



Apelação Cível/Reexame Necessário - Turma Espec. III - Administrativo e Cível
Nº CNJ : 0000705-74.2010.4.02.5005 (2010.50.05.000705-2)
RELATOR : Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO
APELANTE : UNIAO FEDERAL E OUTROS
PROCURADOR : ADVOGADO DA UNIÃO E OUTROS
APELADO : OS MESMOS
ORIGEM : 1ª VF Colatina (00007057420104025005)

EMENTA

REMESSA NECESSÁRIA. APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DO PRESO. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. SEPARAÇÃO DOS PODERES. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. CONDENAÇÃO ALTERNATIVA. ADEQUAÇÃO DAS INSTAÇÕES FÍSICAS DE PRESÍDIO AOS REQUISITOS DA LEP. CONSTRUÇÃO DE NOVA UNIDADE PRISIONAL. OBRIGAÇÃO DE FISCALIZAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS PENITENCIÁRIOS. CNPCP e DEPEN.

1. A Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVII, “e”, e XLIX, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, como corolário da dignidade humana, bem como veda expressamente a imposição de penas cruéis. No âmbito internacional, tais direitos também são tutelados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. 5º) e pelo Pacto de San José da Costa Rica (art. 5º), que proclamam o respeito à dignidade da pessoa privada de sua liberdade.

2. A LEP, em seus arts. 3º, 10, 11, 12, 40, 41, I e VII, e 88, trata especificamente dos direitos dos presos à assistência material, alimentação, vestuário e instalações higiênicas, bem como ao alojamento em cela com espaço individual mínimo de 6m² (regime fechado), tudo com a finalidade de assegurar-lhes condições adequadas de habitabilidade durante o período em que estiverem sob a custódia do Estado.

3. A obrigação de fiscalização dos estabelecimentos prisionais pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPC) e pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) decorre expressamente dos arts. 64, VIII, e 72, II, da LEP.

4. Caracterizado o nexo de causalidade entre a omissão da Administração Pública federal e estadual na condução de suas políticas carcerárias e a ofensa ao núcleo dos direitos fundamentais dos presos, por violação direta à dignidade humana em razão das condições precárias de habitação e superlotação da unidade prisional, compete ao Judiciário a prestação de tutela jurisdicional coletiva destinada à concretização destes direitos. Nesse sentido: STF, Plenário, RE 592.581, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJE 26.8.2015.

5. A reserva do possível se manifesta para afirmar a prerrogativa do legislador e do orçamento – no exercício da sua discricionariedade política - definir quais deveres de prestação extraídos diretamente da Constituição serão impostos ao Estado. Contudo, não está na esfera de disponibilidade da legislação esvaziar o mínimo existencial ou direitos previamente constituídos, sob pena de implicar inconstitucionalidade por omissão (É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 2, p. 163-185, 2013).

6. Não haverá ofensa à separação de poderes, caso estejamos no plano infralegal, de controle de discricionariedade administrativa, sempre que a opção exercida pela autoridade administrativa ultrapassar os limites da lei ou ofender direitos fundamentais ou princípios fundamentais. Em princípio, não cabe o



controle judicial dos poderes discricionários das autoridades públicas, salvo se exercidos fora dos limites da lei e tenham contrariado direitos fundamentais e princípios constitucionais, como os da proporcionalidade e da igualdade (art. 4º do Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2441582>>).

7. A condenação alternativa do Estado do Espírito Santo à obrigação de adequar as instalações do presídio de Barra de São Francisco aos requisitos da LEP, ou à construção de novo estabelecimento prisional, com a interdição daquela primeira unidade, atende ao interesse da Administração Pública estadual, preservando-se, assim, de modo proporcional, um espaço para tomada de decisões da Administração Pública, que poderá cumprir a obrigação da forma que considerar mais adequada e equilibrada ao interesse público.

8. A condenação do Estado do Espírito Santo à abstenção de recolher presos acima da capacidade da unidade prisional de Barra de São Francisco, e a providenciar a transferência dos presos excedentes à capacidade máxima projetada da unidade, também visa conferir eficácia aos direitos fundamentais dos presos consagrados pela Constituição Federal e pelas normas internacionais sobre direitos humanos e, especialmente, aos comandos diretos da LEP, previstos nos seus arts. 12 e 88, tendo em vista a superlotação carcerária.

9. Fiscalização dos estabelecimentos prisionais: embora não haja a fixação legal da periodicidade para a realização de inspeção dos presídios pelos CNPCP e DEPEN, a questão poderia ser resolvida por ato infralegal, que viesse a regulamentar o disposto nos arts. 64, VIII, e 72, II, da LEP. Desse modo, a indicação de prazo pelo Judiciário não viola o princípio da reserva legal. Reforma parcial da sentença para determinar a fiscalização pelos CNPCP e DEPEN nos presídios situados na área de jurisdição da Subseção de Colatina a cada 2 (dois) anos, conforme o parâmetro de periodicidade informado pela União Federal.

10. Tratando-se de ofensa a direito fundamental ligado ao mínimo existencial, e não comprovada pelos demandados a ofensa ao interesse público como óbice à tutela de urgência, impõe-se a manutenção da antecipação de tutela deferida.

11. Tutela antecipada mantida. Apelação e remessa necessária em relação ao Estado do Espírito Santo não providas. Apelação e remessa necessária em relação à União Federal parcialmente providas. Remessa necessária em relação ao MPF parcialmente provida e apelação do MPF provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a 5ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, manter a tutela antecipada deferida; negar provimento à remessa necessária e à apelação em relação ao Estado do Espírito; dar parcial provimento à remessa necessária e à apelação em relação à União Federal; dar parcial provimento à remessa necessária em relação ao MPF e dar provimento à apelação do MPF, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado

Rio de Janeiro, 10 de novembro de 2015 (data do julgamento).

RICARDO PERLINGEIRO
Desembargador Federal



Apelação Cível/Reexame Necessário - Turma Espec. III - Administrativo e Cível
Nº CNJ : 0000705-74.2010.4.02.5005 (2010.50.05.000705-2)
RELATOR : Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO
APELANTE : UNIAO FEDERAL E OUTROS
PROCURADOR : ADVOGADO DA UNIÃO E OUTROS
APELADO : OS MESMOS
ORIGEM : 1ª VF Colatina (00007057420104025005)

RELATÓRIO

Cuida-se, na origem, de ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da UNIÃO FEDERAL e do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, objetivando, em síntese: i) que a União Federal obrigue o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) a inspecionar e fiscalizar regularmente, com periodicidade mínima anual, os estabelecimentos penais localizados na área de jurisdição da Subseção de Colatina/ES, bem como a informar-se, mediante relatórios do Conselho Penitenciário, acerca de requisições, visitas e outros meios do desenvolvimento da execução penal no âmbito das unidades prisionais, e de propor às autoridades competentes as medidas necessárias para seu aprimoramento, ou, se for o caso, representar junto aos Juízes da execução e/ou autoridades administrativas para instauração de sindicância ou procedimento administrativo em caso de violação das normas à execução penal; ii) que a União Federal faça com que o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) realize inspeção e fiscalização periódica nos estabelecimentos penais em referência, bem como zele pelo fiel cumprimento das normas de Execução Penal; iii) que o Estado do Espírito Santo se abstenha de recolher número de presos superior às capacidades das unidades prisionais da Subseção de Colatina/ES, bem como providencie a imediata transferência dos presos excedentes; iv) que o Estado do Espírito Santo promova a adequação das instalações físicas do presídio de Barra de São Francisco/ES às exigências da Lei de Execuções Penais (LEP), ou, alternativamente, que providencie a construção de novo estabelecimento prisional.

