



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Registro: 2016.0000816027

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0015931-64.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, AÇÃO EDUCATIVA ASSESSORIA PESQUISA E INFORMAÇÃO, CONECTAS DIREITOS HUMANOS, INSTITUTO PRÁXIS DE DIREITOS HUMANOS, INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA - ITTC e PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL E DE SÃO PAULO - ASSOCIAÇÃO DE APOIO E ACOMPANHAMENTO - ASAAC, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U. (Sustentou oralmente o defensor público Dr. Carlos Isa, OAB/SP 153773)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO GALIZIA (Presidente), ANTONIO CARLOS VILLEN E ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 7 de novembro de 2016.

Paulo Galizia  
RELATOR  
Assinatura Eletrônica



## PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 12179

10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 0015931-64.2012.8.26.0053

COMARCA: SÃO PAULO – 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

APELANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO E OUTROS

APELADO: ESTADO DE SÃO PAULO

JUIZ: ALEXANDRE JORGE CARNEIRO DA CUNHA FILHO

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À EDUCAÇÃO.** Oferta de ensino fundamental e médio e na modalidade Educação de Jovens e Adultos (EJA) no período noturno às mulheres que cumprem pena privativa de liberdade na Penitenciária Feminina de Sant'Ana. Possibilidade. Omissão inconstitucional configurada. Política pública insuficientemente concretizada. Direito social fundamental componente do 'mínimo existencial' (arts. 6º, 205 e 206, I e 208, I e VI da CF). Violação ao princípio da separação dos poderes. Inocorrência. Controle de constitucionalidade. Exercício pelo Judiciário de função típica. Teoria da reserva do possível. Inoponibilidade. Vinculação da política pública a normas constitucionais e legais. Discricionariedade administrativa mitigada, que não comporta o não fazer. Garantia às apenadas do direito à remição penal por estudo. Art. 126, § 3º da LEP. Sentença de improcedência reformada. Recurso provido.

Trata-se ação civil pública ajuizada pela **Defensoria Pública do Estado de São Paulo** em conjunto com **Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; Conectas Direitos Humanos; Instituto Práxis de Direitos Humanos; Instituto Terra, Trabalho e Cidadania – ITCC e Pastoral Carcerária Nacional e de São Paulo (Associação de Apoio e Acompanhamento – ASAAC)** contra o **Estado de São Paulo**, a qual visa à condenação do réu a ofertar ensino fundamental e médio no período noturno e na modalidade Educação de Jovens e Adultos (EJA) às mulheres que cumprem pena privativa de liberdade na Penitenciária Feminina de Sant'Ana (PFS). Pleiteiam, ainda, que o réu seja obrigado a realizar, ao menos no início de cada semestre letivo, ampla divulgação da oferta de vagas no ensino noturno e chamamento da população carcerária à matrícula. Por fim, pedem que, no caso de descumprimento das determinações judiciais, seja cominada multa não



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

inferior a R\$ 20.000,00 por dia de atraso.

A sentença de fls. 707/711 julgou a demanda improcedente por entender que não há omissão ilícita por parte da Administração Pública a justificar intervenção judicial no caso.

As autoras apelam (fls. 721/781). Relatam que na PFS somente 12% das 2.333 presas estudam e que a unidade oferece cursos regulares apenas nos períodos matutino e vespertino, os quais também se destinam às atividades laborais. Afirmam que pesquisa amostral realizada no bojo da presente ação, em março de 2014, revela que uma das principais razões para a baixa quantidade de estudantes é a concomitância entre os horários de trabalho e de estudo. Das 68,4% das mulheres ali presas que trabalham, 94,5% gostariam de estudar no período noturno. Para 84,10%, o conflito de horários é o que as impede de estudar. Afirmam que tal pesquisa corrobora a que foi realizada em 2011 pela *Ação Educativa* e que instruiu a inicial. Entendem que há violação ao art. 208, I e VI da Constituição Federal e que está caracterizada a omissão do Estado por não cumprir a contento seu dever de prestar assistência à pessoa presa, privando-a de seu direito fundamental à educação. Também evocam o art. 11, IV da LEP e asseveram que tal omissão impede o cumprimento das penas com pessoalidade e o acesso à remição por estudo (Lei 12.433/2011). Ressaltam que a educação é capaz de promover o desenvolvimento humano e que há carência de informações sobre a demanda efetivamente existente na unidade prisional e sobre a disponibilidade de vagas, bem como não há estímulo à matrícula. Alegam que em outros estabelecimentos penais da Capital que abrigam mulheres (Penitenciárias Femininas da Capital e do Butantã) o ensino noturno é garantido às presas. Ressaltam que já há estrutura para implementação dos cursos e lembram que a última rebelião no local se deu em 2006 justamente por conta das precárias condições de educação e trabalho. Por fim, entendem que não há discricionariedade administrativa no presente caso, mas, sim, omissão dos administradores em dar cumprimento a políticas públicas já definidas nas instâncias e poderes legítimos, sendo também legítima a atuação do Judiciário. Evocam uma série de normas nacionais e internacionais a lastrear o pedido.

