

Sistema Penitenciário – Regime de Cumprimento de Pena. Indenização por Danos Morais

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública

Processo n. 107/053.08.601510-5

A Fazenda do Estado de São Paulo, por sua procuradora, que esta subscreve, nos autos da ação civil pública, proposta pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, manifestar-se sobre o pedido de liminar, assim como apresentar sua contestação, nos termos a seguir expostos e a final requeridos:

A presente demanda visa a compelir a ré a pagar indenização a todos os presos condenados no regime semiaberto, ou aos condenados que obtiveram progressão de regime para o semiaberto, mas que cumpriram pena no regime fechado, consistente em danos morais, no valor de meio salário mínimo por dia de indevido cumprimento da pena e, em *bis in idem*, danos decorrentes do mesmo motivo e no mesmo valor, assim como na condenação de obrigação de fazer, relativa a não mais incluir nenhum preso em regime diverso e mais gravoso do estabelecido em decisão judicial, além de remover todos os presos que estiverem cumprido pena em C, com a fixação de multa diária de R\$ 50.000,00 pelo descumprimento.

Em resumo, a autora pretende, com a ação proposta, realizar a mágica da solução do sistema penitenciário.

Como liminar, requer tutela inibitória, com a obrigação de não mais incluir presos em regime mais gravoso, remover imediatamente todos os que estiverem em regime mais gravoso em relação os que foram condenados e fixação de multa diária pelo descumprimento de R\$ 50.000,00.

Da liminar

O pedido liminar não merece prosperar, senão vejamos:

Em primeiro lugar, a ação trata de direitos individuais disponíveis, sem

identificar quem efetivamente está cumprindo pena em regime mais gravoso, ou se, mesmo tendo direito à progressão de pena, cumpre outra referente a diverso delito, infelizmente fato cotidiano na vida carcerária.

Da leitura detalhada da petição inicial, nota-se que o a autora desta ação fundamenta seus pedidos exclusivamente em um único dado sem qualquer análise, extraído do sítio do Ministério da Fazenda, não trazendo sequer indício oficial que demonstre a ocorrência dos fatos da maneira como foram narrados. Ou seja, a falta de vagas no sistema semiaberto, sem considerar quem efetivamente está preso e cumprindo um regime mais gravoso.

Havendo pessoas que realmente se encontram cumprindo pena em regime inadequado, o meio para resolver a situação é a utilização dos recursos processuais perante a Vara de Execuções, o que deve ser feito em nome de cada um dos eventuais prejudicados e comprovando-se essa situação, haja vista que nos autos não há prova do alegado para a concessão da liminar.

Assim, saliente-se, não há comprovação de pessoas na situação descrita na inicial, o que já demonstra a impossibilidade de conceder uma liminar inócua, até porque toda liminar deve ser concedida com extrema cautela, *sendo impraticável antecipar atos de natureza executória*, diante da impossibilidade de se identificarem quais os possíveis prejudicados, contrariando o artigo 12 da Lei n. 7.347/85.

Ainda que pense a autora que o sistema presidiário é equivalente ao regime nazista ou fascista, não leva em consideração que vivemos uma democracia, com os representantes do Executivo e Legislativo escolhidos pelo povo, o mesmo que merece a atenção especial em matéria de segurança pública e, desse modo, a discricionariedade da Administração Pública tem em conta a conveniência e oportunidade, sempre à vista do interesse público, e por esse motivo não deixa de construir presídios, como a seguir demonstrado, porém não na mesma velocidade com que aumenta a população carcerária, um problema social mundial, haja vista não ser possível interromper a criminalidade com a simples assinatura de um decreto.

Em verdade, pretender que o Poder Público venha a não incluir mais nenhum preso em regime mais gravoso ou removê-los em trinta dias, atropelando o procedimento estabelecido nas Varas de Execuções Criminais, sem atentar para a conveniência e oportunidade do ato, mercê de prioridades orçamentárias e outras, constitui verdadeira aberração jurídica e fere todos os princípios que norteiam a Administração Pública.

Nesse sentido, o entendimento da Egrégia Corte Estadual, como se vê do v. acórdão proferido no julgamento do recurso de apelação n. 227.591-5/0-00, de lavra do Excelentíssimo Senhor Desembargador Geraldo Lucena, cujo trecho abaixo se pede licença para transcrever:

“Quanto ao mérito, é de ser admitido que o artigo 24 da Constituição Federal de 1988, que adota a concorrência de atribuição sobre a matéria, tem uma conotação discricionária para cada caso, ou seja, tem caráter específico e não de alcance generalizado.

É que dentro do princípio da conveniência e oportunidade do ato administrativo, cabe ao governante a escolha do local onde o serviço público é oferecido ao administrado, sempre norteado com a previsão orçamentária. Se tal não acontecer, o agente público poderá ser responsabilizado administrativamente e até no âmbito penal, de conformidade com o artigo 167, incisos I, II e V, da própria Constituição Federal de 1988.

Trata-se de uma interpretação constitucional sistemática entre os mandamentos constantes dos artigos 227, 244 e 167, incisos I, II e V, da Constituição Federal, sem esquecer ainda que na petição do orçamento cada serviço de saúde, educação, segurança pública, transporte etc. tem sua parcela orçamentária que não pode a bel talante do governante ser utilizada para outra finalidade. É de ser lembrado o princípio da liberdade administrativa limitada ou condicionada à previsão legal, consistente em impor ao governante somente executar o serviço quando a lei e orçamento autorizarem. A se entender em contrário, a Administração Pública ficaria à mercê de exigências, sendo que somente ele governante possui atribuição legal de exercer o ato de governo. E o princípio de conveniência, oportunidade e eficiência que rege o ato administrativo estaria comprometido.

No caso concreto, convém ressaltar constar que a própria Administração Pública vem espontaneamente dotando prédios educacionais da região com as medidas pleiteadas pelo autor, significando que providências estão sendo tomadas nesse sentido, sempre aguardando oportunidade, conveniência e dotação orçamentária para a sua implantação.

Não cabe ao Poder Judiciário intervir em assuntos que encerram atos de governo, na escolha de determinada política de educação, de saúde, segurança pública, mas apenas corrigi-los no aspecto formal sem penetrar na sua substância, pois isto constitui o mérito do ato administrativo. (j. 12.11.2003, DOE, de 22.10.2004).”

Do mesmo pulsar, o posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça: “Direito Administrativo – Poder discricionário. Escolha de assessores de Presidente de Tribunal. Diárias e despesas de viagens. Os Presidentes de Tribunais, por exercerem relevante função na estrutura administrativa do Poder Judiciário, dentro da margem de discricionariedade que lhes é conferida, têm o poder de decisão sobre a conveniência e oportunidade na escolha de servidores para desempenharem funções extraordinárias relacionadas com o interesse da administração. Segurança concedida.

(...)

Deveras, os atos discricionários autorizam certa margem de liberdade, porquanto a lei, ao regular a matéria, relega um campo de apreciação ao administrador, insindicável pelo Poder Judiciário (...).” (STJ – MS n. 8821/DF, 1ª Seção, rel. Min. Luiz Fux, *DJU*, de 16.08.2004).