Na espécie, afirma o MPF ter apurado, no âmbito de sua atuação de ofício, a existência de superlotação carcerária nas penitenciárias de Colatina e Barra de São Francisco. Esclarece que embora tenha oficiado o DEPEN para que informasse sobre as fiscalizações realizadas entre 2003 e 2008 nos presídios em questão, não obteve qualquer resposta conclusiva. Por outro lado, afirma que o CNPCP, ao ser indagado sobre os mesmos fatos, assumiu expressamente sua omissão, consignando a inexistência em seus arquivos de quaisquer visitas realizadas aos estabelecimentos prisionais em comento.

Informa que, visando atestar as condições de salubridade e o cumprimento das demais condições da LEP, requisitou à Polícia Federal, no ano de 2008, a realização de perícia, a qual atestou condições insalubres e precárias nas instalações dos presídios em questão. Assevera que encaminhou os respectivos laudos às Promotorias e Procuradorias de Justiça do Estado do Espírito Santo, bem como à Secretaria de Justiça (SEJUS) e Varas de Execuções Penais, não obtendo, contudo, qualquer resposta.

Esclarece que passados dois anos das diligências relatadas, os problemas advindos da lotação carcerária somente foram solucionados no presídio de Colatina, permanecendo o de Barra de São Francisco na mesma situação calamitosa.

Nesse ínterim, destaca que foram construídos novos Centros de Detenção Provisória na grande Vitória, bem como nos municípios de Colatina, São Gabriel da Palha, São Mateus, Linhares e Aracruz, sem que, entretanto, a SEJUS remanejasse quaisquer dos presos lotados em Barra de São Francisco para esses novos estabelecimentos.

Destaca que a manutenção dos detentos de Barra de São Francisco em condições manifestamente insalubres viola o art. 5º, XLIX e XLVII, "e", da Constituição Federal, os quais determinam o respeito à integridade física e moral dos presidiários, bem como a impossibilidade de aplicação de penas cruéis.

Sustenta que tanto o Pacto de San José da Costa Rica, da qual a República Federativa do Brasil é signatária, quanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos asseguram à pessoa privada de sua liberdade tratamento condizente com os preceitos da dignidade humana. Reforça, ainda, que a LEP garante ao encarcerado a manutenção de seu plexo de direitos fundamentais, à exceção daqueles incompatíveis com a privação de liberdade.

No que concerne especificamente à superlotação do presídio de Barra de São Francisco, esclarece que a unidade em referência tem capacidade para receber 106 detentos. Entretanto, à época em que realizada a perícia pela Polícia Federal, constatou-se que a população carcerária era de 294 detentos, chegando a 364 no momento da propositura da presente ação (fls. 72/73), o que representa um incremento de 343,40% em relação à capacidade normal da penitenciária.

Assinala que o ambiente do presídio de Barra de São Francisco em nada contribui para a ressocialização dos detentos, pois não oferece mínimas condições de higiene e saúde, bem como estruturas adequadas para o trabalho, estudo, alimentação e lazer.

No que tange às acomodações, afirma que o laudo pericial emitido pela Polícia Federal atestou a ausência de instalações adequadas



para a acomodação individual dos presos, de sorte que, no contexto da superlotação observada, cada detento dispunha, em média, de um espaço de 1,09 m² dentro de sua cela, quando o art. 88 da LEP determina a área mínima de 6 m² por detento. Outrossim, ressalta que nos termos dos arts. 91 e 92 da LEP, o sistema de alojamentos coletivos seria destinado apenas aos presos do regime semiaberto.

Quanto às condições de higiene, destaca que na referida unidade prisional o acesso à água é escasso, não se tendo qualquer informação acerca de sua potabilidade. Informa que alguns dos banheiros sequer dispõem de assento sanitário e pia, verificando-se, ainda, a presença de esgoto à mostra em muitas das celas, com a proliferação de roedores e insetos.

Por fim, destaca que superlotação prisional viola o primado da individualização da pena, estabelecido pelo art. 5º, XLVI e XLVIII, da Constituição Federal e pelos arts. 5º e 84 da LEP, tendo em vista que não permite a separação dos detentos segundo seus antecedentes, personalidade, idade, quantidade de pena a que foi condenado, dentre outros.

Despacho do juízo (fl. 70), determinando a oitiva prévia dos réus antes da apreciação dos pedidos liminares.

Manifestação prévia da União Federal (fls. 76/93), alegando a ausência de interesse de agir do MPF, tendo em vista a inexistência de pretensão resistida pelo DEPEN e do CNPCP, os quais não se furtam à realização suas funções junto aos estabelecimentos prisionais do Estado do Espírito Santo. Sustentou, ainda, a impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a pretensão do MPF importa intervenção do Poder Judiciário em matéria afeta a juízo de oportunidade e conveniência do Poder Executivo, violando-se, em consequência, o axioma da separação de poderes. Acompanhando a manifestação, vieram os documentos de fls. 94/1.952.

Manifestação prévia do Estado do Espírito Santo (fls. 1.956/1.978), argumentando, em síntese, que o pedido deduzido pelo MPF não seria passível de apreciação pelo Poder Judiciário, tendo em vista que ultrapassa a análise de legalidade, imiscuindo-se na esfera de autodeterminação do administrador. Destaca que a concessão de medida liminar que determinasse a interdição do Presídio de Barra de São Francisco e a transferência de seus internos para outras unidades prisionais geraria prejuízos ainda maiores, uma vez que, além de promover a superlotação também nessas unidades, deixaria o Estado com menos um local para recolhimento de presos.

Contestação da União Federal (fls. 1.989/2.004), reiterando os mesmos fundamentos de sua manifestação prévia. Na oportunidade, juntou os documentos de fls. 2.005-2.054.

A decisão de fls. 2.062/2.071 indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela. Consignou o magistrado *a quo* que eventual concessão de liminar para a transferência de detentos e interdição de estabelecimento prisional traria efeitos irreversíveis, esgotando, em grande parte, o objeto da ação. O Ministério Público Federal interpôs agravo de instrumento nº 2011.02.01.011732-0 (fls. 2.088/2.114), o qual foi prejudicado pela superveniência de sentença nos autos principais.

Contestação do Estado do Espírito Santo (fls. 2.133/2.150), afirmando, em síntese, inexistir conduta omissa da Administração Pública a ensejar a interferência do Poder Judiciário em suas escolhas políticas discricionárias. Informa que ao contrário do afirmado pelo MPF, vem realizando concursos para o provimento dos cargos que compõem o sistema penal local, bem como reformando e construindo estabelecimentos penais. Destaca a necessidade de observância da cláusula de reserva do possível, uma vez que a execução das medidas pretendidas pelo MPF comprometeria recursos financeiros já afetados a políticas públicas tão relevantes quanto aquelas afetadas à questão prisional.

Réplica às fls. 2.153/2.162, aduzindo que, embora ciente das violações ocorridas no Presídio de Barra de São Francisco, mantém-se a União Federal inerte, não havendo comprovação de que tenha realizado vistorias no mencionado estabelecimento prisional desde o ano de 2008, época em que inicialmente notificada pelo MPF acerca de tais irregularidades. Destaca que o fato de o Estado do Espírito estar construindo outras unidades prisionais ao longo de seu território não descaracteriza sua omissão no que concerne às políticas públicas de encarceramento, tendo vista que o quadro do Presídio de Barra de São Francisco somente se deteriora ao longo dos anos, possuindo lotação três vezes maior do que sua capacidade originária. Assevera que a pretensa utilização da separação de poderes e tampouco os limites fáticos e jurídicos da reserva do possível podem representar óbice à implementação de condições mínimas de existência humana. Nessa dinâmica, destaca que as medidas requeridas no presente feito não são de significativo impacto orçamentário, uma vez que encerram atribuições ordinariamente cometidas aos entes federados envolvidos.

