



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS

EXCELENTÍSSIMOS DESEMBARGADORES

HONROSA PROCURADORIA DE JUSTIÇA

Autos: Agravo de Instrumento nº 200705124155

Relator: Desembargador João de Almeida Branco

Agravante: ESTADO DE GOIÁS

Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

Natureza: **CONTRAMINUTA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO**

Tratam os autos de um recurso de Agravo de Instrumento interposto pelo ESTADO DE GOIÁS, com pedido de efeito suspensivo contra a decisão interlocutória de fls. 20-26, proferida pela Meritíssima Juíza de Direito da Comarca de Itapaci, nos autos da Ação Civil Pública nº 200704030432, cujo dispositivo ficou assim publicado:

Posto isto, **defiro parcialmente o pedido de liminar para determinar a interdição progressiva e provisória da Cadeia Pública de Itapaci**, durante o período de reparos, sendo inicialmente na cela destinada aos detentos do semi-aberto e, posteriormente, nas celas dos detentos do regime fechado e dos menores infratores, e **determino** que o requerido **promova a reforma emergencial** da Cadeia Pública de Itapaci de Goiás, ultimando-a no prazo máximo de 90 (noventa) dias, devendo assegurar as condições mínimas de segurança e salubridade.

Para a realização das reformas emergenciais, o requerido deverá retirar os presos de uma das celas e, posteriormente – após o término dos reparos da respectiva cela, retirá-los da outra, colocando-os na cadeia pública de Pilar de Goiás, ou na Penitenciária da capital do Estado, ou, ainda, em local que sabe ser apropriado à execução penal, já que cabe ao Estado de Goiás, através do Poder Executivo, proporcionar locais adequados à custódia de presos.¹

¹ Dispositivo da decisão interlocutória agravada.

Autos: Agravo de Instrumento nº 200705124155



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

A combatida decisão, ainda, determinou o modo como seriam retirados os presos durante as obras nas celas e, por fim, cominou multa diária no valor de R\$ 1500,00 (um mil e quinhentos reais) por dia de atraso, a ser revertida ao Fundo Penitenciário Estadual.

Em suas razões, o agravante aduziu ser nula a decisão recorrida, por contrariar o comando vertido no artigo 2º da Lei 8437/92 (*“No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.”*).

Ponderou, ainda, que foi violado o artigo 1º, § 3º, da Lei 8437/92 (*“Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.”*).

Ressaltou, também, que com o deferimento da medida liminar o juízo da comarca de Itapaci afrontou o artigo 2º da Constituição Federal de 1988.

Salientou que não estavam presentes os pressupostos exigidos à concessão da liminar pleiteada (*fumus boni juris e periculum in mora*).

Além de tudo isso, invocou em favor do Estado de Goiás a *cláusula da reserva do possível* e, de igual modo, quanto à reforma emergencial da Cadeia de Itapaci, que “não há qualquer previsão orçamentária para tanto (LOA)”.

Pugnou, em arremate, pela concessão liminar de efeito suspensivo à decisão agravada, até o pronunciamento definitivo deste egrégio Tribunal de Justiça. E, no mérito, por sua reforma integral.



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

Apreciando o recurso deduzido, o ilustrado Desembargador-relator João de Almeida Branco deferiu parcialmente o pedido de efeito suspensivo “*tão-somente para suspender a aplicação da multa diária fixada na sentença agravada*”.

É o sucinto relatório.

No que toca ao *juízo de admissibilidade* do recurso ora examinado, calha ressaltar que foram preenchidos todos os requisitos intrínsecos (*cabimento; legitimação para recorrer; interesse em recorrer e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer*) e extrínsecos (*tempestividade; regularidade formal e preparo – isento, in casu*) para o **conhecimento** do recurso.²

No que tange ao *meritum causae*, desde já, vale rechaçar por completo as razões do agravante, sendo certo que a respeitável decisão recorrida não está a merecer nenhum retoque.

Nesta senda, importa rebater os argumentos trazidos pelo agravante. Em primeiro lugar, nota-se, facilmente, a fraqueza da argumentação segundo a qual a decisão recorrida seria nula por não ter observado o disposto no artigo 2º da Lei 8437/92.

Como se sabe, a necessária oitiva prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, no prazo estabelecido no artigo supracitado, em inúmeros casos, vem sendo afastada pelos Tribunais, em nome da efetiva tutela de interesses maiores que estejam sendo lesados ou postos sob ameaça de lesão.

² “O controle da admissibilidade pode e deve ser feito de ofício pelo órgão competente. No que concerne ao juízo que lhe espelha o resultado, se *positivo*, pode e costuma ser ***implícito*** (...). Sempre que o órgão passou ao exame do mérito, entende-se que respondeu de modo *afirmativo* à questão da admissibilidade. **O juízo negativo de admissibilidade, esse tem de ser explícito e fundamentado.**” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 120 – sem destaques na redação original).

Autos: Agravo de Instrumento nº 200705124155



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

Nesse contexto, dissertando sobre o dispositivo em alusão, com a maestria de sempre, o afamado membro do Ministério Público paulista HUGO NIGRO MAZZILLI pondera que:

Na concessão de liminares contra ato Poder Público, exige-se prévia audiência do representante judicial da pessoa jurídica de Direito Público, que deverá pronunciar-se em 72 horas. **Embora não o diga a lei, essa exigência só terá razoabilidade se não significar denegação de acesso efetivo à prestação jurisdicional; a se entender o contrário, cairíamos em flagrante inconstitucionalidade.**³

Exatamente nessa trilha, esta egrégia Corte de Justiça, nos autos de um agravo de instrumento interposto pelo Estado de Goiás em uma ação civil pública que visava a interdição do estabelecimento prisional da comarca de Hidrolândia-GO, abrandou o teor da regra estatuída no artigo 2º da Lei 8437/92 e manteve a decisão liminar que determinou a interdição provisória do referido estabelecimento. Tal decisão foi assim ementada:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. CONCESSÃO DE LIMINAR ATRELADA À PRÉVIA AUDIÊNCIA DO REPRESENTANTE JUDICIAL DA PESSOA JURÍDICA - ART. 2º DA LEI Nº 8.437/92. ARTIGO 273 DO CPC. I – **Não há se falar em violação ao disposto no no art. 2º da Lei nº 8.437/92 quando a concessão da medida liminar mostra-se extremamente premente.** II – **Presentes os pressupostos do art. 273 do CPC, quais sejam a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação de a Cadeia não estar em boas condições físicas, o periculum in mora, demonstrado na possibilidade de comprometimento da integridade dos presos, bem como a reversibilidade da medida, impende a manutenção da decisão que concedeu interdição provisória.** Agravo conhecido e improvido. (3ª CÂMARA CÍVEL DO TJGO. AI nº 52203-9/180 (200602784632). Des. Rel. Rogério Arédio Ferreira).

