

Ação Civil Pública – Cadeia Pública de Mogi Guaçu. Lotação. Transferência dos Presos

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – 4ª Câmara de Direito Público
Apelação Cível n. 994.03.064859-2/Mogi das Cruzes (344.434.5/8-00)
Apelante: Fazenda Pública do Estado de São Paulo
Apelados: Ministério Público do Estado de São Paulo

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 994.03.064859-2, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que são apelantes Fazenda do Estado de São Paulo e Juízo *ex officio*, sendo apelado Ministério Público, acordam, em 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento aos recursos. v.u.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Soares Lima (Presidente sem voto), Thales do Amaral e Ana Luiza Liarte.

São Paulo, 15 de março de 2010.

RUI STOCO

Relator

VOTO

EMENTA: Recurso *ex officio* e Apelação Cível. Ação civil pública. Pretensão do Ministério Público dirigida à transferência de presos que excedem o limite de lotação da Cadeia Pública de Mogi Guaçu, assim como que seja o estabelecimento destinado exclusivamente à custódia de presos provisórios dessa comarca, e ainda à cominação de obrigação de construir dependências próprias para os menores infratores. Ação julgada procedente na origem. Inadmissibilidade. Flexibilização da intangibilidade do mérito administrativo

reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, notadamente no que diz respeito à implementação de políticas públicas. Entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que é legítima a interferência do Judiciário quando se trate de garantir a eficácia de “direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”. Entendimento que não vem sendo aplicado por essa Corte, no que respeita a questões concernentes à política carcerária. Hipótese – política carcerária – que não se reveste da condição de dever constitucional expressamente cometido ao Estado, inserindo-se num plano de programa, objetivo, meta, não de puro e imediato dever, tal como ocorre com a concretização do direito à saúde e à educação. Sujeição da política carcerária – porque não sujeita ao mesmo imediatismo de alguns poucos direitos sociais – a um escalonamento (gradação) na implementação de políticas públicas, imposto pela “reserva do possível”, cujo discrimen de prioridades incumbe à Administração Pública, e não ao Judiciário, sob pena de ofensa à separação de poderes (art. 2º da CF). Precedentes deste Tribunal de Justiça e do CNJ. Ação que deve ser julgada improcedente. Sentença reformada. Recursos providos.

1) A linha que separa os casos que têm por objeto o direito à saúde e ao ensino dos que se referem a direito de adequado estabelecimento penitenciário – de forma genérica – é tênue, mas perceptível e definível e, portanto, diferenciadora. Apenas aqueles direitos sociais que se traduzem numa vontade expressa e determinada do constituinte, no sentido de cometer ao Estado uma prestação positiva a concretizá-los, autorizam a intervenção judicial. Nesses casos a norma constitucional transcende ao programático, ao esperado, atingindo o *status* de imposição de dever estatal, não sendo, contudo, a hipótese dos autos.

2) Em consequência, se por um lado a cláusula da “reserva do possível” não pode ser invocada pelo Estado para o só fim de exonerar-se de obrigações constitucionais, com aniquilação de direitos fundamentais, por outro, tem-se que os condicionamentos impostos por ela ao processo de concretização dos direitos de segunda geração traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Vistos,

I - Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

Segundo consta, o Ministério Público ingressou com a presente ação, aduzindo, em síntese, que a Cadeia Pública de Mogi Guaçu padece de superlotação – o que compromete as condições sanitárias do estabelecimento, assim como as condições de segurança, diante do risco iminente de rebeliões –, bem como não possui unidades especializadas na custódia de adolescentes infratores.

Sustenta que a situação ofende não só a Constituição Federal, mas também tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

Com esses fundamentos, requereu a procedência da ação, para o fim de coimir ao Estado de São Paulo, sob pena de multa, a obrigação de remover para estabelecimentos adequados a população carcerária de Mogi Guaçu; remover para estabelecimentos adequados os presos provisórios que excedam a capacidade máxima, assim como todos aqueles oriundos de outras cidades ou comarcas; não permitir a permanência de nenhum preso definitivo no estabelecimento em foco, nem dos provisórios que excedam capacidade deste; não receber nenhum outro preso; construir dependência própria para os menores infratores; subsidiariamente, construir uma cadeia pública, distante de residências e escolas, destinada apenas ao recolhimento de presos provisórios da comarca.