Em audiência preliminar de fl. 2.177, foi proferido o seguinte despacho:

Determino que o Estado do Espírito Santo apresente, no prazo de 20 (vinte) dias, relatório acompanhado de documentos sobre a situação atual dos presídios no Estado com base nas informações e documentos de fls. 1.956/1.978. Determino que se intime também a União para que apresente relatório nos mesmos termos, a fim de comprovar o cumprimento de



"suas funções institucionais" conforme mencionado na petição de fls. 2.175/2.176, no prazo de 20 (vinte) dias. Devem as partes dar especial enfoque à situação atual do Presídio de Barra de São Francisco. Após, venham-me os autos conclusos.

O MPF reformulou o pedido de antecipação dos efeitos da tutela (2.172/2.174), pleiteando a concessão de liminar para que o Estado do Espírito se abstivesse de receber novos detentos no presídio de Barra de São Francisco até o julgamento definitivo de mérito da presente ação. Na oportunidade, juntou matéria jornalística que noticiava o afastamento do diretor e de cinco agentes penitenciários de Barra de São Francisco por denúncias de tortura e improbidade administrativa.

Petição da União Federal à fl. 2.209, informando que os relatórios de fls. 94 a 1.952, anexados à contestação, demonstram o cumprimento das funções institucionais da União pelos CNPCP e pelo DEPEN na hipótese versada nos autos.

Petição do Estado do Espírito Santo à fl. 2.211, em pugna pela dilação de prazo para a manifestação.

Nova manifestação do MPF às fls. 2.212/2.214, em que pede pelo julgamento antecipado da lide, tendo em vista a urgência dos pedidos formulados; e o fato de que o Estado do Espírito Santo não apresentou resposta ao despacho de fl. 2.177, e a União Federal "se esquivou de explicar o porquê dos órgãos sobreditos NUNCA terem vistoriado a Penitenciária Regional de Barra de São Francisco, nem antes nem depois da propositura desta ação civil pública [...], em permanente omissão com o sistema carcerário do interior do Espírito Santo".

Despacho de fl. 2.215, com deferimento da prorrogação de prazo requerida pelo Estado do Espírito Santo (15 dias).

Petição do Estado do Espírito Santo às fls. 2.218, em que junta o ofício OF/SEJUS/GAB.Nº 313/2012, da Secretaria de Justiça, com a informação de que "no planejamento desta Secretaria está previsto a construção de uma unidade prisional em Barra de São Francisco ou Nova Venécia que permitirá a desativação por completo da Penitenciária de Barra de São Francisco".

A sentença de fls. 2.228/2.278 afastou a alegação de impossibilidade jurídica do pedido aduzida pela União Federal e julgou parcialmente procedente o pedido, nos seguintes termos:

Isto posto, afasto as preliminares suscitadas e **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do Art. 269, I, do Estatuto Processual Civil, para: a) **CONDENAR a UNIÃO** a determinar ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária a inspecionar e fiscalizar, regularmente (periodicidade mínima anual), os estabelecimentos penais situados na área da jurisdição desta subseção, bem como propor às autoridades incumbidas da execução penal da unidade prisional de Barra de São Francisco e região as medidas necessárias ao aprimoramento acerca do desenvolvimento da execução penal. b) **CONDENAR a UNIÃO** para que determine ao Departamento Penitenciário Nacional que cumpra as suas funções institucionais, em especial, realizar a inspeção e fiscalização periódica (idem item anterior) no estabelecimento prisional de Barra de São Francisco e região, a fim de zelar pela observância das normas atinentes à execução penal; c) **CONDENAR o Estado do Espírito Santo** a fim de que se abstenha de recolher presos acima da capacidade da unidade prisional de Barra de São Francisco, providenciando a transferência dos presos excedentes à capacidade máxima projetada da unidade; d) **CONDENAR o Estado do Espírito Santo** a adequar as instalações físicas do Presídio de Barra de São Francisco ao que determina a Lei de Execuções Penais, no prazo de até 02 (dois) anos; Considerando a acentuada probabilidade/evidência do direito, e presentes os requisitos autorizativos previstos no Art. 273 do Estatuto Processual Civil, e nos termos do Art. 12 da Lei Federal 7.347/85, conforme digressões constantes do bojo desta decisão, **CONCEDO PARCIALMENTE A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PRETENDIDA**, para: 1) **DETERMINAR** ao Estado do Espírito Santo que se abstenha, **imediatamente**, de recolher, naquele estabelecimento prisional, novos detentos, bem como realize um planejamento para a **remoção** (E EXECUTE) – em conjunto com o CNPCP e DPN -, **no prazo de 06 (seis) meses, de pelo menos 50% (cinquenta por cento)** do excedente da capacidade do presídio de Barra de São Francisco para outras unidades prisionais; 2) **DETERMINAR** que a UNIÃO obrigue os órgãos federais (CNPCP e DPN) a proceder, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, as devidas fiscalizações/inspeções nas unidades prisionais pertencentes à jurisdição desta subseção, em especial a de Barra de São Francisco.

Embargos de declaração opostos pelo MPF (fls. 2.285/2.291), alegando a existência de omissão referente à falta de cominação de multa diária pelo descumprimento da tutela antecipada deferida; e omissão na parte dispositiva, "pois não houve determinação para que se



construa uma nova unidade caso não seja possível a adequação das precárias instalações de Barra de São Francisco". Além disso, sustentou a ocorrência de erro material, relativo à sujeição da sentença ao duplo grau obrigatório com base no art. 475, I, do CPC, uma vez que às ações civis públicas aplica-se o disposto no art. 19 da Lei nº 4.717/85.

Apresentadas as respostas aos embargos de declaração (fls. 2.297/2.300 e fls. 2.332/2.336), o Juízo *a quo* negou provimento aos embargos, nos seguintes termos (fls. 2.337/2.340):

Quanto a cominação de multa diária, extrai-se da literalidade do Art. 461, §4º, do Estatuto Processual Civil, que a mesma se trata de mera faculdade, quando o magistrado, em um juízo de valor sobre o caso concreto, denota fundado receio de que a medida determinada seja ineficaz.

No caso, não foi aplicada a multa diária – embora concedido a antecipação de tutela -, posto não observado o requisito alhures, principalmente pelo largo lapso temporal concedido para cumprimento da medida (06 meses).

Todavia, nada impede que, decorrido o prazo *in albis*, o Ministério Público Federal postule a aplicação de multa diária. Até lá, penso não ser o caso.

No que tange a suposta omissão no dispositivo da obrigatoriedade de construção de novo presídio, caso não seja possível ao Estado do Espírito Santo a remoção de presos, também não assiste melhor sorte.

O trecho recortado da fundamentação da sentença vergastada (fls. 2274/2275), em momento algum, ao contrário do que sustenta o MPF, impõe a obrigação de construir um novo presídio.

No dispositivo, em linha com o que restou declinado na fundamentação, foi imposto ao Estado do Espírito Santo a obrigação de adequar as instalações físicas do Presídio de Barra de São Francisco ao que determina a LEP, no prazo de 02 (dois) anos. A maneira como isso se dará, em momento algum foi estabelecido na fundamentação.

O que se pretendeu – e para tanto basta ler todo o contexto do capítulo da sentença, e não somente o recorte grifado pelo Embargante -, foi enumerar, citar, possibilidades para o cumprimento da obrigação estabelecida na decisão. Como isso será concretizado foge ao âmbito do Poder Judiciário.

Aliás, veja o que está epigrafado no início do trecho recortado pelo MPF (fls. 2274/2275):

“Como o Estado fará para dar cumprimento aos mandamentos constitucionais de assegurar e respeitar a integridade física/psíquica do preso, isso foge à alçada deste julgador. Que alugue imóveis, remaneje recursos orçamentários entre dotações orçamentárias, etc.”