³ *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 382 – original sem destaques.
Autos: Agravo de Instrumento nº 200705124155



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

Não divergindo deste entendimento, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina também já teve oportunidade de relativizar a aplicação do combatido artigo 2º da Lei 8437/92, em caso semelhante ao ora examinado. A propósito, veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PREFACIAL - CONCESSÃO DE LIMINAR ATRELADA À PRÉVIA AUDIÊNCIA DO REPRESENTANTE JUDICIAL DA PESSOA JURÍDICA - ART. 2º DA LEI Nº 8.437/92 - CUMPRIMENTO QUE DEVE CEDER EM RAZÃO DA URGÊNCIA. Não há que se falar em violação ao disposto no art. 2º da Lei nº 8.437/92 quando a concessão da medida liminar mostrar-se extremamente premente e os bens ameaçados de violação forem de difícil reparação. AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL - PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - LIMINAR DEFERIDA - AUSÊNCIA DE PROVAS - ÔNUS DE INSTRUÇÃO DO RECURSO INCUMBE AO AGRAVANTE. Para a concessão da tutela antecipada, nos casos de fundado receio de dano irreparável, requer-se a presença dos requisitos que possibilitem o convencimento do magistrado acerca do direito argüido, quais sejam: prova inequívoca e verossimilhança das alegações. A decisão liminar que antecipa os efeitos da tutela apenas será desconstituída quando houver provas contundentes da não existência de alguns dos requisitos legais, cujo ônus probatório incumbe ao agravante. (Agr. Inst. nº 2005.027685-5, **1ª CÂM. DIREITO PÚBLICO DO TJSC**, Rel. Volnei Carlin. unânime, DJ 28.06.2006).

Ultrapassado este ponto inicial, observa-se que merece ser sumariamente rejeitada, também, a alegação do recorrente no sentido de que “*fazendo-se o cotejo dos pedidos formulados em sede liminar e os de mérito (procedência dos pedidos), verifica-se flagrantemente que aqueles nada mais são do que antecipação destes, de sorte que a prevalecer a decisão liminar, ora agravada, esgotado estará, ainda que em grande parte, o objeto da ação (...)*”. Ora, esta asserção do agravante não poderia ser mais desarrazoada, pois, basta dar uma olhadela na petição inicial da Ação Civil Pública – que subsidiou o deferimento da liminar guerreada – para perceber que o seu *objeto principal* não se assemelha, nem de longe, com o *objeto do pleito liminar*.



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

Nesse ritmo, vale registrar que, *em caráter liminar*, foi requerida a INTERDIÇÃO PROVISÓRIA e a REFORMA EMERGENCIAL do estabelecimento prisional de Itapaci-GO. Já em *caráter definitivo*, o pedido foi bem diverso, a saber: “*a CONDENAÇÃO DEFINITIVA do réu ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente na CONSTRUÇÃO de um estabelecimento penal na cidade de Itapaci, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, observando-se, para tanto, os parâmetros legais estabelecidos pelo Título IV da Lei 7210/84 (Lei de Execução Penal) e, ainda, pelos artigos 8º, 9º, 10 e 41 da Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (que fixou as REGRAS MÍNIMAS PARA O TRATAMENTO DO PRESO NO BRASIL), sob pena de multa diária estabelecida no valor de R\$ 1500,00 (mil e quinhentos reais), que deverá reverter-se em favor do Fundo Penitenciário Estadual, em caso de atraso ou descumprimento da determinação constante da sentença*”.

Pelo que já foi exposto, fica claro que o pleito liminar (*interdição e reforma emergencial da cadeia e Itapaci*) não guarda nenhuma identidade com o objeto principal da ação (*construção de um estabelecimento prisional*). Do mesmo modo, fica fácil notar que o deferimento parcial da medida liminar requerida⁴ não tem absolutamente nenhuma semelhança com o objeto principal da ação civil pública (repita-se à exaustão: *construção de um estabelecimento prisional*). Totalmente improcedente, portanto, esta alegação do agravante.

Ad argumentandum tantum, para desmoronar definitivamente esta alegação do agravante, seria possível citar o ilustrativo julgado que se segue, por subsumir-se com rara perfeição ao caso *sub judice*. *In verbis*:

⁴ “Posto isto, defiro parcialmente o pedido de liminar para determinar a INTERDIÇÃO progressiva e provisória da Cadeia Pública de Itapaci, durante o período de reparos, sendo inicialmente na cela destinada aos detentos do semi-aberto e, posteriormente, nas celas dos detentos do regime fechado e dos menores infratores, e determino que o requerido promova a REFORMA EMERGENCIAL da Cadeia Pública de Itapaci de Goiás, ultimando-a no prazo máximo de 90 (noventa) dias, devendo assegurar as condições mínimas de segurança e salubridade” (*Dispositivo* da decisão atacada).



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

AGRAVO DE INSTRUMENTO - **AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - MEDIDA QUE ESGOTA, EM PARTE, O OBJETO DA AÇÃO - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA - POSSIBILIDADE - OBRIGAÇÃO DE FAZER - REFORMA E AMPLIAÇÃO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL** - DEMORA INJUSTIFICADA NA REALIZAÇÃO DE OBRAS NECESSÁRIAS - PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA - INEXISTÊNCIA DE INGERÊNCIA INDEVIDA MULTA POR DESCUMPRIMENTO EXCESSIVA - REDUÇÃO - AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. **O princípio da dignidade humana autoriza a antecipação de tutela para determinar que o Estado tome providências, há muito reclamadas, para resolução de situação precária, insalubre e de insegurança existente em estabelecimento prisional, AINDA QUE ESGOTE, EM PARTE, O OBJETO DA AÇÃO.** “Não obstante haja certa reserva quanto à possibilidade de conceder tutela antecipada em ações movidas contra a Fazenda Pública, o certo é que **não se mostra razoável deixar de se adotar tal medida, que é necessária para evitar riscos à vida dos detentos e funcionários da Cadeia Pública, bem como garantir a segurança da população em geral.**” (Dra. Giovana Pasqual, Juíza de Direito). **É cabível a cominação de multa, em valor razoável, para o caso de descumprimento da ordem judicial.** (Recurso de Agravo de Instrumento nº 96343/2006, 6ª CÂMARA CÍVEL DO TJMT, Rel. Juracy Persiani. j. 06.06.2007, unânime).

No que tangencia ao raciocínio do agravante, no sentido de que *não há qualquer previsão orçamentária para proceder-se à reforma emergencial da cadeia de Itapaci*, não bastasse o seu descompromisso com a tutela mínima dos direitos dos presos, insta notar que a falta de previsão orçamentária para tanto não pode constituir óbice para que a população carcerária itapacina tenha garantido os seus direitos mais comezinhos.

No mais, rebatendo este ponto levantado pelo agravante, o MINISTÉRIO PÚBLICO pede vênias para tomar como seus os excertos do voto do culto Desembargador ROGÉRIO ARÉDIO FERREIRA, proferido nos autos do agravo de instrumento (*supracitado*) interposto pelo Estado de Goiás em uma ação civil pública que visava a



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

interdição do estabelecimento prisional da comarca de Hidrolândia-GO, no qual o citado *magistrado de 2º grau* deixou assente o seguinte:

O agravante sustenta, para ser possível a reforma da Cadeia Pública, a necessidade da existência de previsão orçamentária na LOA (Lei Orçamentária Anual).

O FATO DE NÃO HAVER PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA NA LOA, NÃO OBSTA O ESTADO DE SOLICITAR VERBA COMPLEMENTAR PARA ATENDER QUESTÕES EMERGENCIAIS.

Assim, vislumbro acertada a decisão de primeiro grau, não merecendo reparo, devendo-se manter a liminar concedida até o julgamento meritório da causa.⁵

Também não merece acolhida a afirmação do agravante segundo a qual *não estavam presentes os pressupostos exigidos à concessão da liminar pleiteada (fumus boni juris e periculum in mora)*.

