

AÇÃO CIVIL PÚBLICA E SEPARAÇÃO DE PODERES

Da interferência do Ministério Público no exercício da discricionariedade político-administrativa do Estado – um estudo de caso

Raphael Augusto Sofiati de Queiroz*

I – DO CASO CONCRETO

1. Em várias Comarcas de uma mesma Região do interior do Estado, o Ministério Público Estadual, apresentado pelo Promotor de Justiça com atribuição para a defesa dos direitos difusos e coletivos, propôs ações civis públicas pretendendo a condenação do Estado à obrigação de fazer consistente na manutenção da capacidade das carceragens das Delegacias locais compatível com a sua estrutura e, também, à condenação, do Estado, na obrigação de não fazer, consistente no abster-se de receber, nas mencionadas carceragens, presos oriundos de outras Comarcas.

2. Requereu, ainda, o Ministério Público, fossem antecipados parcialmente os efeitos da tutela satisfativa de mérito, sem a oitiva do Estado, para determinar a imediata remoção dos presos definitivamente condenados e daqueles oriundos de outras unidades prisionais da carceragem local.

3. O autor fundamentou seu pedido na superlotação das Delegacias, o que, segundo consta da inicial, viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e, também, na omissão do Estado na transferência dos mencionados presos das Delegacias para o sistema penitenciário.

4. Sendo certo que havia nos autos documentos que provam a inexistência de vagas nas Delegacias e no sistema penitenciário, ainda assim o autor pleiteou liminar *inaudita altera pars* para remover os presos.

5. A argumentação que se segue foi utilizada para contestar uma destas ações, e, no caso específico, o Juízo vinculou a análise do pedido de liminar à manifestação do Estado, em conformidade com o art. 2º da Lei nº 8.437/92.

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Professor de Direito Processual Civil e de Direito Administrativo da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, Expositor Conferencista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Advogado no Rio de Janeiro.

6. Intimado e citado por carta precatória, tendo em vista a relevância do caso, o Estado abriu mão do prazo para defesa e, em peça única, manifestou-se acerca da liminar e contestou a ação.

II – DA ADEQUAÇÃO INSTRUMENTAL DA DEFESA AO ART. 2º DA LEI Nº 8.437/92

7. Incumbe, de início, sustentar a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público, uma vez instada a se manifestar acerca de pedido de liminar em sede de ação civil pública, abrir mão do prazo próprio para a contestação e responder, em peça única, à pretensão veiculada em tutela de urgência e à pretensão objeto do processo.

8. Como já destacado na melhor doutrina, é possível que a liminar requerida possa ter contornos cautelares ou de antecipação dos efeitos da tutela satisfativa de mérito.

“Ponderação, que se faz necessária, situa-se no conteúdo mesmo da postulação liminar. Essa pode até ser acidentalmente idêntica à pretensão deduzida na ação: mas assim não é necessariamente.” (FERRAZ, Sérgio. “Provimentos Antecipatórios na Ação Civil Pública”. In *Ação Civil Pública – 15 anos*. Coord. Édís Milaré. Ed. RT, 2001, p. 786).

9. Em sede de ação civil pública aplica-se também o raciocínio acima explicitado, o que obriga a se admitir como incontestada a natureza antecipatória parcial da liminar requerida nestes autos, já que, *in limine*, foi requerida a imediata remoção dos presos condenados e a proibição da permanência deles na unidade prisional da Delegacia da Comarca e, como pedido final, a manutenção do que foi requerido em caráter de urgência.

10. Desta forma, o Estado, ao se manifestar acerca da pretensão à tutela de urgência, estaria se manifestando sobre as principais questões, prévias ou de mérito, do presente processo, o que viabiliza, com fulcro na instrumentalidade das formas, utilizar-se de peça única para resistir, em juízo, à pretensão do autor, seja ela urgente ou final.

III – PREÂMBULO

11. Está-se diante de um caso em que se pretende, expressamente, violar a cláusula pétrea de separação dos poderes, através de uma petição inicial que contém inúmeros vícios, dentre eles, incompetência absoluta do juízo, ausência de atribuição do órgão do Ministério Público para a propo-

situra da ação, ausência de interesse de agir por evidente falta de utilidade/necessidade e de adequação da via eleita e, ainda, na qual o que se postula já foi inúmeras vezes rechaçado pela jurisprudência, tendo sido, inclusive, objeto de estudo do próprio Ministério Público, que concluiu pela impossibilidade de se formular tal modalidade de pedido em ação civil pública.

12. Desta forma, passa-se a abordar, especificadamente, cada um dos pontos controvertidos – questões.

IV – DAS QUESTÕES PRÉVIAS PRELIMINARES

IV.1 – Da Ausência dos Pressupostos Processuais de Validade: Competência do Juízo e Atribuição do Promotor de Justiça

13. A mesma Lei de Execução Penal que define critérios para o respeito à dignidade da pessoa humana também define o procedimento próprio para a fiscalização e para a adoção de medidas concernentes à ordem e à segurança nas unidades prisionais.