E os exemplos culminam na citação de até mesmo a construção de um presídio (o qual foi noticiado pelo próprio Estado que já se encontra em fase de implementação).

Como dito, essa “obrigatoriedade”, como pretende o MPF, nada mais é do que a enumeração de uma gama de possibilidade listada, a título de *obter dictum*, na fundamentação.

Por fim, a questão da aplicação do duplo grau de exame necessário ressoa matéria de mérito (entendimento do julgador) e não erro material, sendo corrigível somente pela via recursal pertinente, logicamente, não nessa sede de aclaratórios.

Entrementes, em que pese julgar ser totalmente desnecessário, importa ressaltar que, em que pese a sentença esteja submetida ao duplo grau necessário, É LÓGICO que as obrigações impostas via antecipação de tutela (determinação do Estado do Espírito Santo de proceder no prazo de 06 meses a remoção de 50% do excedente de presos, bem como de se abster de recolher presos na unidade prisional; e aos órgãos federais, para que promovam as devidas fiscalizações, também no prazo de 180 dias), não se subordinam ao reexame necessário, bem como eventual recurso de apelação, no ponto, só será recebido no efeito devolutivo, mantendo a sua eficácia e validade até a sua revogação via remédio recursal próprio (suspensão de tutela, agravo de instrumento, etc.).

É a posição do nosso Egrégio Federal (TRF2, AI 181052, Proc. 200902010141405, Rel. Des. Fed. Guilherme Calmon



Nogueira da Gama).

Nesse diapasão, em que pesem todas as argumentações expostas pela Embargante, entendo que não existe omissão ou erro material que macule a decisão de fls. 2.228/2.278, devendo esta permanecer incólume.

Recurso de apelação da União Federal (fls. 2.301/2.316), sustentando que as providências determinadas pela sentença recorrida implicam a revogação de opções já traçadas pelo Poder Executivo a respeito da supervisão do sistema prisional nacional, violando o sistema constitucional de repartição de poderes. Destaca inexistir lei que estabeleça com qual frequência deve a Administração Pública Federal fiscalizar os presídios estaduais, de sorte que não seria dado ao Poder Judiciário estipular periodicidade mínima para o exercício de tal atividade. Afirma que as medidas determinadas pelo juízo não consideram a necessária contrapartida financeira/orçamentária para o seu implemento, negligenciando as demais obrigações assumidas pelo Executivo Federal na gestão dos outros estabelecimentos prisionais existentes no país. Alega, ainda, não possuir o Poder Judiciário legitimidade democrática para substituir-se ao Legislador e à Administração, de forma que sua atuação em tal sentido configura manifesta afronta à soberania popular consagrada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição. Informa que o DEPEN tem por praxe não deixar que os presídios estaduais permaneçam à mingua de inspeção por mais de dois anos, não se afigurando razoável a sentença que impõe atendimento anual a uma só unidade, conferindo-lhe tratamento diferenciado em relação às demais. Pede, por fim, seja a apelação recebida no efeito suspensivo.

Petição da União Federal às fls. 2.388/2.400, em que informa a interposição de agravo de instrumento objetivando a atribuição de efeito suspensivo à decisão antecipatória de tutela, ao qual o qual foi negado provimento por esta 5ª Turma Especializada (AG 2013.02.01.008805-4, Rel. Des. Fed. RICARDO PERLINGEIRO, E-DJF2R de 18.11.2014).

Contrarrazões ao recurso da União Federal apresentadas às fls. 2.345/2.356.

Recurso de apelação do Estado do Espírito Santo (fls. 2.357/2.387), sustentando que a sentença impugnada está em descompasso com o postulado da separação de poderes, uma vez que interfere nas escolhas discricionárias da Administração Pública no que tange à execução de sua política prisional. Argumenta que o magistrado *a quo* incidiu em erro ao concluir pela existência de omissão estatal no que concerne à efetivação de políticas públicas carcerárias, uma vez que a questão fora analisada de forma isolada, cingindo-se a um estabelecimento prisional específico. Destaca que a avaliação realizada não considerou o planejamento global do sistema carcerário em todo o território do estado, o qual vem investindo maciçamente na construção de novos presídios e na seleção de agentes penitenciários. Aduz que há projeto para a desativação completa de Barra de São Francisco e construção de novo presídio na região, na medida das possibilidades financeiras e orçamentárias do Estado. Por conseguinte, argumenta que a imposição de reforma de presídio cuja desativação é iminente não se mostra razoável, consubstanciando manifesto desperdício de dinheiro público. Conclui que, inexistindo flagrante omissão do Estado, a intervenção do Poder Judiciário na condução das políticas públicas governamentais não se justificaria. Invoca, ainda, o princípio da reserva do possível, esclarecendo que embora em termos gerais haja recursos orçamentários para a implementação das medidas requeridas pelo MPF, não se atentou a sentença recorrida para o fato de que a arrecadação do Estado do Espírito Santo não se destina apenas à resolução de seus problemas penais, vinculando-se também a outros serviços públicos de extrema relevância. Assevera que a internação de detentos no presídio de Barra de São Francisco decorre da inexistência de vagas em outras unidades prisionais, de forma que o cumprimento de eventual ordem judicial para transferência de tais detentos torna-se impossível.

Recurso de apelação do MPF (fls. 2.405/2.413), em que pleiteia "[...] a condenação alternativa para que, caso julgue conveniente, a Administração construa uma nova unidade prisional para o fim de solucionar o problema dos presos reclusos no presídio de Barra de São Francisco". Sustenta que a despeito de ter reconhecido a ocorrência de graves violações à dignidade humana no presídio de Barra de São Francisco, a sentença recorrida não ofereceu alternativas suficientes à solução do problema enfrentado. Assevera que, ao determinar a reforma da mencionada unidade no prazo de 2 (dois) anos como única medida possível, deixou de conferir à Administração a oportunidade de inutilizar as instalações de Barra de São Francisco e construir nova penitenciária caso a primeira medida não se mostre vantajosa do ponto de vista técnico/financeiro e do interesse público. Aduz que diferentemente da hipótese de serem ou não conferidas condições adequadas de habitabilidade dos presos, a opção entre a reforma das instalações de Barra de São Francisco e a construção de nova unidade insere-se no âmbito de discricionariedade do Poder Executivo, privilegiando-se, de tal forma, o princípio da separação de poderes, a legitimidade



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

TRF2
Fls 2469

democrática e a maior capacidade institucional do Poder Executivo para verificar aspectos afetos ao custo-benefício de cada alternativa oferecida. Assim, pugna pela condenação alternativa do Estado do Espírito Santo "a adequar as instalações físicas do Presídio de Barra de São Francisco/ES ao que determina a Lei de Execuções Penais ou que providencie a construção de um novo estabelecimento prisional, interditando aquele que não tiver as condições previstas em lei", ficando a cargo do Estado do Espírito Santo a escolha da forma como a obrigação será satisfeita.

Contrarrazões do MPF à apelação interposta pelo Estado do Espírito Santo (fls. 2.424/2.431).

Contrarrazões do Estado do Espírito Santo à apelação interposta pelo MPF (fls. 2.434/2.440).

Parecer do MPF opinando pelo não provimento dos recursos de apelação interpostos pela União Federal e pelo Estado do Espírito Santo, bem como pelo provimento do apelo do MPF (fls. 2.448/2.455).

É o relatório. Peço dia para julgamento.