Nesse átimo, com a devida permissão, transcreve-se aqui o “item III” da ação civil pública proposta perante o juízo da comarca de Itapaci, pois, ao que parece, foram especialmente nessas razões que a magistrada *a quo* se estribou para **corretamente** proferir a decisão fustigada. De mais a mais, o agravado crê firmemente que com esta argumentação (fática e jurídica) esta ilustrada Câmara irá manter *in totum* a decisão recorrida. *In ipsius litteris*, segue-se o aludido “item III”:

Baseado no **princípio da efetividade do processo** como instrumento da jurisdição, o legislador tem se preocupado com a tutela preventiva, que, como é cediço, pode revelar-se através de variados instrumentos. É exatamente por esse motivo que alguns diplomas legais têm contemplado a matéria com o objetivo primordial de **evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação em virtude da demora do julgamento da demanda.**

Nesse contexto, insta notar que o artigo 12 da Lei 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública) – “poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação

⁵ Voto proferido no dia 20 de março de 2007, nos autos do AI nº 52203-9/180 (200602784632).
Autos: Agravo de Instrumento nº 200705124155



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

prévia, em decisão sujeita a agravo” –, estabelece de forma clara e precisa a permissão legal dirigida ao magistrado para que este possa, com ou sem justificção prévia, conceder medida **LIMINAR**. Sobre este dispositivo, calha exaltar a precisa lição de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO :

A tutela preventiva tem por escopo impedir que possam consumir-se danos a direitos e interesses jurídicos em razão da natural demora na solução dos litígios submetidos ao crivo do Judiciário. Muito freqüentemente, tais danos são irreversíveis e irreparáveis, impossibilitando o titular do direito de obter concretamente o benefício decorrente do reconhecimento de sua pretensão.

(...) A simples demora, em alguns casos, torna inócua a proteção judicial, razão por que as providências preventivas devem revestir-se da necessária presteza.

Nessa mesma toada, o artigo 84 (e seus parágrafos) do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, aplicável ao caso por força da conjugação dos artigos 21 da Lei 7347/85 e 90 da Lei 8078/90, estabelece objetivamente que:

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 3º. Sendo **RELEVANTE O FUNDAMENTO DA DEMANDA E HAVENDO JUSTIFICADO RECEIO DE INEFICÁCIA DO PROVIMENTO FINAL**, é lícito ao juiz conceder a tutela **liminarmente** ou após justificção prévia, citado o réu.

§ 4º. O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor **multa diária** ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, **fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito**.

§ 5º. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, **remoção de coisas e pessoas**, desfazimento de obra, **impedimento de atividade nociva**, além de requisição de força policial.

Diante destas sumárias razões, estando inequivocamente comprovada a verossimilhança das alegações feitas nesta exordial (**relevante fundamento**



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

da demanda), a concessão de **medida liminar**⁶ é medida que se impõe, para impedir a perpetração da horrenda situação⁷ em que se encontra o estabelecimento prisional de Itapaci, onde tem havido inegável violação de várias normas cogentes, constitucionais e legais.

Ademais, há que se reconhecer, em conformidade com as “súplicas” transcritas no item I (dos fatos) desta inicial, que a realização de uma urgente reforma no prédio do estabelecimento carcerário de Itapaci e, ainda, sua interdição temporária, são medidas de estrita cautela e prudência, haja vista que os presos que lá se encontram estão sobrevivendo em condições absolutamente desumanas, degradantes e insalubres, além do que, pela fragilidade da estrutura do prédio (ausência de segurança), a qualquer momento poderá ocorrer uma fuga em massa se a situação permanecer como está (demonstrado, pois, o **justificado receio de ineficácia do provimento final**).

Em suma: o *fumus boni juris* encontra-se fartamente demonstrado, por intermédio da flagrante violação aos direitos fundamentais dos presos alojados no presídio municipal. Por sua vez, o *periculum in mora* também está devidamente caracterizado, pelo fato de os detentos encontrarem-se submetidos a condições completamente insalubres, em uma cadeia que não reúne condições mínimas para a necessária contenção dos presos. Nessa esteira, parece fora de dúvida, ante a situação da carceragem, a extrema insegurança dos policiais e da população itapacina, que vive submetida a risco diuturno, ante a perene possibilidade de fuga dos internos (tudo em conformidade com as peças de informação anexas).

Dessarte, ante a **evidente ilegalidade da postura omissiva do réu**, é forçoso reconhecer que, caso não seja concedida a pleiteada medida liminar, o

⁶ “Por medida liminar deve-se entender medida concedida *in limine litis*, i. é., no início da lide, sem que tenha havido ainda a oitiva da parte contrária. Assim, tem-se por liminar um conceito cronológico, caracterizado por sua ocorrência em determinada fase do procedimento, qual seja, o seu início (...). É bom que se ressalte que não há violação da garantia do contraditório na concessão justificada pelo perigo, de providências jurisdicionais antes de ouvida a outra parte (**inaudita altera parte**). **O contraditório, neste caso, é posposto para momento posterior à concessão da providência de urgência.**” (DIDIER Jr., Fredie, e outros. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 2. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 529-530).

⁷ **Como dito em linhas volvidas, o estabelecimento carcerário de Itapaci não conta com a mais básica estrutura de “segurança” e, além disso, é absolutamente “insalubre”.**



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

exercício do direito constitucional à vida digna e à dignidade permanecerá tolhido, em escancarado prejuízo para a ressocialização dos presos recolhidos no cárcere deste Município. Ou será que o demandado acredita ser possível a dita ressocialização num estabelecimento penal como o que temos em Itapaci?!⁸

Assim sendo, por revelar-se a concessão de **medida liminar** como atitude de **extrema necessidade** (no caso sub judice), é que o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS a requer, nos seguintes termos⁹:

a) que seja decretada, liminarmente (inaudita altera parte), a INTERDIÇÃO PROVISÓRIA do estabelecimento prisional do Município de Itapaci, determinado-se a remoção imediata dos presos (em conformidade com o § 5º do artigo 84 do CDC) lá recolhidos para outros estabelecimentos penais (preferencialmente, para cidades circunvizinhas), em condições de segurança e salubridade compatíveis com a dignidade do ser humano.¹⁰

b) que a interdição provisória do aludido estabelecimento prisional perdure até que seja construído outro estabelecimento penal no Município de Itapaci, nos moldes requeridos na letra f, do item IV (infra);

c) que o demandado seja liminarmente compelido à obrigação de fazer (REFORMA EMERGENCIAL), consistente em efetuar as obras necessárias no

⁸ Vê-se que o *perigo da demora* também está nas conseqüências que serão suportadas por toda a sociedade que espera a ressocialização dos presos. Como se sabe, a população aguarda que os internos saiam dos presídios saudáveis, reeducados e aptos ao trabalho.

⁹ “AÇÃO – Condições – Ação civil pública objetivando a **interdição** de cadeia pública e a sua conseqüente **reforma** – Pedido juridicamente possível – **Ministério Público que visa a obrigar a Administração a cumprir a lei** – Preliminar rejeitada.” (TJSP. AI nº 159.884-5-Itanhaém, j. de 07/06/2000, Relator: Paulo Travain).