Impossível, portanto, a concessão de liminar, por ausentes os requisitos que lhe autorização, principalmente, no que diz respeito ao *fumus bonis iuris*, pelo simples fato de não haver nos autos comprovação de qualquer encarcerado que esteja vivendo uma situação de lesão, assim mesmo pela falta de perigo, uma vez que a Defensoria Pública possui os meios para evitar eventual prejuízo, mediante a utilização dos meios processuais junto à Vara de Execuções Criminais.

Ainda que fosse possível a concessão da liminar, não haveria modo de, com um passe de mágica, fosse possível a construção de estabelecimentos prisionais em trinta dias, requerendo-se assim, sua rejeição, principalmente por colocar em risco a ordem pública.

Preliminarmente

Da incompetência do Juízo

“A Vara da Fazenda Pública não é competente para julgar a presente demanda, haja vista que a questão de progressão da pena deve ser julgada e analisada pelo juízo criminal em cada caso concreto.

A competência é a concretização da jurisdição, compreendendo critérios de determinação objetivos, que em razão da matéria é absoluta, segundo os artigos 111 e 113 do Código de Processo Civil, e gera a nulidade dos atos proferidos, caso seja desrespeitada.

Desse modo, por força do disposto na Lei n. 7.210/84, constata-se que a competência em razão da matéria é do Juízo das Execuções Criminais, senão vejamos:

Artigo 65 - A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.

Artigo 66 - Compete ao Juiz da execução:

(...)

VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;

VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;

VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal.

(...)

Artigo 194 - O procedimento corresponde às situações previstas nesta lei será judicial, desenvolvendo-se perante o juízo da execução”.

Portanto, requer-se a extinção do feito, sem julgamento de seu mérito.

Da ilegitimidade ativa

Em primeiro lugar, pela ilegitimidade da Defensoria Pública em figurar no polo ativo da demanda, uma vez que, muito embora a lei lhe atribua legitimidade a propor ação civil pública, ela é referida apenas a pessoas hipossuficientes, com direitos concretos de serem apurados, e não os indiscriminados aqui reclamados, até porque se trata de direitos disponíveis.

Atente-se ao que decidiu o Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública acerca da legitimidade da Defensoria Pública, na propositura de uma ação civil pública em face da Cetesb (Processo n. 053.08.119902-1), haja vista que esses interesses são representados pelo Ministério Público, não podendo haver um conflito de atuações:

“(…) os argumentos deduzidos na referida ADI afiguram-se extremamente razoáveis, na medida que a alteração imposta pela Lei n. 11.448/2007, ao atribuir legitimação ativa à Defensoria Pública para o ajuizamento aparentemente incondicional da ação civil pública, padece de vício de inconstitucionalidade, *pois desvincula a atuação daquele do objetivo para o qual foi criado: a prestação de assistência jurídica gratuita aos necessitados*. Com efeito, dispõe o artigo 134 da Constituição Federal que ‘a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV’. Já o artigo 5º, LXXIV, da Carta prevê que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. *É indiscutível, portanto, que atuação da Defensoria Pública somente se justifica quando presente a situação fática que determinou sua criação, qual seja, a existência de beneficiário hipossuficiente*. Lembre-se que as decisões que reconheceriam a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas em defesa dos consumidores, por força da regra insculpida no artigo 82, III, da Lei n. 8.078/90, sempre vincularam tal atuação à defesa dos interesses dos necessitados. Note-se que o entendimento ora externado não tem o condão de limitar os legitimados para a propositura das ações coletivas, instrumento que tem se mostrado extremamente eficaz para a proteção dos transindividuais, mas sim de delimitar o campo de atuação de cada um dos órgãos que podem lançar mão da ação civil pública, evitando-se embates, conflitos ou atropelo da atuação de um sobre o outro. Repita-se que a legitimação para o ajuizamento da ação civil pública em casos como

o presente deve ser reservada ao Ministério Público, que possui atribuição constitucional de defesa ampla dos interesses difusos e coletivos, *ex vi* do artigo 129, III, da Constituição Federal. Não há como compatibilizar a função constitucionalmente assegurada à Defensoria Pública, isto é, defesa judicial dos hipossuficientes econômicos, com a ideia de legitimação incondicional deste órgão para o manejo da ação prevista na Lei federal n. 7.347/85, pois, repita-se, a atuação da defensoria dar-se-á em razão da carência econômica da parte, não em corolário do direito discutido.

(...)

Posto isso, decreto a ilegitimidade ativa *ad causam* da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e, conseqüentemente, indefiro a petição inicial, julgando extinto este processo, sem resolução de mérito, com fundamento no artigo 295, II, c.c. o artigo 267, VI, ambos do Código de Processo Civil. Indevida imposição de sucumbência, por ser a Defensoria Pública isenta desse ônus.

P.R.I.C.

São Paulo, 4 de agosto de 2008

EMÍLIO MIGLIANO NETO

Juiz de Direito” (g.n.)

Do mesmo modo em ação civil pública pretendida em face de vários bancos, julgada pela 42ª Vara Cível de São Paulo (Processo n. 583.00.2008.180424-6):

“A ação deve ser extinta sem resolução do mérito. A presente ação difere do Processo n. 583.00.2007.173439-5 (...), apenas no tocante ao plano econômico cujas perdas se reclama. Naquela busca a autora a cobrança do Plano Bresser, nesta, dos planos Verão, Collor I e Collor II. Conforme sentença lançada naquele processo, a preliminar suscitada por todos os réus e pelo Ministério Público, de ilegitimidade da autora para a ação, foi acolhida. *A solução a ser dada nesta ação, portanto, deve ser idêntica. Porquanto esteja a autora autorizada à propositura de ação civil pública, nos termos da Lei n. 11.448/2007, tal faculdade não é ampla nem irrestrita.* Encontra seu limite em sua própria função institucional, fixada na Constituição Federal, que é a defesa dos necessitados. Assim, não pode a autora ajuizar ação civil pública em defesa do interesse patrimonial de pessoas que não seriam beneficiárias da assistência judiciária, se observado o disposto no parágrafo único do artigo 2º da Lei n. 1.060/50. Não faz sentido, aliás, o Poder Público, por meio da Defensoria, tutelar interesse privado e patrimonial daquele que não necessita do auxílio do Estado para sua defesa em juízo. Dispõe o artigo 134 da Constituição Federal que ‘a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os

graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV”. O artigo 5º, LXXIV’, por sua vez, estabelece que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. A ação, tal como proposta, inclui indistintamente dentre os eventuais beneficiados pessoas que não são necessitadas, nos termos da norma constitucional e legalmente definida.

Ante o exposto, indefiro a petição inicial e julgo extinta a presente ação, sem resolução do mérito nos termos do artigo 267, I, c.c. o artigo 295, II, ambos do Código de Processo Civil. Sem condenação nas verbas de sucumbência, face à qualidade da autora.

P.R.I.

São Paulo, 25 de agosto de 2008

EDWARD A.L.D.C.C. WICKFIELD

Juiz de Direito” (g.n.)

Como se vê, por força da Constituição Federal, e nos termos do artigo 4º da Lei n. 1.060/50, a Defensoria Pública somente pode atuar em juízo em relação aos necessitados, os carentes de recursos econômicos, e para isso deve juntar declaração de pobreza e indicar todos os beneficiários:

“Artigo 4º - A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.”