RICARDO PERLINGEIRO

Desembargador Federal



Apelação Cível/Reexame Necessário - Turma Espec. III - Administrativo e Cível
Nº CNJ : 0000705-74.2010.4.02.5005 (2010.50.05.000705-2)
RELATOR : Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO
APELANTE : UNIAO FEDERAL E OUTROS
PROCURADOR : ADVOGADO DA UNIÃO E OUTROS
APELADO : OS MESMOS
ORIGEM : 1ª VF Colatina (00007057420104025005)

VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL RICARDO PERLINGEIRO: (RELATOR)

Consoante relatado, cuida-se de remessa necessária em relação à UNIÃO FEDERAL e ao ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (art. 475, I do CPC), de remessa em relação ao MPF (art. 19 da Lei nº 4.717/65), e de apelações interpostas pela União Federal, pelo Estado do Espírito Santo e pelo MPF em face da sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Federal de Colatina/ES que, em ação civil pública ajuizada pelo MPF, julgou parcialmente procedentes os pedidos para: i) condenar a União Federal a determinar ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPC) a inspecionar e fiscalizar, regularmente (periodicidade mínima anual), os estabelecimentos penais situados na área da jurisdição da subseção de Colatina, bem como propor às autoridades incumbidas da execução penal da unidade prisional de Barra de São Francisco e região as medidas necessárias ao aprimoramento acerca do desenvolvimento da execução penal; ii) condenar a União Federal a determinar ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) que cumpra as suas funções institucionais, em especial, realizar a inspeção e fiscalização periódica (idem item anterior) no estabelecimento prisional de Barra de São Francisco e região, a fim de zelar pela observância das normas atinentes à execução penal; iii) condenar o Estado do Espírito Santo a se abster de recolher presos acima da capacidade da unidade prisional de Barra de São Francisco, providenciando a transferência dos presos excedentes à capacidade máxima projetada da unidade; iv) condenar o Estado do Espírito Santo a adequar as instalações físicas do Presídio de Barra de São Francisco ao que determina a Lei de Execuções Penais, no prazo de até 2 (dois) anos.

Além disso, a sentença concedeu a antecipação dos efeitos da tutela para: i) determinar ao Estado do Espírito Santo que se abstenha, imediatamente, de recolher, naquele estabelecimento prisional, novos detentos, bem como realize um planejamento para a remoção (e execute) – em conjunto com o CNPCP e DEPEN -, no prazo de 6 (seis) meses, de pelo menos 50% (cinquenta por cento) do excedente da capacidade do presídio de Barra de São Francisco para outras unidades prisionais; ii) determinar que a União Federal obrigue os órgãos federais (CNPCP e DEPEN) a proceder, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, as devidas fiscalizações/inspeções nas unidades prisionais pertencentes à jurisdição da subseção de Colatina, em especial a de Barra de São Francisco.

I. Introdução (delimitação da lide): questões de direito e de fato controversas e incontroversas

A situação vivenciada no presídio de Barra de São Francisco encontra-se assim resumida na sentença apelada:

1º) Superlotação: o estabelecimento prisional fora projetado, segundo a perícia da Polícia Federal, para 106 detentos. À época do trabalho técnico eram 274 detentos (30/09/2008) e, em outubro de 2010, 364 detentos, o que representa uma superlotação de 343,40%.

2º) Falta de assistência material aos presos.

3º) Precárias acomodações: a Lei de Execuções Penais estabelece uma área mínima para a unidade celular em 6m², enquanto que no presídio objurgado, dado a superlotação, o espaço destinada a cada preso é de 1,09m².

4º) Péssimas condições de higiene, uma vez que os banheiros são precários (alguns desprovidos de assento sanitário e pia, e quando existentes comprometem a privacidade dos presos).

5º) Insalubridade do ambiente: a unidade prisional conta com esgoto à mostra em várias celas, restos de comida amontoados, lixo espalhado, etc.

Por fim, segundo a perícia técnica, sequer a água – elemento essencial à vida - tem qualidade mínima assegurada.

De plano, assinalo que os recursos interpostos pela União Federal e pelo Estado do Espírito Santo não questionam a violação aos direitos fundamentais dos presos custodiados no presídio de Barra de São Francisco, em decorrência das precárias condições de habitação a



que são submetidos. A impugnação à sentença tem como foco principal a alegação de ofensa ao princípio da separação dos poderes e à cláusula da reserva do possível, por indevida interferência do Judiciário nas políticas públicas carcerárias da Administração Pública federal e estadual.

O Estado do Espírito Santo questiona, ainda, a razoabilidade da condenação à adequação do presídio de Barra de São Francisco aos requisitos da LEP, diante da existência de projeto de desativação da referida unidade e a construção de novo estabelecimento prisional. A União Federal, por sua vez, aduz que inexistente lei que estabeleça a frequência com a qual os CNPCP e DEPEN devam fiscalizar os estabelecimentos prisionais.

O cerne da discussão reside, portanto, em saber se, à vista dos postulados da separação dos poderes e da reserva do possível, cabe ao Judiciário a imposição de obrigações de fazer destinadas a suprir a omissão administrativa do Estado do Espírito Santo quanto ao seu dever de garantir aos detentos do presídio de Barra de São Francisco condições mínimas de habitabilidade, em respeito à dignidade humana; e a omissão da União Federal quanto à fiscalização do referido estabelecimento prisional e dos demais situados na área de jurisdição da subseção de Colatina.

No caso, são fatos incontroversos: (i) a existência do direito material à integridade física, psíquica e moral dos presos do presídio de Barra de São Francisco, como decorrência do princípio da dignidade humana – mínimo existencial; (ii) a omissão do Estado do Espírito Santo e da União Federal quanto à garantia deste direito, uma vez que cientificados pelo MPF acerca do laudo pericial da Polícia Federal elaborado no ano de 2008, atestando a superlotação da unidade e as péssimas condições de habitação, não adotaram providências para a solução do problema; (iii) a competência administrativa / atribuição dos réus para a implementação das medidas requeridas na presente demanda.

Ressalte-se que a despeito de o Estado do Espírito Santo alegar, com base no ofício OF/SEJUS/GAB.Nº 313/2012, da Secretaria Estadual de Justiça (fls. 2.219/2.225), que inexistente omissão administrativa quanto à sua política carcerária, uma vez que construiu novos presídios em seu território entre os anos de 2004 e 2011; e que possui projeto para a desativação da penitenciária de Barra de São Francisco e a construção de outra unidade prisional no município; o fato é que mesmo diante das novas vagas surgidas no sistema carcerário estadual, segundo consignado na sentença, a Administração Pública estadual não providenciou o remanejamento dos presos de Barra de São Francisco; tampouco implementou o projeto de desativação da referida unidade e a construção de outra que a substituisse, permitindo que a situação precária dos presos permanecesse inalterada. Por tais razões, reputo incontroversa a omissão da Administração Pública estadual quanto ao referido estabelecimento prisional.

Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho da sentença:

Muito embora as construções de novos centros de detenção, o presídio de Barra de São Francisco continuou no esquecimento. Não se pode agasalhar a escusa administrativa ao argumento de que estariam sendo construídas outras unidades prisionais. Seria plausível, portanto, deixar os detentos em Barra de São Francisco à própria sorte? Claro que não.

Ademais, nos planos iniciais informados pela SEJUS estaria a remoção de presos em decorrência da então construção das novas unidades, sendo que tal previsão não se concretizou na espécie.

Ao contrário, desde as primeiras investidas do Ministério Público Federal, a população carcerária em Barra de São Francisco, mesmo após a inauguração de novas unidades no Estado, só aumentou, passando de 274 (30/09/2008) para 364 (20/10/10).

A meu ver, as autoridades responsáveis nada fizeram para corrigir os problemas então identificados.