14. O art. 66 da LEP, bem como o art. 107, IV, “a”, do CODJERJ, atribuem competência ao Juiz da Vara de Execuções Penais para a adoção de medidas administrativas e jurisdicionais concernentes à fiscalização e interdição de unidades prisionais que estejam funcionando em condições inadequadas – incluem-se, aí, casos de desrespeito à lotação das mencionadas unidades – (especialmente nos incisos VII e VIII). Confira-se:

“Pode o juiz também interditar, no todo ou em parte, o estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos da lei (art. 66, VIII). Se, por deficiências materiais, falta de segurança, inexistência de condições de salubridade etc., verificar o juiz a impossibilidade de se atender aos requisitos mínimos previstos para a execução penal, deve interditar o estabelecimento total ou parcialmente. Evidentemente, tal determinação somente se justifica na hipótese de graves irregularidades ou deficiências, que não possam ser sanadas por outros meios menos drásticos, já que a interdição, principalmente nos estabelecimentos penais de grande porte, provoca sérios problemas de acomodação da população carcerária.” (MIRABETE, Julio Fabrini. Execução Penal. Ed. Atlas, 5ª ed., 1992, p. 205).

15. Parece evidente que, em havendo, por hipótese, necessidade de se tomar alguma medida em face de eventual superlotação de unidade prisional, ainda que em Delegacia de Polícia, **tal medida deverá ser dirigida ao juiz da execução** (art. 66 da LEP, c.c. art. 107, do CODJERJ).

16. No Estado do Rio de Janeiro, por força do art. 107 do Código de Organização e Divisão Judiciárias, toda a execução penal do Estado se processa nas Varas de Execução da Capital.

17. Levando-se em conta que a Lei de Execuções Penais expressamente atribui ao Juiz da Execução a competência para determinar medidas, administrativas e judiciais, que visem à manutenção da ordem e segurança nas unidades prisionais e que o art. 107 do CODJERJ atribui essa competência, no nosso Estado, aos juízes das Varas de Execução Penal da Capital, **o Juízo com competência para os feitos de Fazenda Pública do interior é absolutamente incompetente, em razão da matéria, para processar e julgar a mencionada ação.**

18. E não se argumente que a ação tem índole civil e que, portanto, estaria excluída da competência criminal dos juízes da VEP. Isto porque não há a menor dúvida de que **é absolutamente viável a provocação da jurisdição na competência criminal para processar e julgar feitos cíveis**, a exemplo do que ocorre com Mandado de Segurança em matéria criminal, que, segundo a melhor doutrina, não perde sua conotação de “ação cível”, *verbis*

“Mandado de Segurança em Matéria Criminal. Conceito: Ação de natureza civil (RTJ 83/255), de rito sumaríssimo, [...]” (CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Ed. Saraiva, 3ª ed., 1999, p. 460). Grifou-se.

“O mandado de segurança não é um recurso, mas uma ação, de natureza civil, de rito sumaríssimo, [...]” (MIRABETE, Julio Fabrini. Processo Penal. Ed. Atlas, 7ª ed., 1997, p. 720). Grifou-se.

“...é uma ação cível autônoma de impugnação, de rito sumário especial. Não podemos confundir a natureza da matéria tratada no MS com a origem da regulamentação e disciplina do instituto. Em outras palavras: trata-se de instituto regulamentado e disciplinado no âmbito cível mas com perfeita aplicação nas matérias de natureza criminal. [...] Não há MS criminal, trabalhista ou eleitoral. Há MS cível impetrado na área criminal, trabalhista ou eleitoral.

[...] Em outras palavras, sendo o MS contra decisão do juiz criminal, não há razão para ser julgado no âmbito cível.” (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Ed. Lumen Juris, 5ª ed., 2001, pp. 672/673). Grifou-se.

19. No mesmo sentido se pronuncia a jurisprudência, em caso, se não idêntico, muito semelhante:

“[...] Persiste a conclusão quando, na ação de segurança, é impugnada a legalidade de juiz de direito que interdita o estabelecimento prisional. A relação jurídica debatida **não é de matéria penal**. Não incidem as normas do Código de Processo Penal.” (STJ, ROMS 4059/RS, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, v. u., 18.04.1995).

20. Além de estarmos diante de um caso de incompetência absoluta, como restou provado, em consequência disto, o promotor de justiça signatário da referida ação civil não tem atribuição para propô-la, eis que violou o princípio do promotor natural ao distribuir a petição inicial.

“O Promotor Natural, assim, é garantismo constitucional de toda e qualquer pessoa (física ou jurídica) de ter um órgão de execução do Ministério Público com suas atribuições previamente definidas em lei, a fim de se evitar o chamado promotor de encomenda para esse ou aquele caso. O princípio existe muito mais em nome da sociedade do que propriamente da pessoa física do Promotor de Justiça [...]” (RANGEL, Paulo. op. cit., p. 35). Grifou-se.