Ainda, por força do artigo 15 da Lei de Execuções Criminais (Lei n. 7.210/84), somente o preso sem recurso financeiro terá direito à assistência jurídica gratuita, não podendo a Defensoria Pública falar em nome de todos, indiscriminadamente, como se vê de sua leitura:

“Artigo 15 - A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.”

Com efeito, em situação assemelhada, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o Ministério Público não tinha legitimidade para propor ação civil pública na defesa de interesses individuais disponíveis, como é o caso, conforme a ementa a seguir transcrita:

“Recurso Especial – Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade ativa *ad causam*. Direitos individuais disponíveis.

1. Falta ao Ministério Público legitimidade para pleitear em juízo o recebimento para particulares contratantes do DPVAT – chamado de seguro obrigatório – de complementação de indenização na hipótese de ocorrência de

sinistro, visto que se trata de direitos individuais identificáveis e disponíveis, cuja defesa é própria da advocacia.

2. O fato de a contratação do seguro ser obrigatória e atingir a parte da população que se utiliza de veículos automotores não lhe confere a característica de indivisibilidade e indisponibilidade, nem sequer lhe atribui a condição de interesse de relevância social a ponto de torná-la defensável via ação coletiva proposta pelo Ministério Público.

3. Recurso especial provido.” (STJ – REsp n. 858.056/GO, 2ª Seção, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 11.06.2008, *DJe*, de 04.08.2008).

Desse modo, a ação deve ser extinta, por falta de legitimidade ativa.

Da falta de interesse de agir

Não há nos autos qualquer elemento que caracterize o interesse de agir da autora, haja vista que não aponta nenhum dado concreto para fundamentar sua demanda.

Saliente-se que não há parâmetros, dados ou indicação de alguém que esteja na situação explanada como danosa, mas apenas um singelo quadro demonstrativo extraído do sítio do Ministério da Justiça que *não demonstra a existência de presos cumprindo pena em regime mais gravoso*.

Ainda que verdadeiro o dado de que há falta de vagas, a informação não faz presumir que presos estão em situação irregular, até porque os dados se referem à existência de vagas, e não mandados de prisão cumpridos ou penas sob execução.

A falta de interesse de agir fica mais patente no sentido de que somente o preso interessado é que poderia vir a juízo expor sua condição irregular, para justificar uma demanda com esse fundamento; no entanto, o E. Tribunal de Justiça não concede *habeas corpus* para sua remoção, haja vista que é necessário haver local apropriado para o cumprimento da pena no regime semiaberto.

Como exemplo, citam-se duas recentes decisões:

“*Habeas Corpus*. Progressão ao regime semiaberto concedida ao paciente. Não efetivação da remoção. Providência administrativa que não pode ser debitada por conta do Poder Judiciário. Expectativa de direito, dependente de vaga. Remoção imediata que iria ferir direitos de terceiros e caracterizaria clara ofensa ao princípio da isonomia. Ordem denegada.” (HC n. 990080346695/ Assis, 5ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Pinheiro Franco, j. 04.09.2008). (g.n.)

“*Habeas Corpus*. Remoção para estabelecimento semiaberto. Pedido de regime aberto, enquanto se aguarda vaga em estabelecimento adequado. A re-

moção de preso promovido ao regime semiaberto para estabelecimento adequado demanda tempo para a tramitação burocrática. Conhecido o avassalador volume de presos no Estado de São Paulo, é ridículo esperar-se que a remoção possa dar-se em prazo de trinta ou sessenta dias. Este prazo, talvez, seja aplicável em regiões onde a criminalidade não seja tão acentuada.” (HC n. 990080028200/Assis, 6ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Ericson Maranhão, j. 04.09.2008). (g.n.)

Da prescrição

No que diz respeito ao pedido indiscriminado de indenização aos presos que já cumpriram pena, estará prescrito, desde que ultrapassado o período de três anos estabelecido no artigo 206, parágrafo 3º, V, do Código Civil.

De acordo com a nova ordem legal instituída pela referida norma, as ações indenizatórias devem ser propostas no prazo de *três* anos, contados do ato ou fato que lhe tenha dado origem.

O Decreto n. 20.910/32, que regula a prescrição em face da Fazenda Pública, instituiu a regra do lapso quinquenal, excetuando, em seu artigo 10, que “o disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas às mesmas regras”.

Na lição de Luiz Duarte de Oliveira:

“(…) há, portanto, autorização legislativa bastante para que a Fazenda Pública, apesar de já beneficiada pela prescrição liberatória quinquenal trazida pelo Decreto de 1932, beneficie-se também dos prazos prescricionais menores, estabelecidos em razão da especificidade da pretensão de direito material veiculada.”¹

Menciona o autor que a questão já foi submetida ao crivo do Judiciário paulista, na vigência do Código Civil de 1916². Enfrentavam-se, à época, as ações movidas por peritos judiciais, nomeados em demandas em que as partes eram

1 OLIVEIRA, Luiz Duarte de. A prescrição das ações movidas em face da Fazenda Pública e o novo Código Civil. In: CIANCI, Mirna (Coord.). *A prescrição no Código Civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2007.

2 A tese foi bem recepcionada, como se vê da jurisprudência do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: “Ação de cobrança – Salários periciais – A prescrição da ação de cobrança tem prazo de um ano, nos termos do artigo 178, parágrafo 6º, inciso X, do Código Civil, norma especial que prevalece sobre os cinco anos da geral do Decreto n. 20.910, de 1932 – A data do início do prazo é a decisão final no processo – Reexame obrigatório e apelação providos em parte”. (2º TACSP – Ap. n. 616174-00/7, 9ª Câmara, rel. Juiz Eros Piceli, v.u., j. 21.11.2001).

beneficiárias da gratuidade processual, que reclamavam do Tesouro Estadual a paga dos honorários arbitrados. Na oportunidade, sustentou-se que, embora o pleito fosse dirigido em face do Poder Público, a prescrição haveria de ser anual, segundo o disposto no artigo 178, parágrafo 6º, inciso X, da codificação revogada, em razão da especialidade da pretensão.

Assim, vigorante a respeito novo prazo para a indenização, porque teve o lapso início já no curso da nova ordem civil, aplica-se a regra da prescrição trienal prevista no âmbito da demanda indenizatória.

Do exposto, requer seja julgado extinto o processo, com exame de mérito, acolhida a alegação de prescrição.

Da inépcia da inicial

O Código de Processo Civil exige que o autor indique na petição inicial o fato e os fundamentos jurídicos do pedido (art. 282, III). Trata-se de pressuposto processual objetivo, cuja falta autoriza a decretação da nulidade do processo. Ou seja, a causa de pedir reside nos fatos alegados pelo autor como fundamento de seu pedido, sendo inepta a petição inicial a que falte a causa de pedir (art. 295, parágrafo único, I, do CPC).

O modo como a inicial expôs as razões que fundamentam seu pedido, sem indicar elementos concretos para a efetiva defesa da ré, realizando um genérico pedido de indenização e remoção indiscriminada de presos não individualizados, não permite a oportunidade de contestar adequadamente o feito e fazer prova negativa de sua ocorrência, ferindo o princípio constitucional do contraditório, previsto no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal.