Se não havia planos para reformar/construir um novo presídio em Barra de São Francisco, fato é que com a construção das novas unidades noticiadas, o que deveria ter sido feito – e isso fora afirmado pela SEJUS que ocorreria – é que os presos que até então viviam em condições subumanas naquele presídio, fossem transferidos para as novas unidades; mas não permanecessem naquele local inóspito.

E pior: ao invés de cumprirem a promessa (remanejamento do excesso de preso), continuou-se a recolher novos detentos, agravando ainda mais a superlotação da unidade.

Não é possível chegar à conclusão diversa daquela externada pelo *Parquet* Federal (fls. 27), pois “não há como negar que a ação estatal de “depositar” pessoas em um lugar sem “condições mínimas de salubridade para a existência humana” representa, a perder de vista, a imposição de castigo ou pena, senão cruel ou degradante, pelo menos desumana, podendo caracterizar até mesmo tortura, menoscabando o fundamento da dignidade da pessoa humana”.

É importante deixar bastante claro que aqui não se está afirmando que o Estado tem sido totalmente omissivo no que tange ao sistema penitenciário. A omissão acentuada diz respeito ao presídio de Barra de São Francisco e aos detentos ali recolhidos, que se encontram em situação degradante há mais de 05 (cinco) anos.

Da mesma forma, não há dúvidas quanto à omissão da União Federal em seu dever de fiscalização, pois em todas as oportunidades que teve para se manifestar nos autos, a União Federal não contestou a alegação do MPF de que os presídios situados na área de jurisdição da Subseção de Colatina, especialmente o de Barra de São Francisco, não foram fiscalizados pelo DEPEN e pelo CNPCP nos últimos anos.

Em sua defesa a União Federal se limitou a juntar relatórios do DEPEN sobre diversos presídios situados na capital e na região metropolitana do estado (fls. 94/1.952), silenciando quanto aos presídios do interior, notadamente, quanto ao de Barra de São Francisco.

Ressalte-se que o MPF oficiou ao DEPEN e ao CNPCP, antes do ajuizamento da demanda coletiva, para que informassem sobre as fiscalizações realizadas entre os anos de 2003 e 2008 nos presídios do interior capixaba, obtendo como resposta do DEPEN a juntada dos



relatórios acima referidos; e do CNPCP a informação de inexistência em seus arquivos de registros de visitas aos referidos estabelecimentos prisionais. Inegável, portanto, a omissão da União Federal no exercício de sua política pública carcerária relativamente aos presídios situados na área de jurisdição da Subseção de Colatina.

Delimitados os fatos controversos e incontroversos, passo à análise das premissas relacionadas à separação dos poderes, à reserva do possível, à discricionariedade administrativa e à judicialização das políticas públicas, para, a seguir, apreciar as remessas necessárias e os recursos interpostos.

II. Separação de Poderes: reserva do possível e discricionariedade administrativa

A reserva do possível se manifesta para afirmar a prerrogativa do legislador e do orçamento – no exercício da sua discricionariedade política - definir quais deveres de prestação extraídos diretamente da Constituição serão impostos ao Estado. Contudo, não está na esfera de disponibilidade da legislação esvaziar o mínimo existencial ou direitos previamente constituídos, sob pena de implicar inconstitucionalidade por omissão (É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 2, p. 163-185, 2013).

Ademais, não haverá ofensa à separação de poderes, caso estejamos no plano infralegal, de controle de discricionariedade administrativa, sempre que a opção exercida pela autoridade administrativa ultrapassar os limites da lei ou ofender direitos fundamentais ou princípios fundamentais. De fato, não cabe o controle judicial dos poderes discricionários das autoridades públicas, salvo se exercidos fora dos limites da lei e tenham contrariado direitos fundamentais e princípios constitucionais, como os da proporcionalidade e da igualdade (art. 4º do Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2441582>>).

No mesmo sentido, vale destacar os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF): AI 800.892 Agr/BA, Rel. Min. Dias Toffoli: “o Tribunal de origem não divergiu da pacífica jurisprudência desta Corte no sentido de que não viola o princípio da separação dos poderes o controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade, o qual envolve a verificação da efetiva ocorrência dos pressupostos de fato e direito, podendo o Judiciário atuar, inclusive, nas questões atinentes à proporcionalidade e à razoabilidade” (disponível em: <<http://bit.ly/1qMfcfl>>); RMS 24.699, Rel. Min. Eros Grau, sobre o controle de atos baseados em conceitos jurídicos indeterminados, assenta que “[...] o Poder Judiciário vai à análise do mérito do ato administrativo, inclusive fazendo atuar as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade, que não são princípios mas sim critérios de aplicação do direito, ponderados no momento das normas de decisão. [...] O fato porém é que, nesse exame de mérito do ato, entre outros parâmetros de análise de que para tanto se vale, o Judiciário não apenas examina a proporção que marca a relação entre meios e fins do ato, mas também aquela que se manifesta na relação entre o ato e seus motivos, tal e qual declarados na motivação” (Disponível em: <<http://bit.ly/1qMfdQj>>).

III. Judicialização das políticas públicas: requisitos

As políticas públicas – decorrentes de leis ou comportamentos administrativos - são procedimentos (garantias) para satisfazer direitos de prestação, previstos em lei ou compreendidos no mínimo existencial, quando ocorre omissão constitucional. Em condições regulares, o exercício dos direitos de prestação é através das políticas públicas, porém a ausência destas não implica ausência de direitos, mas que a satisfação dos direitos individuais será unicamente jurisdicional, restrita aos demandantes, mediante força e incidindo sobre bens disponíveis do Estado.

A instituição das políticas públicas, por via judicial, objetiva assegurar o acesso aos deveres de prestação do Estado em favor de todos e não apenas aos demandantes individuais. A procedência de uma demanda coletiva que reclame políticas tem como pressuposto a existência de direitos individuais que necessitem das políticas judicializadas para serem concretizados. Uma vez demonstrado o nexo entre as políticas e os direitos que elas beneficiariam, é de ser reconhecido, em juízo de cognição, o dever do Estado na implantação delas (Desjudicializando as políticas de saúde? *Revista Acadêmica (Faculdade de Direito do Recife – UFPE)*, v. 86, n. 2, p. 3-11, jul./dez. 2014).

Em tese, seria possível judicializar na fase executiva a eventual omissão do legislador orçamentário, porém, em termos práticos, seria de difícil concretização. Portanto, não havendo cumprimento espontâneo da decisão judicial, editando-se o ato administrativo ou a lei correspondente à política pública, prossegue-se com uma execução forçada – mediante meios coercitivos e expropriatórios - que encontrará limite somente no interesse público em satisfazer outras prestações consideradas mais relevantes (Demandas judiciais sobre internação hospitalar e medicamentos e escassez de recursos públicos: a Justiça faz bem à saúde? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v.17, p.115 - 132, 2015. p. 126-128).

IV - Recurso do Estado do Espírito Santo

IV.1 - Condenação à adequação da unidade prisional às exigências da LEP

Como bem assinalado na sentença recorrida, a situação vivenciada pelos detentos de Barra de São Francisco viola os direitos relativos à integridade física, psíquica e moral garantidos aos presos no plano constitucional, internacional (normas de caráter supralegal) e infraconstitucional.

Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVII, “e”, e XLIX, veda expressamente a imposição de penas cruéis, bem como assegura ao preso o respeito à integridade física e moral. Confira-se:



Art. 5º. [...]

XLVII - não haverá penas:

e) cruéis;

[...]