21. O Estado do Rio de Janeiro tem direito constitucional de ter, no processo, como presentante do autor, o promotor natural com atribuição fixada em lei para o caso, qual seja, o promotor criminal da capital, lotado nas Varas de Execução Penal, *verbis*:

“Lei Complementar nº 28/82 – dispõe sobre a organização do Ministério Público Estadual junto ao Poder Judiciário do RJ.

[...] art. 42 – As Promotorias de Justiça são órgãos de execução do Ministério Público com **atribuições criminais e administrativas** perante a Primeira Instância do Poder Judiciário Estadual.

art. 43 – Incumbe aos Promotores de Justiça:

[...] X – **inspecionar os Distritos Policiais e demais dependências da polícia judiciária, requerendo ao Juiz o que for pertinente ao interesse processual penal e à preservação dos direitos e garantias individuais, da higiene e da decência no tratamento de presos, com rigoroso cumprimento das leis e das sentenças;**”

22. E como se verificar a inexistência de promotor com atribuição no presente caso? Ainda que a lei de organização do Ministério Público seja clara neste sentido, segue-se, num tom didático, *verbis*:

“A legalidade e procedência dos atos praticados no processo pelos órgãos do MP e do Poder Judiciário somente ocorrerão na medida em que os mesmos atuarem, respectivamente, nos limites de suas atribuições e competências. [...]”

A garantia do promotor natural passa, necessariamente, por quatro exigências básicas: pessoa investida do cargo de promotor, existência de órgão de execução, lotação por titularidade e inamovibilidade do promotor do órgão de execução.

Essa garantia seria um nada se as atribuições dos órgãos de execução fossem, caso a caso, ditadas pelo Procurador-Geral. **O que adiantaria a existência de órgão de execução, [...], se não houvesse a atribuição de cada órgão fixada em lei?”** (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Criminal*. Ed. Forense, 4ª ed., 1992, pp. 83/84). Grifou-se.

23. Tendo-se em vista que carece de atribuição o promotor signatário da peça inicial, está-se diante de um caso de ausência de pressuposto processual de validade, o que acarreta a nulidade dos atos do processo, sendo impossível a sua sanação. Outra não é a opinião da doutrina, confira-se:

“O promotor com atribuição para a causa é requisito indispensável para o desenvolvimento regular de qualquer relação jurídica processual que reclame sua intervenção, pouco importando que atue como parte ou custos legis, sendo esta a sua natureza jurídica. [...]”

A falta de atribuição, no processo do promotor legalmente legitimado, determina a existência de um vício no ato por ele praticado.

Aqui a ilegitimidade seria para o processo pressuposto de validade, de acordo com a doutrina mais tradicional e, para outros, requisito para o regular desenvolvimento da relação jurídico-processual. Tal nulidade deve ser conhecida de ofício pelo juiz (art. 267, § 3º, do CPC e 573, caput, do CPP), não sendo passível de sanação (art. 572, a contrario sensu do CPP e § 3º do art. 267 do CPC)”. (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *op. cit.*, pp. 87 a 93). Grifou-se.

24. Ante o exposto, resta evidente a incompetência absoluta das Varas Cíveis do interior para processar e julgar tal ação e a falta de atribuição do Promotor de Justiça, em exercício no interior e na Promotoria de Proteção aos Direitos Difusos, para a propositura da ação objeto deste estudo.

IV.2 – Carência de Ação: Ausência dos requisitos para o provimento final de mérito – inexistência de interesse de agir por falta de utilidade/necessidade da medida e por inadequação da via eleita

25. Abstendo-se da discussão acerca da natureza jurídica do que se pretende aqui sustentar, se condições da ação, como quer a doutrina clássica, ou, noutra acepção, requisitos para o julgamento final de mérito (cf. FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *Da Reconvencção no Direito Processual Civil Brasileiro*. Ed. Saraiva, 2ª ed., 1983, p. 83), o fato é que, alguns desses requisitos faltam à relação jurídico-processual formada, sob a perspectiva do autor, o que impede que se examine o mérito da causa.

26. Exsurge, de forma clara, a ausência de interesse processual, em seu elemento conjugado necessidade/utilidade, da tutela requerida. Explica-se.

27. **É prescindível a provocação da jurisdição para o deslinde da causa, já que, por via administrativa, o Juiz da Execução – competente para o caso – poderia, por medida própria, determinar a transferência de presos de uma para outra unidade prisional, conforme preceitua o art. 66, VII e VIII, da LEP (e, ainda, o art. 107, IV, “a”, do CODJERJ), mediante provocação do próprio Ministério Público ou até mesmo de ofício, conforme lição doutrinária, *verbis*:**

“Decisões Administrativas. O Artigo 66 da LEP prevê também as hipóteses de competência do juiz da execução para as atividades administrativas da execução penal. [...] De modo amplo e genérico, a lei estabelece que ao juiz da execução é permitido tomar as providências necessárias para que sejam obedecidos todos os dispositivos concernentes à execução penal, pois é dever do

*magistrado zelar pela correta aplicação da lei respectiva. Em consonância com tal dispositivo, cabe-lhe inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade (inciso VII)”. (MIRABETE, Julio Fabrini, *op. cit.*, p. 204). Grifou-se.*

28. Parece um equívoco utilizar-se de ação civil pública (instrumento inadequado, como se verá adiante), proposta por promotor sem atribuição, distribuída a Juízo incompetente, se igual proveito poderia ser obtido por mera provocação ao Juiz da Execução, com fulcro na própria Lei de Execução Penal.

29. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já julgou caso em que se denegou ordem de segurança contra portaria do juiz da execução que determinou a remoção de presos. Se o ato deu-se por portaria, por óbvio não se tratava de função jurisdicional, mas administrativa. Confirma-se:

“Não constitui desvio de finalidade nem abuso de poder, em detrimento de interesse de grupos, a portaria do juiz corregedor do presídio que, em situação excepcional, a fim de evitar mal maior e em benefício da coletividade, determina a remoção de presos provisórios e de menor periculosidade da penitenciária para as celas de distrito policial. Recurso ordinário conhecido ao qual se nega provimento.” (STJ, ROMS 5369/MS, Rel. Min. Peçanha Martins, v. u. 09.05.1996).

30. Carece também, o autor, de interesse em agir, sob a modalidade de inadequação da via eleita.

31. Já teve oportunidade de decidir o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em caso semelhante, que o remédio correto para o caso é o *habeas corpus*, muito embora não se possa dar provimento ao mesmo, por conta da violação à separação dos poderes e, também, por conta da exigência legal do cumprimento das penas, mas tal assunto será versado nas questões de mérito. *Verbis*:

“Habeas Corpus. Impetração pelo Ministério Público. Legitimidade. Remoção de Presos condenados definitivamente de Cadeias Públicas. Superlotação. Estabelecimento Penitenciário Adequado.

Detém o Ministério Público, ante o texto constitucional (art. 127) e desde que ocorrente a hipótese prevista no inciso LXVIII, art. 5º, da Carta da República, legitimidade ativa ad causam para ajuizar em favor de indiciado, réu ou condenado, a ação penal de habeas corpus.

A lei outorga aos pacientes o direito de cumprir pena na penitenciária, mas é certo que nesta inexistem vagas para eles. Inexistindo vagas na Penitenciária, caso não permanecessem os pacientes nas Delegacias, deveriam ser postos em liberdade, o que afronta a exigência legal de que cumpram as penas que lhes foram impostas no devido processo legal. Legítima, pois, a constrição.

Recurso conhecido e improvido.” (STJ, RHC 7233/DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, v. u., 24.03.1998).

32. O caso acima, no qual se baseou o acórdão, é idêntico ao caso em tela. Para o STJ, então, deveria o Ministério Público utilizar-se de outro instrumento, que não a ação civil pública, já que reconheceu a adequação e a legitimidade do *Parquet* para proteger os interesses dos presos, sejam eles condenados ou não, mas através do remédio de *habeas corpus*. O fato de aquela Corte não ter dado provimento ao recurso em nada interfere nas conclusões parciais até aqui apresentadas. A pretensão foi julgada improcedente por outra razão que não se liga à adequação da via eleita.

33. Nem se venha argumentar que a utilização da ação coletiva se deu em razão de que os interesses que necessitam de tutela são coletivos ou difusos, porque não há, no caso, direito de índole coletiva.

34. O pedido formulado é explícito para, em tese, salvaguardar direito perfeitamente limitado e determinado, qual seja, a remoção de um número certo de presos, sendo alguns oriundos de outras unidades e outros definitivamente condenados.

35. Não há como se defender a natureza difusa dos direitos explicitamente determinados de um número certo de pessoas. No máximo, em hipotética causa envolvendo responsabilidade civil, haveria a possibilidade de se considerar os interesses individuais num todo homogêneo para efeito de condenação genérica passível de liquidação especificada (liquidação para a espécie de direitos individuais homogêneos prevista pelo Código de Defesa do Consumidor, art. 95, c. c. art. 100 – cf. DINAMARCO, Cândido. “As Três Figuras de Liquidação de Sentença”, in *Estudos em Homenagem*

a Machado Guimarães, Ed. Forense, Coord. José Carlos Barbosa Moreira, 1999, p. 85 e ss.), o que definitivamente não retrata a hipótese dos autos.

36. O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em caso verdadeiramente idêntico ao aqui contestado, manifestou-se acerca do assunto, da seguinte maneira:

“Ação Civil Pública. Ministério Público. Condenação do Estado a construir e manter em funcionamento Cadeia Pública e Casa do Albergado. Hipótese indevida de intervenção do Ministério Público na esfera da Administração Pública. Não caracterizado interesse difuso ou coletivo. Ao Estado cabe, no exercício de sua autonomia, decidir por lei estadual se constrói Cadeias Públicas e em que Comarcas, segundo as prioridades que estabelecer, de conformidade com as disponibilidades financeiras.” (TJ/SP. Apelação Cível 271.710-1, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Paulo Shinate, JTJ 190/10).