Qual o dano que a autora pretende ver reparado?

Não há descrição de danos, mas uma exaustiva e conhecida exposição sobre a dignidade da pessoa humana e a finalidade da pena, no entanto, ao mencionar eventuais danos, afirma meramente que os presos têm uma enorme expectativa de deixar a prisão, mas isso, todos os que estão preso sentem.

Com o pedido de indenização indiscriminado, na suposição da existência de um dano, a autora subverte o pedido de uma ação civil pública, em que o dinheiro arrecadado deve ser levado a um fundo, e portanto não há a reparação individualizada; no entanto, a inicial descreve fatos que não correspondem ao pedido indenizatório, até porque a ação não se presta à finalidade pretendida.

Da mesma maneira em relação à transferência de presos. Quais?

Como se pode transferir presos sem identificá-los, sem ser possível dizer quem deveria estar, e não está, cumprindo o regime semiaberto?

Com efeito, a inicial é inepta e ação deve ser julgada extinta, sem julgamento de seu mérito.

Da ausência dos requisitos autorizadores do ajuizamento da ação civil pública

Deve-se ponderar ser incabível o aforamento da ação civil pública para tutelar o direito aqui perseguido, na medida que não está em jogo qualquer interesse metaindividual identificável que justifique seu cabimento, nos termos do artigo 1º, inciso IV, da Lei n. 7.347/85, modificado pelos termos do artigo 88, parágrafo único, da Lei n. 8.884, de 11.06.1994.

A Lei n. 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) restringe o objeto da ação civil pública exclusivamente à “proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”. Essa é a redação original do dispositivo, que posteriormente veio a sofrer acréscimo comandado pela Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que introduziu a possibilidade de defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo.

Com essa modificação, a doutrina considerou que teria sido restaurada a versão original do texto legal, pois essa possibilidade havia antes recebido veto presidencial. De todo modo, tendo sido a modificação ordenada no texto do Código de Defesa do Consumidor, é razoável a interpretação que considera atinente a reforma unicamente às relações de consumo, o que não se configura na espécie em discussão, muito embora reinante a discórdia a respeito dessa abrangência.

Porém, encontra-se superada a questão, na medida que a Lei n. 8.884/94, em seu artigo 88, parágrafo único, restaurou a redação do texto legal, mantendo excluída a hipótese de defesa de quaisquer interesses coletivos ou difusos por meio da ação civil pública:

“Artigo 88 - O artigo 1º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação e a inclusão de novo inciso:

‘Artigo 1º - Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, a ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...)

V - por infração da ordem econômica.

Parágrafo único. O inciso II do artigo 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a ter a seguinte redação.

Artigo 5º - (...)

(...)

II - inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

Não se trata aqui de discutir interesses individuais homogêneos, categoria prevista no Código de Defesa do Consumidor, mas o debate está restrito

a interesses individuais disponíveis em uma relação não consumerista, mas de presos condenados que vão ao cárcere não para consumir, mas por uma determinação judicial.

Tanto é verdade que a petição inicial afirma: “Note-se que a pretexto de atuar nos interesses da coletividade o Poder Público trouxe a um incontável número de presos lesões às suas esferas individuais, aos seus direitos fundamentais consagrados no Texto Maior”. Ou seja, confessa que se trata de interesses individuais e identificáveis.

O Superior Tribunal de Justiça é claro quando decide que somente nas relações de consumo é possível a defesa de direitos dessa natureza em sede de ação civil pública, a saber:

“Processual Civil – Previdenciário. Benefício previdenciário. Direito individual disponível. Ação civil pública. Descabimento. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido.

1. A ação civil pública visa, em regra, à defesa de interesses difusos ou coletivos, prestando-se à tutela de direitos individuais disponíveis tão somente quando homogêneos e oriundos de relação de consumo.

2. O direito à percepção de benefício previdenciário é de natureza individual disponível e o vínculo entre beneficiário e o instituto de previdência não caracteriza relação de consumo. Ademais, o artigo 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85 veda o ajuizamento de ação civil pública para conduzir pretensões que envolvem benefícios previdenciários.

3. Na espécie, a ação civil pública foi ajuizada pelo Ministério Público com vistas à declaração de ilegalidade da Portaria MPAS n. 4.273/97 e da OS/INSS n. 590/97, que vedam a comprovação de tempo de serviço rural, para fins previdenciários, por meio de documentos de integrantes do grupo familiar, razão pela qual é descabida. Precedentes.

4. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp n. 422810/PR, 5ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 28.11.2006, *DJU*, de 18.12.2006, p. 460).

Desse modo, a ação deve ser julgada extinta, o que se requer.

Do mérito

Da falsa conclusão

A Defensoria Pública parte de uma proposição, para chegar a uma conclusão, a que falta um dado importante para constituir uma outra premissa, isto é, a existência de presos cumprindo pena em regime mais gravoso.

Os dados da inicial dão conta de que há falta de vagas, em relação ao número de condenados para o cumprimento do regime semiaberto, no entanto não há

o dado que fundamente o pedido, referente ao número de pessoas e à sua existência, que de fato estão sofrendo um prejuízo. Ou seja, *não há demonstração da existência de presos cumprindo pena em regime mais gravoso*.

A informação não se presume, e uma conclusão tão grave sustentada pela ação deve estar baseada no simples processo de raciocínio lógico denominado de silogismo. Sem a demonstração de algo como verdadeiro, não é possível haver uma conclusão real, mas faltando seu elemento essencial, a conclusão da petição inicial, se é que se pode chamar de conclusão, é falsa.

Por outro lado, deve-se argumentar o fato de que a autora possui os meios adequados para resolver os problemas do que afirmam prejudicados, através da utilização do *habeas corpus*, e aqui é de se perguntar: por que não o fazem? Não há nos autos nenhuma prova de que condenados estão encarcerados injustamente. Não há demonstração de que houve a utilização de instrumentos para colocá-los no regime para o qual foram apenados.

Há de se lembrar que a autora é a primeira a impedir a modernização do sistema processual penal, principalmente quando milita contra a utilização da videoconferência, ou interrogatório *on-line*, instrumento que muito ajudaria à agilização do sistema judiciário, como bem reclama o editorial do dia 14 de setembro p.p., do jornal Folha de S. Paulo:

“OMISSÃO PERIGOSA

Na superfície, parece absurda a decisão de terça-feira da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), que mandou libertar nove acusados de integrar uma organização criminosa incrustada nos presídios paulistas.

O bando foi detido em 2004 com dezenas de armas, após escutas telefônicas que revelaram o plano de tomar uma penitenciária e libertar mais de mil presos. Já encarcerados, os acusados teriam participado da orquestração de ataques a policiais que aterrorizaram São Paulo em maio de 2006.

Trata-se, sem dúvida, de um grupo com alta periculosidade. Apesar disso, os cinco magistrados foram unânimes em considerar abusiva a manutenção da prisão, por mais de quatro anos, sem condenação.

Tecnicamente, a decisão é defensável. Quem é detido de modo provisório não pode pagar com antecipação da pena pela incapacidade do Estado de julgar com celeridade. Na sexta, porém, uma juíza estadual voltou a ordenar a prisão dos nove acusados, e não se sabe como o Supremo reagirá a essa manifestação da primeira instância.