¹⁰ “(...) O fato de se conceder a liminar de interdição provisória visa garantir a integridade dos detentos, não interessando se são dois ou duzentos. **A finalidade da pena é corrigir o erro, mas de forma a não agredir de maneira alguma a dignidade da pessoa humana. Manter presos em uma Cadeia sem condições físicas é comprometer até mesmo a sua saúde, restando assim configurado o requisito do *periculum in mora***, questionado pelo recorrente. (...). Sendo assim, vislumbro acertada a decisão de primeiro grau, não merecendo reparo algum, devendo-se **manter liminar concedida até o julgamento meritório da causa.**” (TJGO. Excertos do voto do Des. Felipe Batista Cordeiro, proferido no julgamento do AI nº 48579-1/180 (200503549457), Comarca de Iporá. Agravante: Estado de Goiás. Agravado: MPOG. Julgado em 18/04/2006 – **VOTAÇÃO UNÂNIME**).

Autos: Agravo de Instrumento nº 200705124155



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

estabelecimento prisional de Itapaci, no prazo máximo de 90 (noventa dias), no afã de que este venha a ter condições suficientes para garantir os mínimos direitos dos presos, e, de igual modo, as condições básicas de higiene, saúde, salubridade e segurança, sob pena de multa diária estabelecida no valor de R\$ 1500,00 (mil e quinhentos reais)¹¹, que deverá reverter-se em favor do Fundo Penitenciário Estadual, em caso de atraso ou descumprimento da determinação liminar.

Ultrapassado este ponto, refutar-se-á agora, de forma conglobada, dois outros argumentos indevidamente levantados pelo agravante contra a decisão recorrida, a saber: a suposta violação ao *pacto federativo* e a irracional invocação da *cláusula da reserva do possível*.

O agravante pretende seja reconhecido por este Tribunal de Justiça que o deferimento da liminar combatida constituiu “*indevida ingerência do Poder Judiciário na definição e execução das políticas públicas – no caso concreto da política penitenciária – determinando as prioridades da Administração Pública, malferindo, pois, o artigo 2º da Constituição Federal*”. Nada mais errado!

Diluindo por completo a força desta alegação do agravante, cita-se a mesma doutrina de HUGO NIGRO MAZZILLI invocada nas razões do agravo, *incluindo*, porém, *as partes que ele (agravante) preferiu omitir*, sendo certo que estas (*as partes*

¹¹ “(...) Tecidas tais considerações, entendo não haver respaldo a justificar a cassação da decisão recorrida. Não obstante, com ênfase nos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, aplicáveis à Administração Pública, tenho por bem **prorrogar o prazo fixado pela decisão recorrida para a conclusão da reforma emergencial da Cadeia Pública de Valparaíso, alterando-o de 60 (sessenta) para 90 (noventa) dias**, contados a partir da intimação do agravante deste acórdão. Firme nesse entendimento, determino, ainda, o **pagamento de multa diária no valor de R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais)**, a ser revertida em favor do Fundo Penitenciário Estadual, em caso de atraso ou descumprimento da determinação liminar proferida pelo Juízo monocrático (fls. 80/81).” (TJGO. Excertos do voto do Des. Zacarias Neves Coêlho, proferido no julgamento do AI nº 38764-2/180 (200400836844), Comarca de Valparaíso de Goiás. Agravante: Estado de Goiás. Agravado: MPMGO. Julgado em 06/12/2005 – **VOTAÇÃO UNÂNIME**).

Autos: Agravo de Instrumento nº 200705124155



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

propositalmente omitidas) não deixam a menor dúvida no sentido de que o deferimento da medida liminar, tal como ocorrera *in casu*, não tem o condão de violar o primado da separação dos Poderes. Sem maiores delongas, veja-se:

A pretexto de conceder tutela a interesses transindividuais, não pode o Poder Judiciário administrar em lugar do administrador ou impor ao Poder Executivo diretrizes de oportunidade e conveniência que só a este incumba considerar. Isso afasta, em princípio, a possibilidade de ajuizamento de ações civis públicas ou coletivas, em matéria cujo juízo discricionário seja conferido pela lei estritamente ao administrador (o chamado mérito do ato administrativo discricionário).

ENTRETANTO, MESMO TENDO PRESENTE ESTA ADVERTÊNCIA, O PODER JUDICIÁRIO PODE REVER: a) o ato administrativo vinculado ou discricionário, sob os aspectos de competência e legalidade; b) o ato administrativo vinculado, na sua fundamentação; c) o ato administrativo vinculado ou discricionário, quando tenha havido imoralidade, desvio de poder ou finalidade, ou evidente desvio de eficiência ou de razoabilidade; d) o ato administrativo discricionário, no mérito, quando a administração o tenha motivado, embora não fosse obrigada a fazê-lo, e assim fosse vinculada a seus motivos determinantes; e) **O ATO ADMINISTRATIVO DE REAÇÃO IMPOSITIVA.**

Cabem esclarecimentos complementares quanto a esta última hipótese, que diz respeito a uma espécie de ato administrativo vinculado. Por ato administrativo de reação impositiva, queremos significar o dever que tem a administração de reagir, por meio de seus agentes, “em detectando infração à lei ou em cuidando de fatos já ocorridos ou por ocorrer. DEVE INTERDITAR O IMÓVEL EM RUÍNA; deve coibir o uso dos bens públicos; deve embargar a obra feita em desacordo com as posturas municipais; deve impedir a comercialização de alimentos deteriorados; deve impedir a prática de crime de que tenha notícia. **Não há discricionariedade: sua conduta é**



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

obrigatória e decorre do simples fato da infração”¹². Em todos esses casos, a reação do administrador é obrigatória e vinculada.¹³

Nada impede, pois, que, em tese, se proponha uma ação civil pública ou coletiva contra o Estado, com pedido consistente em obrigação de fazer. Nesse sentido, o CDC fornece exemplo de ação coletiva para impor legítima obrigação de fazer ao administrador: “Os legitimados a agir na forma deste Código poderão propor ação visando compelir o Poder Público competente a proibir, em todo o território nacional, a produção, divulgação, distribuição ou venda, ou a determinar a alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal”¹⁴.

Em síntese, não cabe ao Poder Judiciário impor critérios ou prioridades de ação ao administrador: este é que escolhe as atividades que vai fiscalizar ou as obras que vai fazer, as que vai empreender de imediato e as que vai postergar para momento mais oportuno. Mas, se um particular invade uma área pública, se um medicamento adulterado é colocado no mercado, se um funcionário comete alcance – é impositiva a reação do administrador contra as infrações à lei.

POR ESSE E PELOS DEMAIS FUNDAMENTOS, EXEMPLIFICATIVAMENTE, NÃO SE PODE AFASTAR DO EXAME DO JUDICIÁRIO O PEDIDO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE VISE A COMPELIR O ADMINISTRADOR A dar vagas a crianças nas escolas ou a investir no ensino, A ASSEGURAR CONDIÇÕES CONDIGNAS E SUFICIENTES PARA O CUMPRIMENTO DAS PENAS PELOS SENTENCIADOS, a propiciar atendimento adequado nos postos de públicos de saúde, a assegurar condições de saneamento ou segurança no Município ou no Estado etc. O que não se há de admitir, porém, é o uso da ação civil pública ou coletiva para administrar em lugar do governante.¹⁵

¹² Ap. Cív. n. 85.594-5/0 – S. Paulo, 8ª Câmara. Direito Público TJSP, rel. Des. Torres de Carvalho (*DOE*, I, 9-02-00, p. 20).

¹³ REsp. n. 292.846-SP, 1ª T. STJ, j. 7-03-02, v.u., rel. Min. Humberto de Barros, *DJU*, 15-04-02, p. 172.

¹⁴ CDC, art. 102.

¹⁵ *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 114-115.