37. Posto isso, fica clara a carência de ação do autor, pela falta de interesse em agir, quer seja pela ausência de utilidade/necessidade em se provocar a jurisdição, quer seja pela absoluta inadequação da via eleita.

V – DAS QUESTÕES DE MÉRITO

38. O objeto da cognição a ser exercida no caso em exame passa, necessariamente, pela análise de dois fundamentos: 1) se, ao pedir a remoção dos presos (e posterior manutenção da lotação compatível com a estrutura da carceragem), o autor estaria demonstrando, cabalmente, a omissão do Estado e se esta acarretaria, no caso, a assunção de responsabilidade; e 2) se, ao pleitear a remoção dos presos, o autor não estaria se utilizando de instrumento processual – ação civil pública – para se substituir ao Chefe do Poder Executivo em suas escolhas políticas, que dependem, não só de conveniência, mas de oportunidade (e aqui se inserem todos os limites financeiros e orçamentários que preordenam o processo de decisão política).

V.1 – Responsabilidade do Estado e Omissão Juridicamente Relevante

39. Antes de se analisar se restou configurada a responsabilidade do Estado como fundamento jurídico da causa de pedir, necessariamente deve-se analisar o pedido. Isto porque há uma abissal diferença, quanto à causa de pedir, entre a formulação de um pedido de “remoção” (com

posterior manutenção da lotação compatível com a estrutura da carceragem) dos presos ao invés da formulação de um pedido de “transferência” dos mesmos presos.

40. Confira-se a distinção entre os termos:

“Remover – Mover novamente, afastar, livrar-se de, mudar de um lugar para outro.

Transferir – Fazer passar (de um lugar para outro), mudar de um lugar para outro.” (HOLLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque. *Dicionário da Língua Portuguesa*. 11ª ed., Ed. DB Gamma) Grifou-se.

41. Ainda que o verbo *remover* também possa, em algum contexto, transmitir a idéia de mover algo, de um local para o outro, o certo é que o verbo *transferir* é que, de forma clara, traduz essa idéia. Remover, como citado acima, é utilizado para expressar a idéia de *livrar-se* de alguma coisa, *afastar* algo de si; já o verbo *transferir* traz, em si, a imagem da ação de substituição, ou seja, *mudar algo de um lugar para outro*, necessariamente.

42. Transportando tais significados para o caso concreto, pode-se concluir que o objetivo do autor era simplesmente o de *afastar* os presos da Delegacia local, ou seja, sem fazer expressa menção de substituição e de um local para o qual os presos deveriam ser levados. O pedido formulado foi o de simplesmente *remover* os presos (com posterior manutenção, na carceragem, de capacidade compatível com a estrutura da mesma).

43. Diversa conseqüência teria o pedido de transferência. Partindo-se do pressuposto que transferir é *mudar algo de um local para outro*, o autor teria que indicar este “novo local”, para onde os presos deveriam ser conduzidos, ou melhor, *transferidos*.

44. Esta distinção, num primeiro momento, de significado, e, num segundo momento, das conseqüências jurídicas de tais significados quando utilizados no pedido, são de suma importância para a caracterização ou não da responsabilidade do Estado na suposta omissão em solucionar o problema da superlotação das celas. Importa se definir, com precisão, se há omissão relevante.

“Mas tem se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado [...], dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de

uma conduta anterior do próprio omitente [...]” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2ª ed., Ed. Malheiros, 2000, p. 32.)

45. Em assim sendo, só seria relevante a omissão do Estado se ele tivesse o dever jurídico, imposto pela lei, de agir, e pudesse agir.

46. Partindo-se da premissa de que o Estado não pode ser obrigado pelo Poder Judiciário a construir unidades prisionais, tema este a ser abordado no próximo capítulo, somente seria relevante a omissão do Estado se ele, ciente da existência de vagas no sistema penitenciário, se mantivesse inerte diante da alegada superlotação da Delegacia local.

47. Em outras palavras: **somente há o dever jurídico de o Estado praticar o ato de preenchimento das vagas do sistema penitenciário se tais vagas existirem. Se inexisterem vagas, inexistente o dever jurídico; inexistindo o dever jurídico, não há que se falar em omissão relevante.**

48. Retome-se aqui o que ficou assentado em aresto citado anteriormente, no qual o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu com idêntica fundamentação, qual seja, de que, se o Judiciário não pode obrigar o Estado a construir novas unidades prisionais e, **se inexistem vagas em penitenciárias, não há que se falar em omissão relevante do Poder Público** (STJ, RHC 7233/DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, v. u., 24.03.1998).