O relator do *habeas corpus* na Corte, Ministro Carlos Ayres Britto, justificou o voto com o fato de muitas audiências terem sido canceladas e remarcadas por falta de efetivo para apresentação de presos ao juízo criminal. O governo de São Paulo nega que isso tenha acontecido. Qualquer que seja a razão, o caso

constitui só mais um exemplo lamentável da morosidade da Justiça.

A dificuldade do transporte de presos perigosos para audiências seria muito minorada com depoimentos por videoconferência. O próprio STF, contudo, anulou em 2007 a condenação de um acusado porque meios eletrônicos haviam sido empregados. E o Congresso segue omissivo, sem aprovar lei prevendo tal recurso óbvio de modernização do processo penal.”

No entanto, é dever funcional da Defensoria Pública, quando procurada, defender os interesses dos condenados que se sentem prejudicados, e tal é feito cotidianamente, mas é de se estranhar uma ação judicial desse tipo, uma aventura jurídica, pois há defensores especializados nas Varas de Execuções Penais que possuem os dados concretos e realizam um excelente trabalho em prol dos encarcerados, como, aliás, já vinha sendo feito pela Procuradoria de Assistência Judiciária. Assim, não há prejudicados sem amparo.

Do sistema prisional no Estado de São Paulo

No Estado de São Paulo, existem 52 (cinquenta e duas) unidades prisionais destinadas aos presos que cumprem pena no *regime semiaberto*, divididas entre as Coordenadorias Regionais, conforme demonstram os quadros abaixo:

Coordenadoria de Unidades Prisionais de São Paulo e da Grande São Paulo

Unidades	Masculino	Feminino
Centro de Progressão Penitenciária de Franco da Rocha	x	
Centro de Progressão Penitenciária de São Miguel Paulista	x	
Penitenciária Guarulhos I – Regime Semiaberto	x	
Penitenciária Franco da Rocha I – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Centro de Detenção Provisória Belém I – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Centro de Detenção Provisória Belém II – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Centro de Detenção Provisória Itapeverica da Serra – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Penitenciária Feminina do Butantã – Regime Semiaberto		x

Coordenadoria de Unidades Prisionais da Região Central do Estado

Unidades	Masculino	Feminino
Penitenciária Hortolândia I – Regime Semiaberto	x	
Centro de Progressão Penitenciária de Campinas	x	
Penitenciária de Itirapira I – Regime Semiaberto	x	

Penitenciária de Sorocaba I – Regime Semiaberto	x	
Penitenciária Casa Branca – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Penitenciária de Iperó – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Penitenciária de Itirapina II – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Centro de Detenção Provisória de Piracicaba – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Centro de Ressocialização de Atibaia – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Bragança Paulista – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Limeira – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Mococa – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Mogi-Mirim – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Rio Claro – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Sumaré – Regime Semiaberto	x	

Coordenadoria de Unidades Prisionais do Vale do Paraíba e Litoral

Unidades	Masculino	Feminino
Centro de Progressão Penitenciária de Mongaguá	x	
Centro de Progressão Penitenciária de Tremembé	x	
Centro de Ressocialização Feminino de São José dos Campos – Regime Semiaberto		x

Coordenadoria de Unidades Prisionais da Região Oeste do Estado

Unidades	Masculino	Feminino
Centro de Progressão Penitenciária de Pacaembu	x	
Centro de Progressão Penitenciária de Valparaíso	x	
Instituto Penal Agrícola de São José do Rio Preto	x	
Penitenciária de Mirandópolis I – Regime Semiaberto	x	
Penitenciária Mirandópolis I – Regime Semiaberto	x	
Penitenciária de Osvaldo Cruz – Regime Semiaberto	x	
Penitenciária de Presidente Prudente – Regime Semiaberto	x	
Penitenciária de Lucélia – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Centro de Ressocialização de Araçatuba – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Birigui – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Presidente Prudente – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de São José do Rio Preto – Regime Semiaberto		x

Coordenadoria de Unidades Prisionais da Região Noroeste do Estado

Unidades	Masculino	Feminino
Penitenciária de Bauru I – Regime Semiaberto	x	
Penitenciária de Bauru II – Regime Semiaberto	x	
IPA - Instituto Penal Agrícola de Bauru	x	
Penitenciária de Marília – Regime Semiaberto	x	
Penitenciária de Iaras – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Penitenciária de Itai – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Penitenciária de Ribeirão Preto – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Centro de Ressocialização de Araraquara – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Avaré – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Jaú – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Lins – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Marília – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Ourinhos – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização Feminino de Araraquara – Regime Semiaberto		x

Os Centros de Progressão Penitenciária são estabelecimentos dedicados ao regime semiaberto, bem como as Alas de Progressão Penitenciária, que são construídas próximas às unidades prisionais, na forma de anexos, que também abrigam presos do regime semiaberto. Além deles, existem as penitenciárias que também abrigam presos do regime semiaberto, sendo a eles reservada certa quantidade de vagas, em alas separadas dos presos que cumprem pena no regime fechado.

Todavia, o Estado de São Paulo irá construir 45 (quarenta e cinco) novos estabelecimentos prisionais para essa finalidade, entre este ano até 2011, tanto que dois decretos foram publicados pelo vice-governador em exercício, declarando de utilidade pública, para fins de desapropriação, bens imóveis situados no Município de Jardinópolis e Mogi das Cruzes, necessários à instalação de unidades prisionais que serão destinadas ao abrigo de presos do regime semiaberto.

Portanto, todas as providências necessárias no sentido de sanear o problema sempre foram e continuam sendo adotadas pelo governo estadual paulista, contudo, é de se ressaltar que a população se opõe à construção de novos estabelecimentos, conforme demonstram os documentos acostados a esta contestação, como a população da cidade de Mogi das Cruzes, que se mobiliza para impedir uma construção, ou de outras cidades paulistas, contando com a ajuda de representantes do Ministério Público.

Exemplificando, pretender através do Poder Judiciário que o Poder Público venha a oferecer um sistema prisional sem respeitar critérios preestabelecidos e

sem atentar para a conveniência e oportunidade do ato, mercê de prioridades orçamentárias e outras, constitui verdadeira aberração jurídica e fere todos os princípios que norteiam a Administração Pública, especialmente o da moralidade administrativa, não fosse levado em conta ainda o impacto orçamentário-fiscal que decorreria da obrigação, *maxime* se genericamente formulada contra a Administração, a respeito de todas as necessidades emergentes do Estado.

Com efeito, a pretensão na forma como foi formulada olvida-se por completo do princípio constitucional da dotação orçamentária, pois visa a compelir o Estado a despendar numerário não previsto no orçamento, para construção de novos presídios, comprometendo o erário, em total arrepio das normas impressas nos artigos 165 e seguintes da Constituição Federal, sendo expressamente vedado, ao Poder Executivo, “o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual” (art. 167 da CF).

Maria Silvia Zanella Di Pietro define a discricionariedade administrativa como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”.³

Não se há negar que a hipótese insere-se no rol das competências próprias do Executivo que, na qualidade de administrador público, e conquanto adstrito aos princípios da legalidade, moralidade e razoabilidade, dispõe de margem de discricionariedade na escolha dos meios necessários ao cumprimento de sua missão de bem gerir o interesse público.