Autos: Agravo de Instrumento nº 200705124155



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

Com o mesmo pensar do professor MAZZILLI, um dos maiores expoentes do *parquet* fluminense, o mestre JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, tratando da ingerência constitucional do Poder Judiciário na Administração Pública (*sem violação ao artigo 2º da CF/88*), dispara que se o pedido na ação civil pública tratar-se “de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, é juridicamente possível **quando estiver preordenado a determinada situação concreta, comissiva ou omissiva, causada pelo Estado**, da qual se origine a violação dos interesses coletivos ou difusos”¹⁶.

Descendo a minúcias, o citado autor exemplifica seu posicionamento citando um julgado oriundo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹⁷, o qual, *mutatis mutandis*, pode ser aplicado com distinta perfeição ao caso ora apreciado. Confira-se:

O mesmo órgão, em caso diverso, também em ação civil pública movida pelas atuantes Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude do Ministério Público fluminense, **negou provimento a agravo interposto pelo Estado do Rio de Janeiro e pela Fundação Estadual de Educação do Menor (FEEM), CONTRA LIMINAR QUE DETERMINOU AOS RÉUS, DE PLANO, O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE EFETUAR IMEDIATOS REPAROS EM DETERMINADO ESTABELECIMENTO DE ABRIGO DE ADOLESCENTES DO SEXO FEMININO (ESCOLA SANTOS DUMONT) ONDE REINAVA CAÓTICA SITUAÇÃO.**¹⁸

O próprio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, demonstrando não ser absolutamente estanque a separação entre os Poderes da República, já teve ocasião para acentuar que:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases

¹⁶ *Ação Civil Pública: comentários por artigo*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 85.

¹⁷ Proc. nº 642/93, Relatora a Des. AUREA PIMENTEL PEREIRA (acórdão de 30/9/1993).

¹⁸ *Ação Civil Pública: comentários por artigo*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 86.
Autos: Agravo de Instrumento nº 200705124155



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão — por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório — mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’. (RE 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, julgamento em 22-11-05, DJ de 3-2-06).

Ainda sobre a possibilidade de o Poder Judiciário decidir sobre a obrigatoriedade da implementação de políticas públicas, recente decisão do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, no âmbito do Recurso Especial nº 493.811-SP (2002/169619-5), cuja ementa segue adiante transcrita, merece destaque:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - **AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.** 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso Especial provido. (Recurso Especial nº 493.811-SP (2002/0169619-5), Relatora: Ministra Eliana Calmon. Recorrente: MPSP. Recorrido: Município de Santos).

Em virtude da lucidez e da relevância dos argumentos expendidos pela eminente Ministra Relatora do julgado acima (Dra. ELIANA CALMON), mostra-se imperiosa a transcrição de parte do voto que proferiu no *Recurso Especial* supracitado:



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

A Constituição Federal de 1988 revolucionou o Direito Administrativo brasileiro, ao substituir o modelo do Estado liberal, traçado na Era Vargas, para o Estado social e democrático de direito.

No primeiro, o Estado distanciava-se da vida social, econômica e religiosa dos indivíduos, mantendo-os independentes em relação a ele, que estava presente para garantir-lhes essa independência, interferindo minimamente e deixando que a sociedade seguisse, como ordem espontânea dotada de racionalidade imanente.

Mas o novo modelo emancipou a sociedade em relação ao Estado, reaproximando-os. Daí o surgimento das políticas intervencionistas, como contraponto de uma sociedade que se politiza.

As transformações no modo de atuar do Estado alteraram a estrutura da sociedade, acarretando a diluição dos limites entre o Estado e a sociedade, vinculados por um número crescente de inter-relações. No dizer de **Bobbio**, 'o Estado e a sociedade atuam como dois momentos necessários, separados, mas contíguos, distintos, mas independentes do sistema social em sua complexidade e articulação interna'.

O novo modelo ensejou a multiplicação de modos de solução de problemas, mediante negociações, acordos, protocolos de intenções. Esse intrincamento de vínculos torna impossível a previsão em normas legais de todas as diretrizes de conduta a serem observadas e de soluções a serem adotadas.

Essa digressão sociológica é importante para direcionar o raciocínio de que não é mais possível dizer, como no passado foi dito, inclusive por mim mesma, que o Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do administrador. E as atividades estatais, impostas por lei, passam a ser fiscalizadas pela sociedade, através do Ministério Público, que, no desempenho de suas atividades precípuas, a representa.

(...)

Conseqüentemente, até aqui, conclui-se que não se pode alegar ilegitimidade do Ministério Público ou inserção do Judiciário na esfera administrativa, como tradicionalmente acontecia. (...)



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

Por tudo o que já foi dito, não há falar que a decisão recorrida, ao privilegiar o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana, violou o disposto no artigo 2º da CF/88.

Ademais, como é cediço, em todas as situações em que o argumento da “reserva de competência” do Executivo (*assim como o da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações*) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de ALEXY e CANOTILHO, que, na esfera de um *padrão mínimo existencial*, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações.

Para além disso, não se pode esquecer que nem a previsão de direitos fundamentais/sociais na Constituição, nem sua positivação na esfera infraconstitucional têm o condão de, por si só, produzir o padrão desejável de justiça social, já que fórmulas exclusivamente jurídicas não fornecem o suficiente instrumental para a sua concretização. *Reside aqui, pois, o importante papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos mais básicos do homem.*

Nessa linha de raciocínio, tecendo intangíveis comentários sobre a “ingerência constitucional” do Poder Judiciário na Administração Pública e, ainda, demonstrando que a *cláusula da reserva do possível* não pode constituir em impedimento para a satisfação dos direitos mínimos mais fundamentais dos seres humanos, o distinto Procurador de Justiça LENIO LUIZ STRECK leciona que:

(...) o Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. Na perspectiva aqui defendida, reserva-se ao Poder Judiciário (lato sensu, entendido aqui como justiça constitucional) uma nova forma de inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

transcender as funções de checks and balances, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais.

Entendo, assim, que a justiça constitucional deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absenteísta própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira. A toda evidência, quando estou falando de uma função intervencionista do Poder Judiciário, não estou propondo uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais (e nem a morte da política). Ou seja, como bem aduz Vianna, se a judicialização da política "significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do Direito e a 'substituição' de um Estado benfeitor por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos. Contudo, a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não se pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. Do mesmo modo, uma vida associativa ainda incipiente, por décadas reprimida no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstituição do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça".

Quando falo em "intervencionismo substancialista", refiro-me ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988, donde é possível afirmar que, na inércia dos poderes encarregados precipuamente de implementar as políticas públicas, é obrigação constitucional do Judiciário, através da jurisdição constitucional, propiciar as condições necessárias para a concretização dos direitos sociais-fundamentais.

É evidente que tais questões podem esbarrar naquilo que se denomina de "financeiramente possível" e na (de)limitação do âmbito (político) de esfera de competência.



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

Cristina Queiroz enfatiza que, "quando existe um direito, este mostra-se sempre como justiciável. Sucede é que, por vezes, no caso dos direitos de natureza econômica e social, estes necessitam ainda de uma configuração jurídica particular a levar a cabo pelo legislador. A 'reserva do possível', 'no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade' (BverfGE 33, 303, 333; 43, 291, 314), não tem como consequência a sua ineficácia jurídica. Essa cláusula expressa unicamente a necessidade da sua ponderação. **Konrad Hesse** fala, a esse propósito, de uma 'obrigação positiva' de 'fazer tudo para a realização dos direitos fundamentais, ainda quando não exista a esse respeito nenhum direito subjectivo por parte dos cidadãos'".