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

No âmbito internacional, a situação ora examinada vai de encontro à tutela dos direitos dos presos tratada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, cujo art. 5º enuncia que "Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes"; bem como contraria o Pacto de San José da Costa Rica, que em seu art. 5º proclama o respeito à dignidade da pessoa privada de sua liberdade, nos seguintes termos:

Art. 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de sua liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Da mesma forma, afiguram-se infringidos os preceitos da LEP, sobretudo o disposto em seus arts. 3º, 10, 11, 12, 40, 41, I e VII, e 88, que tratam dos direitos do preso à assistência material, alimentação, vestuário e instalações higiênicas, bem como ao alojamento em cela com espaço individual mínimo de 6m², tudo com a finalidade de assegurar-lhe condições adequadas de habitabilidade durante o período em que estiver sob a custódia do Estado, em respeito à dignidade humana. Eis a redação dos mencionados dispositivos legais:

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

[...]

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.

Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

[...]

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

[...]

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

[...]

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m2 (seis metros quadrados).

Desse modo, tendo em vista a ofensa ao núcleo dos direitos fundamentais dos presos de Barra de São Francisco, por violação direta à dignidade humana consagrada na Constituição Federal, ainda se estivéssemos diante da ausência de lei, não haveria que se falar em aplicação da cláusula da reserva do possível como escusa para o cumprimento de obrigações de fazer destinadas à efetivação de direitos relacionados à integridade física, psíquica e moral dos detentos.

Da mesma forma, não procede a alegação afronta à separação dos poderes. Primeiro, porque, aqui, a prerrogativa do legislador não está sendo ferida. Segundo, porque o controle judicial da discricionariedade administrativa, no caso, é justificado pela violação de direito fundamental relacionado ao mínimo existencial, que impõe ao Judiciário a prestação de tutela jurisdicional coletiva destinada ao



restabelecimento deste direito, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Adotando essa linha de raciocínio, o STF consagrou, no julgamento do RE 592.581 (Plenário, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJE 26.8.2015), a seguinte tese de repercussão geral:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

No mesmo julgado, o STF assinalou a existência de verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUPEN) para a melhoria do sistema prisional nacional, cabendo aos Estados celebrarem convênios com a União Federal para a utilização destes recursos. Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho do voto:

Clara está, a meu sentir, a grave omissão por parte das autoridades responsáveis pelo sistema prisional. Aponto, nesse sentido, que verbas para melhorá-lo não faltam. Apenas para ilustrar, registro que consta do sítio eletrônico do Ministério da Justiça, que, no âmbito federal, a principal fonte de recursos para financiamento das atividades de modernização e aprimoramento dos presídios brasileiros é o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN/MJ.

Segundo dados do próprio DEPEN, até 2013, por exemplo, foram investidos cerca de R\$ 1.583.640.000,00 (um bilhão, quinhentos e oitenta e três milhões e seiscentos e quarenta mil reais) em construções, reformas ou ampliações em estabelecimentos penais, o que representaria, na projeção por ele realizada, a disponibilização de 52.340 (cinquenta e duas mil, trezentos e quarenta) novas vagas nos sistemas estaduais.

Causa perplexidade que o referido Fundo tenha arrecadado, até junho de 2015, a considerável importância de R\$ 2.324.710.885,64 (dois bilhões, trezentos e vinte e quatro milhões, setecentos e dez mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos). E mais, saber que basta aos entes federados, para acessar essas verbas, que celebrem convênios com a União para executar projetos por eles mesmos elaborados e submetidos ao DEPEN.

O que, porém, causa verdadeira espécie é que o emprego dessas verbas orçamentárias mostrou-se decepcionante: até 2013, foram utilizados pouco mais de R\$ 357.200.572,00 (trezentos e cinquenta e sete milhões, duzentos mil e quinhentos e setenta e dois reais). De um lado, em virtude do contingenciamento de verbas do Fundo, e, de outro, em face da inconsistência, mora ou falha na execução dos projetos concebidos pelos entes federados.

[...]

Vê-se, pois, que, embora complexo, o problema prisional tem solução, especialmente quanto à disponibilidade de verbas, bastando que a União e os Estados conjuguem esforços para resolvê-lo, superando a sua histórica inércia ou, quem sabe, a persistente ausência de vontade política para atacá-lo de frente.

Registre-se que o STF, ainda no exame sobre matéria relacionada ao sistema carcerário nacional, deferiu medida cautelar na ADPF 347 (Plenário, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ 14.9.2015) para determinar à União "que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos".

Por fim, não merece acolhida a alegação do Estado do Espírito Santo quanto à suposta falta de razoabilidade da determinação de adequação do presídio de Barra de São Francisco aos requisitos da LEP, diante da existência de projeto para a desativação completa da referida unidade prisional.

Na verdade, a sentença não especificou a forma como a obrigação deveria ser cumprida, cabendo ao Estado do Espírito Santo a escolha do modo de execução da obrigação de fazer. De tal sorte, se entender conveniente a construção de novo presídio, com a transferência dos presos de Barra de São Francisco para a nova unidade, não encontrará óbice decorrente da decisão judicial ora recorrida.

No particular, é oportuno destacar o seguinte trecho da decisão prolatada pelo juízo de origem nos embargos de declaração opostos pelo MPF contra a sentença:

No dispositivo, em linha com o que restou declinado na fundamentação, foi imposto ao Estado do Espírito Santo a obrigação de adequar as instalações físicas do Presídio de Barra de São Francisco ao que determina a LEP, no prazo de 02 (dois) anos. A maneira como isso se dará, em momento algum foi estabelecido na fundamentação.

O que se pretendeu – e para tanto basta ler todo o contexto do capítulo da sentença, e não somente o recorte grifado pelo Embargante –, foi enumerar, citar, possibilidades para o cumprimento da obrigação estabelecida na decisão. Como isso será concretizado foge ao âmbito do Poder Judiciário.



Aliás, veja o que está epigrafado no início do trecho recortado pelo MPF (fls. 2274/2275):

“Como o Estado fará para dar cumprimento aos mandamentos constitucionais de assegurar e respeitar a integridade física/psíquica do preso, isso foge à alçada deste julgador. Que alugue imóveis, remaneje recursos orçamentários entre dotações orçamentárias, etc.”

E os exemplos culminam na citação de até mesmo a construção de um presídio (o qual foi noticiado pelo próprio Estado que já se encontra em fase de implementação).

Como dito, essa “obrigatoriedade”, como pretende o MPF, nada mais é do que a enumeração de uma gama de possibilidade listada, a título de *obiter dictum*, na fundamentação.

Desse modo, não carece de reparo a condenação de adequação da unidade prisional de Barra de São Francisco às exigências da LEP, a qual atende ao princípio da proporcionalidade, apresentando-se necessária, idônea e proporcional em sentido estrito à satisfação dos objetivos pretendidos pela presente demanda coletiva. Por fim, registre-se que o prazo fixado pelo juiz sentenciante pode ser reavaliado pelo juízo da execução, em sede de embargos, à vista do interesse público.

IV.2) Condenação à abstenção de recolher presos acima da capacidade da unidade prisional de Barra de São Francisco, providenciando a transferência dos presos excedentes à capacidade máxima projetada da unidade

Tais determinações também visam conferir eficácia aos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal e pelas normas internacionais sobre direitos humanos e, especialmente, aos comandos diretos da LEP, previstos nos seus arts. 12 e 88, tendo em vista a superlotação constatada e as péssimas condições de habitação do presídio de Barra de São Francisco.

Anote-se que o recorrente se limita a afirmar a impossibilidade de cumprimento das aludidas medidas, sob a tese de que a superlotação é um problema enfrentado por outras unidades prisionais do estado, sem comprovar a possível ofensa ao interesse público que o implemento da medida poderia causar.

A esse passo, quanto ao ponto, pelos mesmos fundamentos expendidos no item acima, também não merece provimento o recurso.

V - Recurso da União Federal

A União Federal pugna pela reforma da sentença, sob o argumento de que inexistente lei que estabeleça com qual frequência a Administração Pública Federal deve fiscalizar os presídios estaduais, de sorte que não seria dado ao Poder Judiciário estipular periodicidade mínima para o exercício de tal atividade, sob pena de violação ao princípio da legalidade, da separação dos poderes e da reserva do possível.