49. Aplicando, agora, os raciocínios aqui apresentados, quanto à diferença entre *remoção* e *transferência* e no que concerne à identificação da omissão juridicamente relevante, conclui-se: **para que a pretensão pudessem ser formulada, o autor deveria pedir não a remoção dos presos (com a posterior manutenção da capacidade da carceragem compatível com sua estrutura), mas a transferência destes, provando a existência de vagas no sistema penitenciário.**

50. Somente se poderia vislumbrar a omissão do Estado diante de um pedido de transferência, indicando as vagas existentes, e não preenchidas por negligência do Poder Público.

51. O simples ato de formular pedido de *remoção* já conduz à vinculação da cognição, que ficará adstrita ao ato de retirar os presos das celas da Delegacia, sem se preocupar com o destino dos mesmos. Tal provimento, além de fisicamente impossível e de absolutamente ineficaz (o que se abordará adiante), não guardaria congruência com a causa de pedir, já que não há omissão relevante.

52. Ainda assim, não logrou êxito o autor em provar a omissão do Estado. Mais que isto, do conjunto de documentos trazidos aos autos do processo

como peças do inquérito civil, o que se observa é justamente o oposto: **resta provada a ausência de omissão do Estado**. Explica-se.

53. Verifica-se dos autos que o autor diligenciou junto às delegacias de toda a região, diretamente e através de promotores com atribuição criminal (já que, desde o início, ficou patente a ausência de atribuição do signatário da inicial para a propositura desta ação civil), bem como buscou informações com a POLINTER, acerca da existência de vagas no sistema carcerário das Delegacias, como também acerca de eventuais vagas no sistema penitenciário, este, gerido pelo DESIPE.

54. Observa-se por documento constante do inquérito civil, que autoridade policial, em relatório circunstanciado, expressamente tomou medidas para a transferência de presos entre as unidades carcerárias das Delegacias de todo o Estado, justamente porque não existem vagas em outras unidades da Polícia Civil.

55. No mencionado documento, confirma-se a inexistência de vagas nas Delegacias e no sistema penitenciário.

56. Diante de tal informação, qual seja, da prova da inexistência de vagas, como deveria ter agido o autor? A cautela exigiria ponderação na provocação da jurisdição. Ao revés, preferiu o autor propor uma ação coletiva, com inúmeros vícios, e sem sequer ter um conjunto probatório robusto, ou melhor, sabendo da existência de provas que refutam sua própria tese.

57. Retomando ponto trazido à baila no item de nº 51, por que razão seria ineficaz uma decisão de *remoção* de presos? Justamente porque na remoção não há indicação de vagas e, se elas inexistem, como cumprir tal decisão?

58. Da própria decisão na qual se determinou a oitiva do Estado, em 72 (setenta e duas) horas, acerca do pedido de liminar, o Juízo ventitou, antecipadamente, a possibilidade de ineficácia da decisão, tomando as devidas cautelas para garantir a "exeqüibilidade" da decisão, *verbis*:

"Inobstante a extrema gravidade da situação descrita na exordial, com sentidos reflexos neste Município, não se está diante de um problema localizado, mas generalizado, que, por isso mesmo, depende de articulação com todo o sistema, de forma, inclusive, a garantir a exeqüibilidade à decisão judicial eventualmente concessiva da medida pleiteada." (Decisão nos autos da Ação Civil Pública de nº 2002.055.000008-6, da 2ª Vara Cível da Comarca de São Pedro da Aldeia). Grifou-se.

59. Em idêntica ação civil pública, objetivando também a remoção de presos e a impedir o recebimento de presos oriundos de outras unidades, em outra Comarca, foi deferida a liminar, sem as rigorosas cautelas corretamente exigidas na decisão acima aludida, **o que redundou na absoluta ineficácia da decisão**.

60. Uma vez deferida a liminar, nos termos da inicial, pelo juiz de plantão, o juiz titular da Comarca teve que reconsiderar a decisão. Isto porque, diante da informação de que não havia carceragem em uma outra Delegacia, o magistrado teve que rever a decisão e permitir que a Delegacia local continuasse a receber presos oriundos de outras Comarcas, sob pena de se provocar grave lesão à segurança pública.

61. Destarte, mostra-se com clareza solar a inexistência de omissão relevante do Estado, bem como na **impropriedade técnica do pedido formulado que pode, inclusive, gerar a ineficácia, ou ainda, inexecutabilidade, das decisões eventualmente deferidas em sede liminar**.

V. 2 – Da Violação à Separação dos Poderes – Discricionariedade Administrativa e Políticas Públicas

62. Por fim, faz-se mister a fixação de alguns conceitos, a fim de se demonstrar que a propositura da ação ora em estudo denota interferência indevida do Ministério Público nos atos tipicamente políticos e, em consequência, afronta a tripartição das funções de Estado.

