em que o condenado conquista o direito a progressão, não cabe ao Estado sua vigilância, e cabe, apenas quanto ao cumprimento dos deveres. Tendo em vista que houve um mérito do apenado, que demonstrou estar em condições de ser reintegrado a sociedade, ainda que, posasse contestar a suficiência do atestado emitido pelo diretor do estabelecimento prisional. É o que podemos concluir da leitura dos julgados acima descritos.

A grande celeuma seria justamente a falta da obrigatoriedade do exame criminológico, já que, o atestado emitido pelo diretor do presídio irá assegurar apenas que o apenado goza de

bom comportamento carcerário e não que está apto a conviver em sociedade. Pode até estar, porém, o que se pode presumir deste documento é que o preso teve um comportamento compatível com as regras do estabelecimento e não é possível identificar como será sua conduta fora deste.

Sobre a matéria Renato Marcão (2014) ensina:

“Bom comportamento carcerário é o comportamento daquele que se põe de forma ajustada aos regramentos de disciplina do estabelecimento prisional; bem por isso não há cogitar, no momento de elaboração do atestado, sobre eventual propensão à reincidência, consciência e arrependimento quanto ao delito pelo qual foi recolhido o preso”. (MARCÃO, 2014, p.163).

Quanto à responsabilidade civil do Estado no tocante aos delitos praticados pelos privilegiados com a progressão de regime não pode esta subsistir, em face de não haver a presença do nexo de causalidade entre a concessão do benefício e o delito praticado pelo preso que goza deste benefício. Haverá nexo, se a administração não fiscalizar o cumprimento dos deveres por parte do beneficiado.

Vimos que a progressão é um direito público subjetivo do apenado então não cabe ao Estado decidir concedê-lo ou não, cabe sim conferir a presença dos requisitos. O que visa a progressão é reinseri-lo no âmbito social, aos poucos, por meio de seu mérito ele irá conquistar sua liberdade definitiva.

O Estado não tem como adivinhar que aquele beneficiado irá cometer um delito. Se ele cometer vai ser responsabilizado e perderá a progressão que lhe foi concedida, incidindo nas hipóteses já vistas de regressão de regime. Este é o entendimento jurisprudencial majoritário, inclusive do STJ.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Falar sobre indenização não é uma tarefa fácil, mensurar os prejuízos sofridos por alguém não é algo simples. Como fora abordado lá no início deste trabalho, os meios midiáticos polemizam e muito a questão da responsabilidade estatal, parece até que o Brasil adotou a teoria do risco integral, que vimos no desenrolar deste trabalho. A qual responsabiliza o Estado “incondicionalmente”, não aceitando a quebra do nexo de causalidade, bastando “haver dano praticado pela Administração Pública está será responsável”.

Sabemos que não é e nem deve ser assim, e, se a culpa for exclusiva da vítima? O Estado não poderá ser responsabilizado, conforme vimos anteriormente quando analisamos as teorias sobre a responsabilidade civil do Estado. Tal hipótese rompe o nexo causal, fulminando qualquer pretensão reparatória. Da mesma forma, não se pode dizer que se um apenado no regime semiaberto comete um delito à responsabilidade é do Estado por si só.

Os meios de comunicação muitas vezes não tem a atenção de buscar checar a situação, conhecer o aspecto legal antes de ventilar suas inverdades. Cobram muitas vezes providências que não sabem se cabem a quem eles pedem. Ocorre muito em rádios.

A questão trazida à baila neste artigo é algo que ainda irá gerar grandes debates pelos Tribunais Superiores. No presente, não se buscou trazer um conceito pronto, uma fórmula sobre o não cabimento de indenização nos casos levantados no decorrer do trabalho, isto porque nossa jurisprudência ainda não é uníssona. Porém, o que se buscou foi trazer o pensamento majoritário, através de julgados e do posicionamento do STJ.

O Estado só responderá se, e apenas se, os elementos da responsabilidade civil, estiverem presentes. Se o preso, por exemplo, foge do regime semiaberto, e o Estado não adota providências no sentido de recapturá-lo e aplicar as sanções adequadas e o beneficiado então comete um crime, então, restou evidenciada a culpa do Estado, que se tivesse vigiado o cumprimento dos deveres por parte do apenado, teria potencialmente evitado o ilícito. Claro, que no caso concreto tem-se que se avaliar as nuances de cada caso, como por exemplo, a incidência de uma das causas excludentes da responsabilidade civil.

Por fim, o Estado não pode reter o preso, se tiver dúvidas se ele pode progredir então deverá realizar o exame criminológico, que conforme entendimento do STF e STJ, deverá ser realizado sempre que necessário. O beneficiado tem esse direito de progredir, pois, a priori fez jus ao benefício, preencheu os requisitos legais. Sendo este, um direito subjetivo consagrado em nossa Carta Magna.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 6. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2011.

ANGHER, Anne Joyce. Vade Mecum Universitário de Direito. 10. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1191890, Relator Ministro Humberto Martins, DJ de 25/02/2011, disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18299073/peticao-de-recurso-especial-resp-1191890>> acesso em 14 de julho de 2014.

_____, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 20120110935354 DF 0004922-44.2012.8.07.0018, Relatora: Des. Vera Andrighi, DJE de 08/04/2014, disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115498907/apelacao-civel-apc-20120110935354-df-0004922-4420128070018>> acesso em 03 de julho de 2014.

_____, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 70049763030, Relator: Des. Túlio de Oliveira Martins, DJ de 24/01/2013, disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112455373/apelacao-civel-ac-70049763030-rs>> acesso em 04 de julho de 2014. RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 70055117386, Relator: Des. Marcelo César Muller, disponível em: < <http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113234697/apelacao-civel-ac-70055117386-rs/inteiro-teor-113234707> > acesso em 22 de junho de 2014.

_____, Tribunal de Justiça, Embargos de Declaração nº 70041926056, Relator: Des. Ivan Balson Araújo, disponível em < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19707801/embargos-de-declaracao-ed-70041926056-rs/inteiro-teor-19707802> > acesso em 09 de julho de 2014.

_____, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº1322595320078260053 SP 0132259-53.2007.8.26.0053, Relator: Vicente de Abreu Amadei, disponível em < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22204231/apelacao-apl-1322595320078260053-sp-0132259-5320078260053-tjsp> > acesso em 04 de julho de 2014.

FARIA, Edimur Ferreira de. Curso de Direito Administrativo Positivo. 7. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

JÚNIOR, Antônio Lago. A Responsabilidade Civil Decorrente de Acidente de Trabalho. In: LEÃO, Adroaldo e FILHO, Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho (coords.), Responsabilidade Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.71-2.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 4. ed. São Paulo: Editora: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais. São Paulo: Editora LTr, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Parte Geral, 3. Ed., São Paulo: Atlas, 2001.