Desse modo, não é lícito submeter à apreciação judicial matéria relativa à conveniência e oportunidade administrativa, haja vista que a pretensão posta nesta ação, em verdade, implica verdadeira afronta ao princípio constitucional da separação de poderes, que se encontra esculpido no artigo 2º da Constituição Federal, na medida que reclama provimento jurisdicional que traduz, a rigor, ingerência do Poder Judiciário nas ações de competência exclusiva do Poder Executivo.

Por qualquer ângulo que se analise a questão, nota-se que razão não assiste à autora, de modo que se tem por devidamente prequestionado o disposto nos artigos 167, I e IV, bem como 176, I e IV da Constituição Federal, atinentes à vedação do início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual, bem como a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa.

3 DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Discricionariedade administrativa perante a Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 41.

Do dano

Não é passível de indenização por danos morais, por não demonstrar a autora prejuízo de cunho moral, além do que o valor pleiteado chega às vias de locupletamento indevido, requerendo a fixação de um valor sem critério e para todos os possíveis prejudicados, sem averiguar se há de fato um dano.

Assim, o dano moral é descabido na espécie. A lição jurisprudencial, a exemplo do que decidiu a 6ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, repudia a ideia de ressarcibilidade em casos como o da espécie, merecendo transcrição *in verbis* o trecho em que afirma:

“(...) ou seja, os danos morais não podem ficar apenas no plano da mera alegação de existência, como se, definida a litigância de má-fé, a indenização seja invencível por força de inequívoca relação de causalidade. É mister, portanto, sejam eles comprovados quanto à sua existência, mesmo que não determinado desde logo o seu valor.”

Ainda que fosse possível a indenização, jamais o seria no absurdo valor pretendido na inicial e, considerando-se o fato que o eventual dano seria decorrente das decisões judiciais, haja vista que a execução da pena e a manutenção de presos no sistema carcerário independe da vontade do Poder Executivo, mas de decisões judiciais, vale ressaltar o que ensina José de Aguiar Dias⁴, “a irresponsabilidade do Estado continua dominando em relação aos atos de governo, de polícia, legislativos e judiciários”.

Como se vê, os fatos ocorridos na inicial não se enquadram no dispositivo constitucional que trata do assunto. Ademais, prevalece na doutrina e a jurisprudência o entendimento de que o Estado é irresponsável pelos atos cometidos no exercício das funções, salvo na hipótese em que houver expressa previsão legal, o que não ocorreu no presente caso.

Vale transcrever também os seguintes julgados:

“O Supremo Tribunal Federal, em reiterados julgados, tem assentado a não responsabilidade do Estado por possíveis danos consequentes a erros de decisões. O Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, senão em casos expressamente previstos em lei (RT 47/42).” (RT 259/127).

“Responsabilidade objetiva do Estado – Ato do Poder Judiciário – A orientação que veio a predominar nesta Corte, em face das Constituições anteriores à de 1988, foi a de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica

4 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2.

aos atos do Poder Judiciário a não ser nos casos expressamente declarados em lei – Precedentes do Supremo Tribunal Federal – Recurso extraordinário não conhecido.” (RTJ 145/268).

Sob outro aspecto, só haverá responsabilidade do Poder Público estadual mediante a comprovação de um dano certo experimentado pelo autor. Sem essa efetiva demonstração, não há que se falar em responsabilidade civil do Estado e a consequente pretensão indenizatória.

Nesse sentido, confira-se:

“Sem a real demonstração do prejuízo, inexistente obrigação de indenizar, mesmo porque, se assim não fosse, haveria enriquecimento injustificado por parte do suposto credor.” (RT 544/115).

E ainda:

“Como regra geral, devemos ter presente que a inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás sem objeto. Ainda mesmo que haja violação de um dever legal e que tenha existido culpa e até dolo da parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não tenha verificado prejuízo.”⁵

A finalidade da indenização por dano moral é a de minimizar os efeitos de prejuízos ditos irreparáveis, dependendo, no entanto, das sequelas e da repercussão suportadas. Não basta, assim, o fator em si do acontecimento, requerendo a prova de sua repercussão, prejudicialmente moral (RJTJESP 143/90).

No caso em tela, não há demonstração de prejuízo de cunho moral, até porque não evidencia a existência de presos cumprindo pena em regime mais gravoso, portanto, inviável a condenação nesse sentido, assim como quando a inicial pede em duplicidade a reparação de danos decorrentes da prisão indevida, o que nada mais é do que o mesmo pedido de danos morais. Desse modo, a inicial, nos itens h.1 e h.2, faz o mesmo pedido, tratando-se de danos da mesma natureza.

Por cautela, caso a ação seja julgada procedente, o valor reclamado está fora dos parâmetros da razoabilidade, haja vista que o valor arbitrado não pode ser fixado de forma a causar o enriquecimento sem causa ao suposto prejudicado e deve obedecer aos parâmetros determinados nos artigos 944, 945, 953, parágrafo único, e 954 do Código Civil, assim como a apuração de cada caso individualmente, com a efetiva demonstração de seu prejuízo.

5 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, n. 143, p. 197.

Dos demais pedidos condenatórios

A Administração Pública, no que diz respeito à colocação de condenado em estabelecimentos prisionais, cumpre o mandamento da decisão judicial proferida no Juízo Criminal, não o fazendo de forma aleatória. Assim, é o Poder Judiciário que determina qual o regime a ser cumprido, cabendo ao administrador público cumprir suas ordens.

Desse modo, não pode ser compelido, na presente demanda, à transferência de presos em regime diverso do que determinado pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais, assim como eventual remoção.

Fique claro, como já demonstrado na presente resposta e pelos documentos aqui acostados, da dificuldade que o Executivo encontra na construção de novos presídios, pois, em evidente paradoxo, a mesma população que exige o encarceramento dos presos, se opõe à construção de presídios, não havendo escolha mais tormentosa para o administrador público.

Juntam-se a esta ofícios das autoridades municipais, cópias de jornais e mensagens da população, reclamando de que as autoridades estaduais deixem de construir presídios em suas cidades, demonstrando a dificuldade da Administração Pública.

O Estado de São Paulo não está inerte e busca medidas para resolver essa questão e, não havendo omissão, não é possível a imposição de uma medida judicial que substitua o poder discricionário da Administração. Essa liberdade de ação é limitada pelo direito⁶, mas, de acordo com os critérios de oportunidade e conveniência para a escolha do ato a ser praticado; e, por ser uma opção, configura que qualquer que for realizado, dentro dos parâmetros aceitos, será válido⁷, motivo pelo qual o Judiciário não pode modificá-lo, ao contrário do ato vinculado.

Somente se houvesse omissão estatal é que o Judiciário poderia intervir nessa seara; no entanto, fica demonstrado que omissão não há, estando o Estado de São Paulo, dentro dos limites impostos pelo orçamento, cumprindo seu dever, razão pela qual a ação não merece prosperar.

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, cit., p. 173. Haja vista que os atos discricionários não apenas encontram limites na lei, mas também em princípios gerais de direito, “o princípio da legalidade há de ser observado, não no sentido estrito, concebido pelo positivismo jurídico e adotado no chamado Estado legal, mas no sentido amplo que abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e que permitem falar em Estado de Direito propriamente dito.” (Ibidem, mesma página).