63. O Poder Executivo guarda algumas particularidades em relação aos demais "Poderes". Um dos traços mais característicos da função executiva/administrativa é a autodeterminação, ou melhor, a possibilidade de traçar, segundo a lei, suas próprias políticas, (públicas) e executá-las segundo critérios de conveniência e oportunidade. *Verbis*:

*"A administração pública não nos aparece hoje em dia na maior parte dos países como uma forma típica da **atividade** do Estado, mas antes como uma das maneiras por que se manifesta a sua autoridade. **A administração deixa de se caracterizar como função para se afirmar como poder.** [...]"*

A Administração é um verdadeiro poder porque define, de acordo com a lei, a sua própria conduta e dispõe dos meios necessários para impor o respeito dessa conduta e para traçar a

conduta alheia naquilo que com ela tenha relação". (CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. I, Ed. Almedina, 10ª edição, Coimbra, Portugal, 1997, pp. 15 e 16). Grifou-se.

64. Se a Administração Pública pode fixar, por atos tipicamente políticos, sua conduta, fica claro reconhecer que as diferenças entre o Poder Executivo e o Judiciário exsurtem desta possibilidade, a saber:

"Imparcialidade e passividade são, pois, características da via jurisdicional da execução das leis. [...]"

Parcialidade e iniciativa aparecem-nos, agora, como característica da via administrativa da execução das leis". (CAETANO, Marcello. *op. cit.*, p. 13).

65. Se o modo pelo qual os "poderes" executam as leis é diverso, e se essa diversidade decorre, no caso da Administração Pública, do fato de que ela possui capacidade de autodeterminação, ou seja, iniciativa e parcialidade, pode-se concluir que, a partir da lei, há um espaço que deverá ser preenchido exclusivamente pela Administração, por conta da Teoria da Separação dos Poderes e que qualquer tentativa de substituição do legitimado constitucional ao preenchimento deste mencionado espaço viola cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III, CR).

66. Ganha o *nomen juris* de discricionariedade a margem de liberdade que detém o administrador para preencher o espaço que a lei deixa para o exercício da autodeterminação da Administração Pública (Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. Ed. Malheiros, 2ª ed., São Paulo, 1998, p. 48).

67. Ocorre que a discricionariedade é exercida segundo critérios de legalidade e de legitimidade e, em virtude disto, sua utilização pode ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, mas com algumas restrições. O que se origina de *decisão*, refere-se à autodeterminação e, por conta disto, escapa ao controle jurisdicional, por conta de sua natureza eminentemente política; já o que se liga à *opção*, pode ser objeto de controle para a sua invalidação, embora nunca para a sua substituição. Explica-se.

"O poder discricionário de resolução concerne à questão, se a autoridade, no fundo, deve intervir e tornar-se ativa; o poder discricionário de seleção relaciona-se, ao contrário, à questão, quais das medidas possíveis e admissíveis devem ser tomadas no caso concreto". (MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito*

Administrativo Alemão. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2001, p. 48). Grifou-se.

68. Esta distinção entre decisão e opção, ou melhor, entre resolução e seleção, como quer a doutrina alemã, se reflete no Brasil como a distinção entre a discricionariedade política e a discricionariedade técnica, utilizada para distinguir exatamente o que se quer, aqui, distinguir: as decisões políticas das decisões técnicas (ou meramente administrativas). Confira-se:

"Afirmado que nem todo público é necessariamente estatal, cumpre, também, estabelecer-se uma distinção pragmática entre as decisões políticas, quando indispensáveis às definições do público-estatal, e as decisões técnicas, que devam ser feitas na satisfação do interesse público tout court, seja ou não estatal.

Em consequência, passa-se a distinguir, com maior rigor e frequência, a discricionariedade político-administrativa, que continua a ser essencial à tomada de decisões politicamente orientadas, da simples discricionariedade técnica, que deve ser adotada sempre que a melhor decisão prescindir da consideração de quaisquer outros fatores que não os que possam ser objetivamente avaliados". (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações no Direito Administrativo*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 128). Grifou-se.

69. Se o pedido formulado não foi o de transferência dos presos com a indicação das vagas disponíveis, como se pôde verificar, mas a simples remoção (com posterior manutenção da capacidade da carceragem compatível com a sua estrutura); e se, ainda, ficou evidenciada a inexistência de vagas nas demais unidades prisionais, parece óbvio que a intenção do Ministério Público foi a de exigir, por via jurisdicional, que o Poder Executivo crie novas vagas, ou melhor, que construa novas penitenciárias, já que, **do contrário, o pedido do autor, uma vez acolhido, redundaria na libertação imediata de todo o contingente excedente à capacidade das Delegacias, como se estivessemos diante de um "habeas corpus coletivo"**.

70. Cabe analisar, agora, se a decisão de construir uma penitenciária guarda, em seu conteúdo, uma opção/seleção, ou seja, se é exercício da discricionariedade técnica e pode, portanto, ser objeto de controle pelo Poder Judiciário ou se, ao revés, estamos diante de uma decisão/resolução,

que guarda relação com a manifestação da discricionariedade política, ou seja, atos tipicamente políticos, e que, por sua natureza (autodeterminação), não pode ser controlada jurisdicionalmente, sob pena de se violar a separação dos Poderes.