A Fazenda Pública apresentou contestação a fls.

A liminar foi parcialmente deferida a fls., posteriormente suspendida pelo Excelentíssimo Senhor Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça.

A r. sentença julgou procedente a ação, para o fim de determinar ao Estado de São Paulo a obrigação de:

- a) remover, da Cadeia Pública de Mogi Guaçu para locais adequados, os presos provisórios de outras comarcas, presos condenados definitivamente, atuais e futuros, e os presos que excederem a capacidade máxima do estabelecimento;
- b) abster-se de receber presos oriundos de outras comarcas ou condenados definitivamente ou que excedam a capacidade máxima do estabelecimento;
- c) construir dependência especial, separada dos locais para custódia provisória de adolescente infrator, tudo no prazo de seis meses a contar do trânsito em julgado da sentença.

Há recurso oficial do Juízo

A Fazenda do Estado, inconformada, apelou a fls., aduzindo indevida incursão do Judiciário no mérito de ato administrativo discricionário.

Anota-se que o recurso é tempestivo, foi recebido, processado e contrariado.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

II - Impõe-se, desde logo, enfatizar que a questão é tormentosa e, aparentemente, longe de ser pacificada pelos Tribunais.

Aliás, a própria e excelente sentença de fls., da lavra do culto magistrado André Rossi reconheceu e demonstrou que, no âmbito deste Egrégio Tribunal de Justiça, a questão não é pacífica, havendo corrente favorável à tese defendida e à pretensão do Ministério Público (Apel. n. 144.854-5/6, rel. Des. Antônio Villen) e corrente contrária (Apel. n. 192.780-5/4, rel. Des. Roberto Bedaque).

Como se verifica, acerca do tema há duas correntes jurisprudenciais bem definidas, cada uma dando à questão solução diametralmente diversa.

Uma, considerando que a questão se resolve no plano da estrita legalidade, admitindo, portanto, a interferência do Poder Judiciário. Outra, que a considera relativa a questões sob reserva e decisão de governo, na qual o Judiciário não pode interferir.

O entendimento deste relator avizinha-se desta última corrente.

As agruras enfrentadas por aqueles inseridos no sistema penitenciário brasileiro, cujo tratamento quase desumano, já de algum tempo, vem sendo amplamente divulgado no âmbito midiático, não são desconhecidas por este relator e não deixam de reiteradamente sensibilizar, posto que o sistema de repressão, condenação e punição do infrator não significa que no cumprimento da pena se avilte e imponha condições inadmissíveis de encarceramento.

Cumprir pena não significa “expiar” a pena, padecendo, sofrendo e se humilhando.

De outra banda, também não se nega que ao longo dos anos, a antes absoluta intangibilidade do mérito administrativo vem recebendo contornos menos rigorosos e mais dúctil, admitindo, em casos específicos, contraste por parte do Judiciário.

Abalizada doutrina sustenta, aliás, estribada na lição do administrativista português Queiró, que “o fato de não se poder dizer o que é, não significa que não se possa dizer o que não é”. O certo é que tal intervenção judicial vem tomando vultoso papel nas questões relativas à implementação de políticas públicas.

Na esteira do que já consagrado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, “embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento de encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de *direitos sociais e culturais* impregnados de estatura constitucional” (STF - RE n. 410.715/SP, 2ª T., rel. Celso de Mello, DJ, de 03.02.2006, grifamos).

Como se pode ver, a tendência consubstancia-se numa verdadeira “judicialização” das decisões de governo concernentes ao cumprimento das prestações cometidas ao Estado, e que são condições para o exercício de direitos sociais com expressa previsão constitucional e admitidos como essenciais.

O caso dos autos, conquanto se alinhe a essas hipóteses – de cumprimento de direitos sociais – não se insere naqueles em que o colendo Supremo Tribunal Federal admite a intervenção judicial.

Com efeito, não restam dúvidas de que o fim colimado no presente processo remete-se a interferir numa decisão de governo, referente ao planejamento e execução de política pública, especificamente relativa à questão carcerária.