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, cit., p. 67.

Do pedido de fixação de multa

Também inviável de ser atendido o pedido de imposição de multa diária, no absurdo valor de R\$ 50.000,00, na hipótese de descumprimento do comando judicial.

Evidentemente, pelo que se colhe da experiência forense, a aplicação de multa ao Poder Público não assegura a coercitividade almejada, a par de acarretar consideráveis custos a serem suportados pela sociedade, revertidos, injustificadamente, em benefício de particular. Ademais, o valor reclamado sob essa rubrica é excessivo e desproporcional ao caso em tela, sendo desprovido de qualquer critério lógico e técnico.

Em se tratando de pessoa jurídica de direito público, como no caso da Fazenda Estadual, é inadmissível a fixação da multa pecuniária visando compeli-la ao cumprimento da obrigação principal objeto da decisão judicial.

A multa diária, imposta de forma aleatória, é exorbitante e afronta diretamente o disposto nos artigos 920 e 924 do Código Civil. Aliás, tem sido reiteradamente afastada essa possibilidade, a exemplo de:

“Agravado de Instrumento – Execução de sentença contra a Fazenda Pública para o cumprimento de obrigação de fazer. Determinação do magistrado para que o cumprimento da obrigação se faça em 60 dias, sob pena de multa diária de um salário mínimo. Inocuidade da imposição em relação ao agente público, respondendo pela penalidade a Fazenda Pública, que se utilizará da renda proveniente de recursos tributários pagos pelos próprios contribuintes. Recurso provido.”⁸

Com efeito, em se tratando de pessoa jurídica de direito público, no caso a Fazenda do Estado, os meios cabíveis para exigir o adimplemento da execução são outros, pois o pagamento seria efetuado pelos cofres públicos, e não pelo devedor renitente.

Como bem destacado pelo Desembargador Demóstenes Braga, “o que não parece apropriado é o Estado impor sanção pecuniária a si próprio, para assegurar a realização de ato burocrático, sacrificando o erário público por ato de respon-

8 TJSP – AI n. 178.099.5/3/SP, 2ª Câmara de Direito Público, j. 05.09.2000. E ainda: “Entidade de direito público interno. Impossibilidade de imposição de multa cominatória a pedido de outro órgão público. Intervenção não prevista na Constituição. Recurso provido.” (TJSP – AI n. 117.851.5/0, 2ª Câmara de Direito Público, j. 09.11.1999); “Servidor público estadual – Obrigação de fazer – Imposição de multa diária – Sanção que não foi aplicada na decisão exequenda e nem requerida pelo credor – Medida que sacrifica o erário sem nenhum proveito prático – Descumprimento da ordem judicial que deve ser objeto, se for o caso, de medidas penais e disciplinares contra o servido renitente. Agravado provido.” (TJSP – AI n. 095.514-5/4, 2ª Câmara de Direito Público, j. 01.12.1998).

sabilidade individual do seu próprio agente, que deve responder administrativamente pela relutância descabida de realizar obrigação funcional” (TJSP – AI n. 28.572-5/2).

Pontificou-se ainda que:

“Essa coação econômica exercida pela aplicação de multa diária à Fazenda do Estado mostra-se inócua, pois seus recursos materiais provêm da arrecadação de impostos, arcando o contribuinte, em última instância, com o pagamento da penalidade que foi imposta à agravante. Por isso, a conclusão é de que o artigo 644 do Código de Processo Civil não tem aplicação à Fazenda Pública. O cumprimento do comando da sentença referente ao cumprimento da obrigação de fazer a que foi condenada a agravante se dá com a fixação de prazo para seu cumprimento, sob pena de desobediência, com a consequente instauração de procedimento criminal contra o servidor faltoso, sem prejuízo das providências disciplinares que a Administração possa contra ele adotar”. (TJSP – AI n. 78.727, rel. Des. Alberto Gentil).

Extraí-se daí que a multa tem uma finalidade, qual seja, compelir o devedor a satisfazer a obrigação de fazer no prazo fixado mediante coação de caráter econômico. Resta, então, perguntar qual a eficácia da norma em relação à Fazenda Pública.

Enfrentando a intenção do legislador, a conclusão a que se chega é que a multa pecuniária no caso da Fazenda do Estado é ineficaz e inócua, pois seus recursos materiais provêm da arrecadação de impostos, arcando o contribuinte, em última instância, com o pagamento da penalidade.

Então, existe medida contra a Fazenda do Estado que venha a ter a mesma finalidade? A resposta é afirmativa, pois para ela a penalidade aplicável e que proporciona o alcance do objetivo buscado é a fixação de prazo para cumprimento, sob pena de desobediência, com a consequente instauração de procedimento criminal contra o servidor faltoso, desde que comprovado que ele agiu de forma dolosa, sendo-lhe ainda aplicáveis penalidades administrativas disciplinares impostas pela própria Administração.

Com isso, efetivamente, estar-se-á aplicando o justo direito, sem prejuízo aos demandantes nem à Fazenda Pública Estadual, e com a vantagem de não haver o indevido enriquecimento ilícito em detrimento do Erário.

Demonstrada, portanto, a inconsistência do pedido de fixação de multa cominatória.

Do pedido

Ante o exposto, o Estado de São Paulo requer que sejam os pedidos formulados na inicial julgados improcedentes.

Requer provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial pela juntada de novos documentos e demais que se fizerem necessários.

Dos honorários advocatícios

Com efeito, a Defensoria Pública é órgão da Administração Direta do Estado e não possui personalidade jurídica, sendo seus procuradores remunerados diretamente pelos cofres públicos estaduais. Ou seja, trata-se de um órgão da própria Administração Pública estatal direta cobrando honorários em face do próprio Estado, para benefício desse mesmo Estado.

Ocorre que, conforme jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, não são devidos honorários advocatícios nas ações em que a Defensoria Pública se sai vencedora em face da Fazenda Pública estadual, conforme os exemplos a seguir descritos:

“Processual Civil – Ofensa aos artigos 7º, XIII, e 8º da Lei n. 8.080/90. Súmulas ns. 282 e 356 do STF. Honorários de advogado devidos pelo Estado à Defensoria Pública. Impossibilidade. Confusão. Artigo 1.049 do Código Civil de 1916.

1. Aplicam-se os óbices previstos nas Súmulas ns. 282 e 356 do STF na hipótese em que a questão infraconstitucional suscitada, qual seja, violação dos artigos 7º, II, IX e XII, da Lei n. 8.080/90, não tenha sido enfocada no acórdão recorrido nem, a respeito, tenham sido opostos embargos de declaração.

2. O Estado não paga honorários advocatícios nas demandas em que a parte contrária for representada pela Defensoria Pública. Precedentes.

3. Extingue-se a obrigação quando configurado o instituto da confusão (art. 318 do CC atual).

4. A mera indicação de dispositivos legais como violados é insuficiente à visualização de questão infraconstitucional hábil a ensejar o cabimento do recurso especial. Caso, pois, de incidência da Súmula n. 284 do STF

5. Recurso especial conhecido parcialmente e provido.” (STJ – REsp n. 598.260/RS, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 13.02.2007, *DJU*, de 05.03.2007, p. 269).