Nessa exata trilha, Andréas Krell chama a atenção para o fato de que "um orçamento público, quando não atende aos preceitos da Constituição, pode e deve ser corrigido mediante alteração do orçamento consecutivo, logicamente com a devida cautela. Em casos individuais, pode ocorrer a condenação do Poder Público para a prestação de determinado serviço público básico, ou o pagamento de serviço privado (por exemplo, reembolso das despesas de atendimento em hospital particular)".

(...)

Afinal, somos juristas para que? Fazemos Direito para quem? Qual a função da justiça constitucional (enfim, do Poder Judiciário)? Parece que **Andréas Krell** propõe uma resposta absolutamente adequada a essas questões, quando assevera que "é obrigação de um Estado Social controlar os riscos resultantes do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos, e restituir um status mínimo de satisfação das necessidades pessoais. Assim, numa sociedade onde existe a possibilidade fática da cura de uma doença, o seu impedimento significa uma violência contra a pessoa doente que é diretamente prejudicada na sua vida e integridade (Helmut Willke). Dessa maneira, os Direitos Fundamentais da primeira geração foram tomados como fontes de direitos subjetivos a prestações positivas do Estado".

Por isso, conclui, "as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao governo e à administração (Gilberto Bercovici), mas têm o seu fundamento nas próprias normas



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário".¹⁹

Nessa toada, verifica-se que, para esconder sua incompetência administrativa e dar ares de legitimidade para a sonegação dos direitos humanos (*omissão inconstitucional*), o Estado volta e meia se esconde sob o manto de um discurso hipócrita, segundo o qual irá promover as políticas públicas para as quais está legalmente obrigado, mas, tudo, na *reserva do possível*, ou seja, quando houver dinheiro suficiente para tanto.

O grande problema é que o tempo passa; a crise carcerária se agrava; seres humanos nos presídios são tratados como animais; a Lei de Execução Penal já caminha para o seu 24º (vigésimo quarto) aniversário, e o Estado... como dizem os seus Procuradores: *continua sem recursos financeiros para dar aos seus súditos o mínimo de dignidade*.

De mais a mais, conforme a orientação doutrinária predominante, impende notar que o “**escudo da omissão estatal**”, denominado *reserva do possível*, deve ceder espaço para o império do que se convencionou chamar de ***direito ao mínimo existencial***.

Nessas pegadas, demonstrando com perfeição o acima afirmado, o notável Desembargador (do Tribunal de Justiça de Pernambuco) JONES FIGUEIRÊDO ALVES, em lição digna de nota, consignou que:

A deficiência da efetivação do direito situa-se na aparente ou real insuficiência de recursos financeiros do Estado ao cumprimento do direito, o que corresponde à denominada vulnerabilidade do direito por argüida deficiência de meios a realizá-lo. **A justificar (ou pretender legitimar) esse fenômeno de vulnerabilidade, invoca-se, há algum tempo, a doutrina da “reserva do**

¹⁹ Quinze anos de Constituição – análise crítica da Jurisdição Constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. *Juris Plenum*, Caxias do Sul: Plenum, v. 1, n. 98, jan. 2008. 2 CD-ROM – *original sem destaques*.

Autos: Agravo de Instrumento nº 200705124155



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

possível”, (“Vorbehalt des Möglichen”), teoria formulada por Peter Haberle, segundo a qual minimiza-se a força vinculante do Estado ao dever de efetivar os direitos fundamentais ante a simples escusa da falta de recursos; estes, vezes outras, todavia, desviados ao talante da malversação do erário, da corrupção manifesta de determinados gestores ou da má administração dominante, realizada ao flagrante arrepio das prioridades públicas.

Enfrentando o problema, a estilete, despontam ANA CLÁUDIA NASCIMENTO GOMES e ROBERTA JARDIM DE MORAIS, em primoroso estudo, quando advertem: “(...) se as normas constitucionais são normas jurídicas e, portanto, heterovinculantes (dotadas de força normativa), não estão os poderes constituídos, designadamente o legislador e a Administração, libertos do dever fundamental de concretizá-las, de outorgar exequibilidade aos comandos do Poder Constituinte, especialmente os relativos aos direitos sociais, os quais naturalmente os reclamam”. Ao criticarem a heterovinculação constitucional somente tornar-se obrigatória, conforme a doutrina, “na medida do possível”, ou “basicamente consoante as disponibilidades financeiras do Estado”, as festejadas autoras aludem, com inteira razão, que, levada a extremos, essa tese escusativa acarretará, como tal praticamente acontece, “o próprio esvaziamento dos direitos sociais como direitos fundamentais”²⁰.

Com tal problematização, lembram GOMES e MORAIS, a doutrina de J. J. CANOTILHO, pela qual A SOLUÇÃO DA GARANTIA DO “MÍNIMO EXISTENCIAL” CONTRAPÕE-SE À TEORIA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. Nesse sentido, enfatiza o notável constitucionalista que “um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equívale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do ‘mínimo social’, muito embora reconheçam alguns autores tratar-se de garantia já resultante do ‘dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a

²⁰ De uma visão jurídico-constitucional a uma proposta pragmático-econômica dos direitos sociais: cooperação e cooperativa. *O direito à vida digna*. Coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 191-210.

Autos: Agravo de Instrumento nº 200705124155



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais”²¹.

(...) A GARANTIA DO “MÍNIMO EXISTENCIAL” NADA MAIS REPRESENTA, SENÃO PRÁTICAS DETERMINANTES E ASSECURATÓRIAS DE RESPEITO E CUMPRIMENTO DA CONSTITUIÇÃO, NO QUE CONCERNE AOS DIREITOS DE DIGNIDADE. Fica difícil imaginar o exercício democrático, com a exclusão social de expressivos segmentos da população brasileira.²²

Delimitados estes contornos, faz-se necessário perceber que até mesmo *o agravante reconheceu* em seu recurso que *para assegurar-se o mínimo existencial a teoria da reserva do possível pode ser afastada* (cf. o primeiro parágrafo da página 15 das *razões* do agravo). Nesse passo, exemplificou como situações reveladoras do chamado *mínimo existencial* o direito à moradia, à alimentação e à *saúde*.

Ora, é lógico que o deferimento da combatida medida liminar buscou, também, preservar o direito fundamental à *saúde dos presos*²³ (*a esse respeito, confira-se – no bojo da petição inicial – o resultado de uma inspeção feita no dia 04 de outubro de 2007, pelo Dr. Jair Ferreira Camargo [Médico Sanitarista] e pelo Sr. José Miclos Moco [Fiscal da Vigilância Sanitária], na cadeia de Itapaci*).

Como não poderia deixar de ser, o digníssimo Desembargador-relator ALMEIDA BRANCO, ao apreciar monocraticamente o recurso que agora se refuta, já

²¹ *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2000.

²² Alimentos de pessoas desprovidas de vínculo parental ou de parentes em condições de prestá-los: o discurso inicial do Código Civil em favor dos alimentos de dignidade ou humanitários. *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. Coord. Mário Luiz Delgado & Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Método, 2005, p. 194-195.

²³ “Presente, também, o *periculum in mora*, haja vista a **possibilidade de contaminação dos detentos, agentes carcerários, policiais civis e, conseqüentemente, da população local, por doenças infecto-contagiosas**, bem como em razão da iminente ameaça de fuga, conforme se depreende do ofício de fls. 37, encaminhado pelo Delegado de Polícia de Itapaci” (trecho da decisão recorrida – original sem destaques).