Da mesma forma, não se questiona que a pena, diante do que propugna o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III da CF), além de seu caráter retributivo, tem finalidade, que deve ser preponderante, de ressocialização do sentenciado, de modo a permitir-lhe o retorno ao convívio social, o que só pode ser atingido num ambiente que propicie ao encarcerado seu desenvolvimento como ser humano.

Sabe-se, ainda, que o respeito à dignidade também envolve meios e modos, ou seja, instalações adequadas (condignas) aos provisoriamente custodiados e tratamento digno no plano material e sociocultural.

III - Nada obstante, e feito esse breve exórdio, cumpre ressaltar que a jurisprudência da Corte Suprema no Brasil vem se inclinando no sentido de que a “judicialização” das políticas públicas não se estende àquelas referentes à política penitenciária, como se infere dos seguintes precedentes:

“A permanecer hígida a decisão em comento, qual seria a justificativa, no âmbito jurídico-social, para que a cadeia de Canoinhas fosse reformada com primazia, quando tantas outras, alguma em pior situação, por falta de verbas aguardem por idêntica solução. O próprio magistrado referiu que a cadeia pública de Itaiópolis, comarca vizinha, aguarda, inclusive há mais tempo por reformas, encontrando-se também interdita. Não parece razoável, ante tal quadro fático, que o Judiciário exija do Executivo o direcionamento de verbas para atender de forma privilegiada, ou específica, uma comunidade. Como muito bem lembrou o recorrente, a forma pela qual o Estado deve garantir o direito à segurança pública está condicionada a políticas sociais e econômicas, o que permite a conclusão de que qualquer atuação nesse sentido deve ser realizada de forma global e atender aos planos orçamentários traçados nos artigos 165 a 167 da Constituição Federal.” (STF – RE n. 365.299/SC, rel. Carlos Velloso, j. 16.11.2005).

“O Ministério Público do Estado do Paraná propôs ação civil pública visando à imposição, ao governo estadual, de obrigação de fazer consubstanciada na construção de estabelecimento prisional adequado. O Tribunal de Justiça local afirmou que o reconhecimento da pretensão deduzida pelo Ministério Público afrontaria ao princípio da ‘separação dos poderes’, vez que ‘no presente caso, tem relevante destaque o princípio da conveniência do ato. Ocorre que o exame de dito princípio é da exclusiva competência do Poder Executivo, na medida que de seus cofres é que advirão os valores necessários à obra’. A forma como o Estado-membro vai garantir o direito à segurança pública há de ser definida no quadro de políticas sociais e econômicas cuja formulação é atribuição exclusiva do Poder Executivo. Não cabe ao Judiciário determinar a realização de obras em cadeia pública. Nesse sentido, o RE n. 365.299,

relator o Ministro Carlos Velloso, DJ, de 09.12.2005. Nego seguimento ao recurso extraordinário com fundamento no disposto no artigo 21, parágrafo 1º, do RISTF” (STF – RE n. 422.298, rel. Eros Grau, j. 28.06.2006).

Nesse mesmo sentido, confirmam-se os seguintes importantes julgados dessa Suprema Corte:

1. STF – RE n. 403.806/PR, rel. Cezar Peluso, j. 30.07.2007, e
2. STF – RE n. 401.758/GO, rel. Gilmar Mendes, j. 22.02.2008.

A linha que separa os casos que têm por objeto o direito à saúde e ao ensino dos que se referem a direito de adequado estabelecimento penitenciário – de forma genérica – é tênue, mas perceptível e definível e, portanto, diferenciadora.

Como não se desconhece, a doutrina social da Igreja, as filosofias igualitárias e humanistas, a Constituição Mexicana de 1917 e a alemã de 1919 foram marcos importantíssimos na configuração de uma “segunda geração” de direitos fundamentais – os chamados direitos econômicos e sociais (cf. Teori Albino Zavascki, Direitos fundamentais de terceira geração, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, n 15, p. 227-232, 1998).

Do que infere que apenas aqueles direitos sociais que se traduzem numa vontade expressa e determinada do constituinte, no sentido de cometer ao Estado uma prestação positiva a concretizá-los, autorizam a intervenção judicial. Nesses casos a norma constitucional transcende ao programático, ao esperado, atingindo o *status* de imposição de dever estatal.

Não é esse o caso dos autos nem se insere na hipótese *sub examine*.