“Recurso Especial – Honorários advocatícios. Estado. Defensoria Pública. Confusão entre credor e devedor.

É indevida a condenação do Estado ao pagamento da verba honorária quando a parte vencedora está representada em juízo pela Defensoria Pública. Confusão entre credor e devedor. Recurso conhecido e provido.” (STJ – REsp n. 798.673/RS, 4ª Turma, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 06.02.2007, *DJU*, de 30.04.2007, p. 327).

“Administrativo – SUS. Fornecimento de remédio. Condenação do Estado ao pagamento da verba advocatícia. Parte vencedora representada pela

Defensoria Pública estadual. Impossibilidade. Confusão entre credor e devedor. Precedentes.

1. A questão atinente ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública nas demandas contra o Estado já foi objeto de divergência entre as Turmas de Direito Público deste Tribunal.

2. Entretanto, na assentada de 14.04.2004, a Primeira Seção desta Corte firmou entendimento de que a Defensoria Pública é órgão do Estado, por isso que não pode recolher honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra a Fazenda em causa patrocinada por defensor público (STJ – REsp n. 596.836/RS, rel. Min. Eliana Calmon, rel. p/acórdão Min. Luiz Fux, *DJU*, de 02.08.2004.)

3. Com relação à alegação de que as Defensorias gozam de autonomia administrativa e funcional, a partir da Emenda Constitucional n. 45, impende assinalar que, conforme bem asseverou a Ministra Eliana Calmon, o posicionamento não se altera mesmo diante da Emenda Constitucional n. 45/2004, que conferiu às Defensorias Públicas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária, com o acréscimo do parágrafo 2º ao artigo 134 da Constituição Federal. (AI n. 878.545/RS, 2ª Turma, j. 16.8.2007, *DJU*, de 5.9.2007). Agravo regimental improvido.” (STJ – AgR AI n. 668428/RS, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 16.10.2007, *DJU*, de 29.10.2007, p. 203).

A confusão é assim definida no artigo 381 do Código Civil: “Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor.”

Assim, a confusão é forma indireta de extinção das obrigações e, no caso do Estado de São Paulo, acontece quando se trata de honorários advocatícios destinados à Defensoria Pública e devidos pela Fazenda Pública, porque a nobre instituição é órgão do Estado de São Paulo, como aliás, dispõe o artigo 103 da Constituição paulista, até mesmo do modo de sua criação pela Lei Complementar n. 988, de 9 de janeiro de 2006.

Portanto, nas demandas em que a parte vencida for o próprio Estado, é evidente a confusão entre a pessoa do credor e do devedor, prevista nos artigos 381 do Código Civil de 2002 (art. 1.049 do CC de 1916), e 267, X, do Código de Processo Civil, sendo indevida a verba honorária sucumbencial.

Termos em que,

P. deferimento.

São Paulo, 22 de setembro de 2008.

MARIA CLARA OSUNA DIAZ FALAVIGNA

Procuradora do Estado

Processo n. 053.08.601519-5 - Ação Civil Pública

Requerente: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Requerido: Estado de São Paulo

Vistos.

Trata-se de ação civil ajuizada pela Defensoria Pública objetivando a condenação do Estado (1) a não incluir mais nenhum preso em regime diverso e mais gravoso do estabelecido na sentença ou decisão judicial; (2) a remover definitivamente todos os presos que estiverem cumprindo pena em regime diverso e mais gravoso estabelecido na sentença ou decisão judicial; (3) no pagamento de multa diária pelo descumprimento das obrigações anteriores; (4) no pagamento de indenização por dano moral a todos os presos condenados no regime semiaberto e aos que obtiveram progressão para esse regime mas que cumpriram a pena no regime fechado. A título de liminar, compelir o Estado, sob pena de multa, (5) a não incluir mais nenhum preso em regime diverso mais gravoso do estabelecido na sentença ou decisão judicial; (6) a remover imediatamente todos os presos que estiverem em regime mais gravoso do estabelecido na sentença ou decisão judicial.

Sustenta que milhares de condenados ao regime semiaberto, ou que obtiveram progressão para esse regime, cumprem pena no regime fechado, por falta de vagas em colônias agrícolas, industriais ou estabelecimentos similares, por desprezível inércia dos administradores públicos, o que ofende os princípios da legalidade, moralidade, eficiência, dignidade da pessoa humana, individualização da pena, chegando a tipificar o delito de tortura. Aduz que, ao impetrar com sucesso ordens de *habeas corpus*, a Administração Penitenciária, num passe de mágica, transfere os beneficiados para o regime semiaberto ou prisão albergue domiciliar. Deu à causa o valor de R\$ 2.000.000,00 e juntou documentos.

A Fazenda do Estado apresentou contestação, a suscitar preliminares de incompetência do Juízo, ilegitimidade ativa, falta de interesse de agir, prescrição da pretensão indenizatória, de inépcia da inicial e de inadequação da via eleita. No mérito, diz que não há prova da falta de vagas no regime semiaberto, há projeto de criação de novos estabelecimentos prisionais nesse regime, deve ser respeitado o princípio da discricionariedade administrativa, não há prova do dano moral, a pretensão é excessiva e cumpre as ordens judiciais quanto ao regime de encarceramento. Juntou documentos

O Ministério Público opinou pela extinção do processo. A autora replicou. É o relatório.

Decido.

Acolho a preliminar de incompetência do Juízo.

A inicial, muito bem elaborada e instruída por substanciosos documentos, que comprovam a inexistência de vagas suficientes nos presídios (fato confessado

pela Fazenda e de conhecimento geral), formulou pedidos distintos, ambos incompatíveis com a demanda proposta.

O cumprimento das sentenças condenatórias criminais compete ao Juízo das Execuções Criminais, que tem o dever de zelar pelo correto cumprimento da pena e inspecionar mensalmente os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento, inclusive sua interdição, e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade (art. 65 da Lei n. 7.210/84,).

Aquele Juízo cabe analisar e decidir o regime de cumprimento da pena em cada caso concreto, não ao Juízo Fazendário.

Diferente seria se o pedido fosse de condenação do Estado *a construir presídios* em quantidade necessária para acolher a demanda e na espécie suficiente para os diversos regimes de pena.

Poder-se-ia dizer, então, que este Juízo seria competente para o pedido principal, consistente no pagamento de indenização por dano moral a cada presidiário que tenha cumprido pena em regime mais gravoso do que o devido.

Ora, se fosse possível bipartir a competência, então seria o caso de acolher a preliminar de carência, por ilegitimidade ativa, pela simples razão de que, sendo *personalíssimo o dano moral*, somente a própria vítima pode invocá-lo para perseguir reparação. Daí decorre a impropriedade da ação civil pública, que não se presta a tal desiderato; a pretensão poderia ser perseguida por ação ordinária, de caráter individual ou mesmo em litisconsórcio, mas sempre com individualização de cada caso concreto.

Isso posto, julgo extinto o processo, sem exame do mérito, nos termos do artigo 267, I e VI, do Código de Processo Civil. Sem custas nem honorários advocatícios, por ser a Defensoria Pública órgão do Estado.

P.R.I.

São Paulo, 3 de março de 2009.

VALTER ALEXANDRE MENA

Juiz de Direito