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

reconheceu que os presos que se encontram recolhidos na cadeia de Itapaci: “(...) *estão vivenciando condições subumanas, com as instalações elétrica e hidráulico-sanitárias comprometidas, risco de contaminação por doenças graves, dentre outras condições insalubres (...)*”.

Dessa forma, se até mesmo o Estado de Goiás (agravante) admitiu que para assegurar o *mínimo existencial* pode-se afastar a *cláusula da reserva do possível*; se o agravante reconheceu que o direito fundamental à saúde é uma das facetas do chamado *mínimo existencial* e, ainda, se está patente que a saúde dos presos de Itapaci encontra-se ameaçada, não há como discutir: a decisão agravada era mesmo de rigor, motivo pelo qual deve ser mantida integralmente.

Arrematando estas idéias, para exaltar de uma vez por todas o acerto da decisão interlocutória recorrida, destaca-se o julgado:

(...) **TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL CONJUGADA COM O MÍNIMO EXISTENCIAL** (...). I. O Estado será responsabilizado a indenizar quando, por ato omissivo, causando dano a particular, desde que comprovada a conduta culposa ou dolosa do ente federativo. II. **Demonstrado que os problemas de superlotação e de falta de condições mínimas de saúde e higiene do estabelecimento penal (presídio) não foram sanados, após o decurso de um lapso temporal quando da formalização do laudo de vigilância sanitária, violando, por conseguinte, as disposições da Lei de Execução Penal, bem como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, está devidamente comprovada a conduta omissiva culposa do Estado (culpa administrativa).** III. **Não sendo assegurado o mínimo existencial, não há falar em aplicação da teoria da reserva do possível.** IV. (...). V. Recurso provido. (Apelação Cível - Ordinário nº 2006.001964-3, 3ª Turma Cível do TJMS, Rel. Designado Oswaldo Rodrigues de Melo. j. 27.03.2006).



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

UM ÚLTIMO PONTO CONVÉM SER DESTACADO. Conforme dito em linhas volvidas, o ilustrado Desembargador-relator ALMEIDA BRANCO deferiu parcialmente o pedido de efeito suspensivo “*tão-somente para suspender a aplicação da multa diária fixada na sentença agravada*” (apesar de toda a *ratio* da decisão interlocutória ter sido mantida).

Quanto a este aspecto, calha notar que ao decotar-se a decisão de 1º grau, para dela ser retirado o *meio de coerção indireta* mais poderoso existente na previsão legal dos artigos 461, § 4º, do Código de Processo Civil e 84, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor – *a multa diária* –, *criou-se para o Estado de Goiás uma OBRIGAÇÃO SIMPLEMENTE MORAL de providenciar uma reforma emergencial na Cadeia de Itapaci.* Trocando em miúdos: concedeu-se ao Estado de Goiás o direito de não fazer nada para modificar a situação caótica em que se encontra o estabelecimento prisional da cidade de Itapaci.

Raciocine-se: se o Estado de Goiás não providenciar a reforma emergencial determinada pelo Judiciário, o que ocorrerá? Se for mantido o decote da decisão liminar, *não ocorrerá nada.* Isto porque o comando judicial que lhe condenou à *obrigação de fazer*, não lhe impôs nenhuma forma de *coerção indireta* para dar *efetividade* à decisão judicial.

Assim sendo, cumpre reconhecer que a decisão agravada merece ser mantida em sua inteireza, inclusive quanto à multa diária por atraso no cumprimento da obrigação imposta. Nem se diga que o estabelecimento da multa diária poderá onerar indevidamente o agravante, porque, segundo a clara previsão do § 2º, do artigo 12, da Lei 7347/85, “*a multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento*” (motivo pelo qual o agravante poderá se *programar*, se é que ele já está predestinado a descumprir a decisão recorrida...).



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

Além do mais, insta sublinhar que a decisão agravada pautou-se exatamente em parâmetros traçados pelo próprio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS, ao definir o prazo de 90 (noventa) dias para a efetuação da reforma emergencial do estabelecimento prisional de Itapaci e, também, ao impor ao agravante uma multa diária estabelecida no valor de R\$ 1500,00 (mil e quinhentos reais), em caso de atraso ou descumprimento.

Nesse sentido, vejam-se os excertos do voto proferido pelo notável Desembargador ZACARIAS NEVES COELHO, nos autos do Agravo de Instrumento nº 38764-2/180 (200400836844) e, na seqüência, confira-se a ementa do referido julgado.

In verbis:

Tecidas tais considerações, entendo não haver respaldo a justificar a cassação da decisão recorrida. Não obstante, COM ÊNFASE NOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE, APLICÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, TENHO POR BEM PRORROGAR O PRAZO FIXADO PELA DECISÃO RECORRIDA PARA A CONCLUSÃO DA REFORMA EMERGENCIAL DA CADEIA PÚBLICA DE VALPARAÍSO, ALTERANDO-O DE 60 (SESSENTA) PARA 90 (NOVENTA) DIAS, contados a partir da intimação do agravante deste acórdão. Firme nesse entendimento, DETERMINO, AINDA, O PAGAMENTO DE MULTA DIÁRIA NO VALOR DE R\$ 1.500,00 (HUM MIL E QUINHENTOS REAIS), A SER REVERTIDA EM FAVOR DO FUNDO PENITENCIÁRIO ESTADUAL, EM CASO DE ATRASO OU DESCUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO LIMINAR PROFERIDA PELO JUÍZO MONOCRÁTICO (fls. 80/81).²⁴

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERDIÇÃO DE CADEIA PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERESSE DE AGIR. PRAZO PARA CONCLUSÃO DA OBRA. MULTA. ENTE PÚBLICO. I – Nos termos dos artigos 129, III, da CF e 1º, IV, da Lei nº 7.347/85, inegável a legitimidade do Ministério Público para instaurar e

²⁴ Fragmento do voto emitido pelo Des. Zacarias Neves Coêlho, nos autos do AI 38764-2/180 (200400836844).



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

propor ação civil pública visando à interdição de cadeia pública para reforma do prédio, razão pela qual seu interesse de agir é manifesto. 2 – Diante dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, aplicáveis à Administração Pública, justifica-se a prorrogação do prazo para a conclusão da obra, bem como a redução do valor da multa diária aplicada ao ente público, caso este atrase ou descumpra a medida liminar. Agravo de instrumento parcialmente provido. (Agravo de Instrumento nº 38764-2/180 (200400836844), 3ª TURMA JULGADORA DA 2ª CÂMARA CÍVEL DO TJGO. Valparaíso de Goiás. Rel. Des. ZACARIAS NEVES COELHO – VOTARAM com o RELATOR, o Dr. G. LEANDRO S. CRISPIM, Juiz respondente na vaga da Desembargadora MARÍLIA JUNGSMANN SANTANA e o Desembargador ALFREDO ABINAGEM. Presidiu a sessão o Desembargador GILBERTO MARQUES FILHO. PRESENTE a ilustre Procuradora de Justiça, Drª. ELIETE SOUSA FONSECA SUAVINHA).