71. Parece evidente que a decisão de construir uma unidade prisional tem cunho eminentemente político, já que é manifestação de autodeterminação, que concretiza uma resolução de que a administração deva intervir, tornar-se ativa, exercendo, com base em critérios de conveniência e oportunidade, seu poder exclusivo de agir em determinado caso, fixando as condições para a sua própria ação.

72. Construir uma penitenciária é ato de governo, que remonta às plataformas e aos projetos políticos, geralmente de campanha, e que, ainda, dependem de disponibilidade financeiro-orçamentária e sujeita à responsabilidade fiscal.

73. Não por outra razão que o ex-Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo desenvolveu um estudo sobre “A Ação Civil Pública e a Separação dos Poderes do Estado”, no qual o autor analisa justamente uma ação civil pública que teve por objetivo a condenação do Estado na construção e manutenção de Cadeia Pública por conta da superlotação das unidades prisionais das Delegacias de Polícia (FRONTINI, Paulo Salvador. “A Ação Civil Pública e a Separação dos Poderes do Estado”. In *Ação Civil Pública – 15 anos*, Coord. Édis Milaré, Ed. RT, São Paulo, 2001, p. 668 e ss).

74. O referido estudo traz à colação inúmeros arestos, todos seguindo os fundamentos aqui apresentados, v. g.:

“Caso semelhante foi decidido pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, decidindo ação civil pública em que o Ministério Público postulava a condenação do Estado a construir e manter em funcionamento cadeia pública e casa do albergado. Nesse caso, a douta 2ª Câmara de Direito Público, além de não ver caracterizado interesse difuso ou coletivo, afirmou, expressamente tratar-se de ‘hipótese, ademais, de intervenção indevida do Ministério Público na esfera da Administração Pública’. Em seu voto vencedor, o relator, ilustre Desembargador Paulo Shintate, afirmou, literalmente: ‘É que ao Estado cabe, no exercício de sua autonomia, decidir por lei estadual se constrói cadeias públicas e em que comarcas, segundo as prioridades que estabelecer, de conformidade com as disponibilidades financeiras.’ (Apelação Cível 271.710-1 – JTJ 190/10).

No Recurso Especial 63.128-9-GO (95.0015142-4), apreciando caso em que o Ministério Público de Goiás pediu em ação civil pública que o Estado de Goiás fosse condenado a construir um centro de recuperação e triagem de menores, decidiu o Eg. Superior Tribunal de Justiça confirmar a decisão do Tribunal de Justiça do Estado, sob o fundamento de que ‘...o Executivo, constitucionalmente autônomo, goza de total liberdade para eleger as obras prioritárias a serem construídas’. A ementa desse v. acórdão aliás é explícita ao dizer que ‘... haveria uma intromissão indébita do Poder Judiciário no Executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para execução da obra reclamada’ (6ª Turma, relator o eminente Ministro Adhemar Maciel, Lex 86/149). [...]

Em outro julgado, o Eg. Tribunal de Justiça paulista examinou caso em que, através de ação civil pública, o Ministério Público pretendia não fossem recebidos, na prisão da comarca, presos transferidos de cadeias de cidades próximas, conforme determinado por autoridades penitenciárias. O Juízo da comarca deferiu liminar, contra a qual houve agravo da Fazenda do Estado. O agravo foi provido, sendo significativa esta passagem do voto do relator, o ilustre Desembargador Aloisio de Toledo: ‘A administração dos presídios é matéria que foge à atividade jurisdicional, não tendo os juízes competência legal para nela interferir, muito menos restringir ou ampliar a lotação das cadeias. Em momentos de crise, com as rebeliões armadas, tem sido relevante a atuação dos magistrados paulistas, porém afastadas essas circunstâncias, não deve o juiz envolver-se em atividade que é privativa de outro Poder’ (Agravo de Instrumento 67.852-5, 2ª Câmara de Direito Público – JTJ 206/164)” (FRONTINI, Paulo Salvador, op. cit., pp. 701/703). Grifou-se.

75. Não por acaso os exemplos retirados do estudo apresentado pelo Chefe do *Parquet* paulista, acórdãos de Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça, são muito semelhantes ao caso em tela. Parece haver uma tendência atual em se buscar, por via indireta, oblíqua e inconstitucional, a solução para a população carcerária.

VI – CONCLUSÕES

76. Indevida, portanto, a interferência do Ministério Público nos atos tipicamente políticos, fruto do exercício da discricionariedade político-admi-

nistrativa, com nítida violação da cláusula pétrea de Separação dos Poderes do Estado, e, ainda, com inúmeros vícios processuais, quais sejam: a) incompetência absoluta do Juízo; b) ausência de atribuição do Promotor de Justiça; c) falta de interesse de agir, na modalidade utilidade/necessidade do provimento; d) falta de interesse de agir, na modalidade inadequação da via eleita para a obtenção dos fins pretendidos.