Como se depreende dos julgados colacionados, a questão carcerária não foi tratada de forma expressa e específica na Constituição Federal, não se referindo, portanto, a “direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”, pelo que inviável a “judicialização” de sua solução.

É imperioso esclarecer que não se está aqui a admitir a legitimação de qualquer abuso ou maltrato dirigido a presos, provisórios ou condenados, nem a adolescentes aos quais foi imputada a prática de algum ato infracional.

O que se pretende é, exclusivamente, analisar a situação à luz da conjuntura socioeconômica brasileira.

Diante de um escalonamento constitucional de objetivos e metas – e há um efetivo escalonamento, já que o constituinte, em alguns poucos casos, cometeu expressamente ao Estado o dever de concretizar o direito, notadamente os sociais – é razoável que se priorizem aqueles exaltados pelo constituinte.

Isso porque os recursos empregados nas prestações estatais são limitados, inviabilizando a satisfação de todos os requisitos à configuração de uma sociedade utópica.

Vale dizer, dentro de um processo gradativo – como é o de satisfação de direitos sociais - é legítimo o estabelecimento de prioridades – eis que a denominada

“reserva do possível” impede sejam alocados recursos concomitantes no cumprimento de todas as atividades consideradas de interesse da sociedade – sendo que a determinação dessas prioridades incumbe à Administração Pública e não ao Poder Judiciário, diferentemente do que ocorre com as prestações cometidas expressamente ao Poder Público pela Constituição, que admitem contraste, sob o aspecto da legalidade.

Naquele caso – como no dos autos – a situação é de mérito administrativo que escapa à apreciação judicial.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados deste Tribunal de Justiça, não reproduzidos na r. sentença recorrida:

“Ação Civil Pública – Registro. Cadeia pública. Reforma e adequação das instalações existentes. 1. Ação civil pública. Não se trata de interesse difuso da sociedade, mas sim de interesse coletivo de pessoas determinadas, no caso os presos dessa cadeia pública, a um ambiente seguro e salubre. Correta a via escolhida e a legitimação extraordinária do *Parquet*. 2. Obrigação de fazer. A jurisprudência vem se inclinando no sentido de que não cabe ao juiz interferir nas prioridades do Executivo com relação à realização de obras e destinação de dinheiro público, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes (art. 2º da CF) e à necessidade de prévia dotação orçamentária (art. 167 da CF). Não se vê fundamento para o juiz, ao invés do administrador, definir a ordem em que essas reformas e construções serão realizadas. 3. Cadeia pública. Não se admite que o prédio seja mantido nas condições de insalubridade e insegurança que os autos descrevem, nem que os presos sejam submetidos à superlotação e ao tratamento desumano ali existente. Necessidade de providências pelo Juiz Corregedor dos Presídios. Apelo voluntário e reexame necessário provido para julgar a ação improcedente. Expedição de ofício ao Corregedor Geral da Justiça.” (TJSP – Apel. n. 550.092-5/3-00, 10ª Câ. Dir. Público, rel. Torres de Carvalho, j. 30.03.2009).

“Ação Civil Pública – Interdição de cadeia pública de Paulínea e transferência dos presos que ali estão recolhidos. O que se espera do administrador público é que ele seja competente e cumpra com o seu dever de bem gerir o bem público, mas não pode o Poder Judiciário substituir sua vontade, sua opção de como conduzir a Administração. Recurso provido.” (TJSP – AI n. 819.841-5/2-00, 11ª Câ. Dir. Público, rel. Pires de Araújo, j. 05.10.2009).

“Ação Civil Pública – Obrigação de fazer. Remoção imediata de presos superiores ao número de vinte para outro estabelecimento prisional, cumulada com obrigação de fazer consistente no não recolhimento de presos acima desta quantidade, sob pena de multa diária. Exigência formulada pelo Ministério Público. Inadmissibilidade. Intromissão coiistitucionalmente vedada na esfera da competência do Executivo, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes. Sentença de procedência. Re-

cursos – oficial e voluntário – providos.” (TJSP – Apel. n. 721.215-5/7-00, 7ª Câm. Dir. Público, rel. Guerrieri Rezende, j. 09.02.2009).