No afã de demonstrar a escancarada legitimidade da imposição de multa diária por descumprimento ou atraso no cumprimento da medida liminar deferida, inclusive contra o Estado, vejam-se os julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**. JULGAMENTO ALÉM DO PEDIDO. LEGITIMIDADE DO ÓRGÃO MINISTERIAL. AUTARQUIA. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA. NÃO INCLUSÃO DO ESTADO COMO LITISCONSORTE NECESSÁRIO. **SEGURANÇA PÚBLICA. PRIORIDADE ORÇAMENTÁRIA. OMISSÃO ADMINISTRATIVA CONFIGURADA. CONTROLE JURISDICIONAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER OU NÃO FAZER. MULTA DIÁRIA**. 1. Não há que se falar em julgamento fora do pedido quando o MM. Juiz, julgou dentro dos limites do pedido, valendo-se dos fatos e dos fundamentos jurídicos presentes na inicial, mormente quando trata-se de pedidos cumulativos. 2. O Ministério Público é parte legítima para promover inquéritos civis e ação civil pública, envolvendo interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos. 3. A recorrente devidamente caracterizada como autarquia, com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, responde por todos os seus atos, não havendo litisconsórcio passivo necessário entre o Estado e a apelante. **4. Dentre as**



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

prioridades orçamentárias, certamente, encontra-se o sistema prisional, devendo suas necessidades ser atendidas ou previstas nos instrumentos legislativos pertinentes, como a lei de responsabilidade fiscal que prevê que o atendimento à ordem judicial, com o emprego de recursos financeiros. 5. As normas da execução penal (Lei nº 7.210/84), devem ser aplicadas, e no caso de omissão abusiva, há de ser admitido o controle jurisdicional, não configurando exame indevido de mérito administrativo, a avaliação e controle pelo Poder Judiciário. 6. É PERMITIDO AO JULGADOR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA OU COLETIVA, CUJO OBJETIVO É A EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER OU NÃO FAZER, FIXAR MULTA DIÁRIA COMINATÓRIA, TANTO NAS MEDIDAS CAUTELARES COMO NA SENTENÇA. 7. Recurso conhecido mas improvido. Sentença confirmada. (Apelação Cível nº 86595-4/188 (200500496514), 1ª CÂMARA CÍVEL DO TJGO, Quirinópolis, Rel. Des. Vítor Barboza Lenza. j. 18.10.2005, unânime, DJ 02.12.2005).

(...) OBRIGAÇÃO DE FAZER DO ESTADO. INADIMPLEMENTO. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. (...) A FUNÇÃO DAS ASTREINTES é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação e incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância. 3. In casu, consoante se infere dos autos, trata-se obrigação de fazer, consubstanciada no fornecimento de medicamento ao paciente que em virtude de doença necessita de medicação especial para sobreviver, cuja IMPOSIÇÃO DAS ASTREINTES OBJETIVA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL E CONSEQÜENTEMENTE RESGUARDAR O DIREITO À SAÚDE. 4. "CONSOANTE ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NESTE TRIBUNAL, EM SE TRATANDO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, É PERMITIDO AO JUÍZO DA EXECUÇÃO, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE, A IMPOSIÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA AO DEVEDOR, MESMO QUE SEJA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA." (AGRGREsp 189.108/SP, Relator Ministro **Gilson Dipp**, DJ de 02.04.2001). 5. Precedentes jurisprudenciais do STJ: REsp 775.567/RS, Relator Min. **Teori Albino Zavascki**, DJ 17.10.2005; REsp 770.524/RS, Relatora Min. **Eliana Calmon**, DJ 24.10.2005; REsp 770.951/RS, Relator Min. **Castro Meira**, DJ



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

03.10.2005; REsp 699.495/RS, Relator Min. **Luiz Fux**, DJ 05.09.2005. 6. (...) 7. Agravo Regimental desprovido. (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 855787/RS (2006/0131749-3), **1ª TURMA DO STJ**, Rel. Luiz Fux. j. 14.11.2006, unânime, DJ 27.11.2006).

(...) **CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA EM DESFAVOR DO ESTADO/FAZENDA PÚBLICA. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. LEGALIDADE. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ARTS. 461, § 4º E 461-A DO CPC. PRECEDENTES.** 1. Trata-se de recurso especial interposto em sede de agravo de instrumento tirado pelo Estado do Rio Grande do Sul contra decisão proferida pelo juízo de primeiro grau, que cominou ao Estado a obrigação de multa diária (astreintes) em caso do não fornecimento da medicação solicitada pelo autor da ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela. 2. (...) 3. (...). 4. **Recurso especial conhecido e provido com a finalidade de restabelecer a imposição de multa diária, em caso de descumprimento da determinação judicial - fornecimento de medicação - pelo Estado do Rio Grande do Sul, o recorrido.** (Recurso Especial nº 796215/RS (2005/0184183-7), **1ª TURMA DO STJ**, Rel. Min. José Delgado. j. 13.12.2005, unânime, DJ 01.02.2006).

(...) **APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - ADMISSÍVEL - (...). CONSOANTE ENTENDIMENTO DESTA CORTE, É CABÍVEL, INCLUSIVE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA, A APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA (ASTREINTES) COMO MEIO COERCITIVO PARA IMPOR O CUMPRIMENTO DE MEDIDA ANTECIPATÓRIA OU DE SENTENÇA DEFINITIVA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER OU ENTREGAR COISA, nos termos dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil** (AgRg no Ag 801351 - DF, do qual foi relator o Ministro Gilson Dipp). (Agravo nº 2007.012041-3/0000-00, **4ª TURMA CÍVEL DO TJMS**, Rel. Rêmolo Letteriello. j. 11.09.2007, unânime).

(...) **A astreinte é apropriada, nas obrigações de fazer, para convencer o devedor a cumprir voluntariamente a obrigação reconhecida, diante das conseqüências econômicas que lhe advêm do descumprimento.**



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAPACI

Av. Floresta, nº 198, Centro. CEP: 76.360-000. Fone/Fax: 62-3361-1327

(Apelação Cível - Lei Especial nº 2006.002045-7, 1ª TURMA CÍVEL DO TJMS, Rel. Jorge Eustácio da Silva Frias. j. 09.05.2006, unânime).

Abraçando a inteligência dos julgados supratranscritos, o eminente professor **FREDIE DIDIER JR.**, em co-autoria com Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga, tecendo comentários sobre a efetividade dos provimentos jurisdicionais que imponham obrigações de fazer, enfatiza que:

Há, no entanto, uma **tendência de conferir à tutela das obrigações de fazer e não fazer a técnica de execução indireta**, segundo a qual seriam efetivadas por meio de provimentos jurisdicionais que impusessem o cumprimento da prestação, **sob pena de multa ou outra medida de coerção indireta**.²⁵

Em linhas conclusivas, insta pugnar para que esta gloriosa Casa de Justiça *acolha as contra-razões Ministeriais e mantenha a decisão recorrida* por seus próprios fundamentos.

Ex positis, lançada a fundamentação fática e jurídica da presente *contraminuta*, espera serenamente o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS** seja *negado provimento* ao recurso de Agravo de Instrumento, ora rechaçado, após o seu *conhecimento*, mantendo-se a decisão atacada em todos os seus termos, para que assim, mais uma vez, por esse Egrégio Tribunal, seja promovida a conclamada **JUSTIÇA**.

Itapaci-GO, 12 de fevereiro de 2008.

VINÍCIUS MARÇAL VIEIRA
PROMOTOR DE JUSTIÇA

²⁵ *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 2. Salvador: Jus PODIVM, 2007, p. 337 – original sem destaques.
Autos: Agravo de Instrumento nº 200705124155