Informa que o DEPEN tem por praxe não deixar que os presídios estaduais permaneçam à míngua de inspeção por mais de dois anos, não se afigurando razoável a sentença que impõe o atendimento anual a uma só unidade, conferindo-lhe tratamento diferenciado em relação às demais.

A obrigação de fiscalização dos estabelecimentos prisionais pelos CNPC e DEPEN decorre expressamente da LEP, como se extrai dos seus arts. 64, VIII, e 72, II:

Art. 64. Ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no exercício de suas atividades, em âmbito federal ou estadual, incumbe:

[...]

VIII - inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, bem assim informar-se, mediante relatórios do Conselho Penitenciário, requisições, visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados, Territórios e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbida as medidas necessárias ao seu aprimoramento;

Art. 72. São atribuições do Departamento Penitenciário Nacional:

[...]

II - inspecionar e fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e serviços penais;

Diante dos comandos legais acima e considerando que a determinação de fiscalização dos presídios do interior capixaba, especialmente o de Barra de São Francisco, consiste em política pública que guarda evidente nexo causal com os direitos fundamentais dos presos, constatada a omissão administrativa em sua implementação, é dever do Judiciário a imposição de obrigações de fazer destinadas à sua



concretização.

De outro lado, tratando-se de obrigação prescrita em lei, não há que se falar em ausência de previsão orçamentária (reserva do possível) como óbice ao seu cumprimento.

Além disso, embora não haja a fixação legal da periodicidade para a realização de inspeção pelos CNPCP e DEPEN, essa é uma questão que poderia ser resolvida por ato infralegal, que viesse a regulamentar o disposto nos arts. 64, VIII, e 72, II, da LEP. Desse modo, a indicação de prazo para a fiscalização por ato do Poder Judiciário não viola o princípio da reserva legal.

A esse passo, a fim de sanar a omissão administrativa constatada e, ao mesmo tempo, privilegiar o espaço de tomada de decisões da Administração Pública, adoto por parâmetro a periodicidade apontada pela União Federal e dou provimento parcial ao recurso, apenas para determinar que as fiscalizações na unidade prisional em referência e nas demais abrangidas pela Subseção de Colatina, sejam efetuadas pelo CNPCP e DEPEN a cada 2 (dois) anos.

VI - Recurso do MPF

Pugna o MPF pela condenação alternativa do Estado do Espírito Santo a adequar o estabelecimento prisional às exigências da LEP; ou a construir novo presídio, com a interdição do Presídio de Barra de São Francisco, ficando a cargo do Estado do Espírito Santo a escolha da forma como a obrigação será satisfeita.

A irrisignação do MPF já foi manifestada em sede de embargos de declaração, que foram rejeitados pelo Juízo de origem.

De fato, a sentença não fixou a forma como a obrigação será cumprida, gerando dúvidas aos recorrentes quanto a este aspecto. Por tal razão, carece de reparo apenas para que fique claro que a execução da obrigação de fazer deverá se dar da maneira como a Administração Pública Estadual julgar conveniente, seja pela adequação das instalações de Barra de São Francisco às exigências da LEP ou pela construção de novo presídio, com a transferência dos presos para a nova unidade.

Com efeito, o que se busca na presente demanda coletiva é a efetivação dos direitos à integridade física e moral dos detentos de Barra de São Francisco; a forma como a obrigação será cumprida ficará a cargo do Estado do Espírito Santo.

Ressalte-se que considerando que Estado do Espírito Santo informou a existência de projeto para a desativação completa do presídio de Barra de São Francisco e construção de nova unidade prisional na região, o provimento do recurso do MPF, sob esse prisma, atende ao interesse da Administração Pública estadual.

Assim, merece provimento o recurso ministerial para que o Estado do Espírito Santo seja condenado na forma alternativa requerida, preservando-se, assim, de modo proporcional, um espaço para tomada de decisões da Administração Pública, que poderá cumprir a obrigação da forma que considerar mais adequada e equilibrada ao interesse público.

VII - Tutela Antecipada

A sentença concedeu a antecipação de tutela, para determinar ao Estado do Espírito Santo que se abstenha imediatamente de recolher novos detentos ao estabelecimento prisional de Barra de São Francisco; bem como execute, em conjunto com o CNCP e DEPEN, no prazo de 6 (seis) meses, a transferência de 50% (cinquenta por cento) do excedente de detentos. Além disso, determinou a fiscalização pelo CNPCP e DPN, no prazo de 180 dias, do presídio de Barra de São Francisco e dos demais situados na área de jurisdição da subseção de Colatina.

Com efeito, o reexame da tutela antecipada concedida em face da Administração deve ser realizado à luz do interesse público.

A propósito, vale lembrar que as pretensões que contornam atuações administrativas podem, excepcionalmente, esbarrar no interesse público, como as que implicam obrigações capazes de sacrificar a continuidade de atividades públicas essenciais. Assim, se após a ponderação entre o interesse público e o interesse individual, aquele prevalecer sobre este, haverá um significativo reflexo processual, inclusive na fase cautelar e executiva, de modo que o direito subjetivo ou o interesse legítimo, não patrimoniais, serão necessariamente convertidos em perdas e danos.

Contudo, a ofensa ao interesse público, como óbice a uma tutela de urgência, é ônus do demandado, que deve demonstrá-lo, alegando-o e provando-o.

No caso dos autos, apesar de a União Federal e o Estado do Espírito Santo alegarem que o cumprimento das medidas antecipatórias poderia causar dano ao interesse público, não houve qualquer comprovação a respeito.

Registre-se que esta 5ª Turma Especializada negou provimento ao agravo de instrumento interposto pela União Federal, que visava à atribuição de efeito suspensivo à tutela antecipada deferida na sentença (AG 2013.02.01.008805-4, Rel. Des. Fed. RICARDO PERLINGEIRO, E-DJF2R de 18.11.2014).

Desse modo, tratando-se de ofensa a direito fundamental, ligado ao mínimo existencial, e não havendo notícias de descumprimento da medida até a presente data, é prudente a manutenção da antecipação de tutela deferida.



Anote-se, por fim, que compete ao MPF, na condição de titular da demanda coletiva, a fiscalização do cumprimento da tutela antecipada deferida, e a impugnação ao seu eventual inadimplemento. Além disso, considerando que o presente acórdão desafia recursos especial e extraordinário, os quais, em regra, não são dotados de efeito suspensivo, é viável, a critério do MPF, a extração de carta de sentença para a execução provisória.

VIII – DISPOSITIVO

Ante o exposto: (i) mantenho a tutela antecipada deferida; (ii) **NEGO PROVIMENTO** à apelação e à remessa necessária em relação ao Estado do Espírito Santo; (iii) **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à apelação e à remessa necessária em relação à União Federal, para determinar que a fiscalização pelos CNPCP e DEPEN seja realizada a cada 2 (dois) anos nos presídios situados na área de jurisdição da Subseção de Colatina; e (iv) **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à remessa necessária em relação ao MPF, e **PROVIMENTO** à apelação do MPF, para condenar o Estado do Espírito Santo, de forma alternativa, à adequação do Presídio de Barra de São Francisco às exigências da LEP, ou à construção de novo presídio na mesma região, com remanejamento dos presos para a nova unidade, e a interdição daquele que não atenda aos comandos da LEP.

Intimem-se: (i) a União Federal e o Estado do Espírito Santo para a ciência do acórdão; (ii) o MPF para ciência e adoção das medidas executórias que considerar cabíveis.

É como voto.

RICARDO PERLINGEIRO
Desembargador Federal