“Ação Civil Pública – Obrigação de Fazer dirigida ao Estado de São Paulo, sob pena de multa diária. Alegação de carência da ação rejeitada. Determinação judicial de imediata transferência de presos e desativação de cadeia pública, em vista da falta de condições para a devida execução das penas. Descabimento. Normas gerais despidas de autoaplicabilidade, dependentes de regulamentação. Omissão do Poder Executivo não configurada. Autonomia administrativa dos Estados, que observam critérios de conveniência e oportunidade na execução das respectivas obras. Judiciário que não pode determinar prioridades orçamentárias, nem substituir critérios discricionários. Precedentes da jurisprudência. Ação improcedente. Recurso provido.” (TJSP – Apel. n. 628.928.5/2, 3ª Câm. Dir. Público, rel. Oliveira Passos, j. 21.11.2007).

IV - Cumpre, ainda, ressaltar que questão parelha e com a mesma direção foi apreciada pelo Conselho Nacional de Justiça, cuja ementa é a seguinte:

“O enfoque a ser dado ao problema da superpopulação prisional transcende os limites pontuais em cada caso, porquanto é macro, sistêmico, mundial e complexo. Não pode ser abordado isoladamente, mas sim receber tratamento conjunto de todos os órgãos setoriais envolvidos dos Poderes Judiciário e Executivo, por meio dos canais competentes, sob pena de usurpação da competência originária para formulação das políticas públicas de administração penitenciária, ocasionando violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88) e à cláusula da reserva do possível (APDF n. 45).” (CNJ – PCA n. 200810000008454, rel. Cons. Jorge Maurique – 67ª Sessão, j. 12.08.2008, DJU, de 01.09.2008).

Mostra-se oportuno transcrever parte do voto do relator, no julgamento acima referido:

“Por outra banda, não é de competência isolada do Poder Judiciário a definição das políticas públicas atinentes à administração penitenciária, não podendo, ainda, se imiscuir nos assuntos pertinentes ao Poder Executivo, sob pena de violar o princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CF/88). A questão é fundamentalmente de eleição de prioridades governamentais de competência do Poder Executivo, cuja efetivação possui seus mecanismos próprios no atual regime democrático. Qualquer invasão dessa competência poderia criar situação de conflito que eventualmente poderá redundar em usurpação dos critérios de oportunidade e conveniência privativos da Administração. É ela que detém o planejamento de curto, médio e longo prazo, na busca da melhor acomodação dos presos, não se mostrando razoável desconsiderá-los mediante tomada de medidas graves e de enorme repercussão no sistema como um todo, como ocorre no caso de uma interdição prisional. O Estado, portanto, possui limitações em seu campo de atuação. Esse limite de atuação do Estado foi

conceituado na *cláusula da reserva do possível* (*Vorbehah des Moglichen*), a qual adveio da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) por ocasião da análise da constitucionalidade das normas administrativas que limitavam o ingresso no curso de medicina da Universidade de Hamburgo (BverGE 33/333). Importante mencionar que o nosso Supremo Tribunal Federal adotou o mecanismo por ocasião dos julgamentos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF (cujos fundamentos foram posteriormente renovados no Recurso Extraordinário n. 410.715/SP), de relatoria do Ministro Celso de Mello [...].”

V - Impõe-se, ainda, enfatizar e deixar acentuado que, se por um lado a cláusula da “reserva do possível” não pode ser invocada pelo Estado para o só fim de exonerar-se de obrigações constitucionais, com aniquilação de direitos fundamentais, por outro, tem-se que os condicionamentos impostos por ela ao processo de concretização dos direitos de segunda geração traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

VI - Assim, considerando que o disposto no artigo 2º, da Constituição Federal – princípio da separação dos poderes – obsta o acolhimento da pretensão deduzida no presente processo, outra solução não se mostra cabível que não a improcedência da ação.

Por fim, para efeito de eventual prequestionamento visando à oposição de recursos para os Tribunais Superiores, tem-se que não houve ofensa ou negativa de vigência a qualquer disposição de lei federal, nem se vislumbra a inconstitucionalidade de qualquer desses preceitos ou teses frente à Carta Magna.

VII - Em razão do exposto, dão provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial, reformando a r. sentença recorrida, para o fim de julgar improcedente a presente ação.

RUI STOCO
Relator