Recurso tempestivo.



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A Fazenda do Estado de São Paulo apresentou contrarrazões (fls. 785/803).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento da apelação (fls. 809/816).

#### É O RELATÓRIO.

Em suas contrarrazões, a Fazenda arguiu, preliminarmente, que as providências pleiteadas na exordial expressam invasão na esfera de competências da Administração, denotando ou a ausência de interesse de agir das autoras ou a impossibilidade jurídica do pedido.

Todavia, a matéria levantada sob o título de preliminar não diz respeito a nenhuma das chamadas condições da ação. Na verdade, a questão é de mérito e como tal será examinada.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em conjunto com cinco entidades da sociedade civil para o fim de condenar o Estado de São Paulo à obrigação de oferecer às mulheres que cumprem pena privativa de liberdade na Penitenciária Feminina de Sant'Ana, no período noturno, ensino fundamental e médio e na modalidade Educação de Jovens e Adultos (EJA) e também à obrigação de realizar ampla divulgação da oferta do ensino noturno, bem como o chamamento da população carcerária à matrícula.

Alegam as demandantes que um número substancial de mulheres custodiadas pela instituição não cursam o ensino fundamental e médio porque são oferecidos apenas nos períodos matutino e vespertino. A maioria trabalha durante esses períodos e escolhem privilegiar seu direito ao trabalho – que lhes gera remuneração – em detrimento do direito ao estudo. Isso ocorre porque, nas condições ofertadas na unidade prisional, a fruição de um é excludente da fruição do outro.

O juízo de origem considerou não haver omissão estatal porque constatou que o direito à educação não deixa de ser garantido na Penitenciária, uma vez que os mencionados cursos são oferecidos nos períodos diurno e vespertino (fls. 707/711).



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Em que pese tal entendimento, a omissão é evidente.

A inicial foi instruída com uma pesquisa realizada em março de 2011, pela ONG *Ação Educativa* (fls. 141/175), que contou com a participação de cerca de 5% das 2.564 mulheres presas na ocasião. Concluiu-se que, das entrevistadas, apenas 14% haviam concluído os ensinamentos fundamental e médio e outros 14% concluíram somente o fundamental. Apenas 11% estavam estudando no momento (o que engloba os cursos ora pleiteados e outros cursos oferecidos denominados na praxe local de 'cursos técnicos'). Das 89% que não estavam estudando, 23% alegaram que pararam os estudos porque começaram a trabalhar e, destas, 79% gostariam de estudar. Dentre as que nunca haviam estudado na prisão (62%), 37% afirmaram que não estudavam devido à coincidência do horário dos cursos com o das oficinas de trabalho. Dentre as mulheres que estudavam à época e as que já tinham estudado em algum momento na prisão (38%), 63% souberam da disponibilidade de vagas por meio de colegas, 25% por meio de funcionários e somente 10% por meio de cartazes. Do total das entrevistadas, 59% trabalhavam na prisão, sendo que 94% destas ocupavam os períodos da manhã e da tarde com a atividade laboral (fls. 156, 160, 166, 167, 168 e 169).

Documento expedido pela Coordenadoria de Unidades Prisionais da Região Metropolitana de São Paulo atestou que, à época, das 2.618 mulheres presas, apenas 238 estudavam (fls. 254).

Em março de 2014, por solicitação do juízo monocrático, pesquisa similar foi realizada (fls. 496/674vº). A Diretoria do Centro de Segurança e Disciplina da Penitenciária participou de reunião para aprovar a metodologia a ser empregada (fls. 492). O resultado foi bastante similar. Apenas 12% das entrevistadas estavam estudando, enquanto 68,4% trabalhavam na unidade. Das que não estudavam, 81,1% não o faziam porque o horário das aulas coincidia com o do trabalho. 96,6% tinham interesse em estudar e 87,2% tinham interesse em estudar no período noturno. Das que trabalhavam, 94,5% interessavam-se pelo curso noturno. A pesquisa apontou, ainda, que 57,2% das entrevistadas não concluíram o ensino fundamental obrigatório e que 91,8% não cursaram o ensino médio (fls. 498, 499 e 500).

Com efeito, a educação básica é o primeiro dos direitos



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

sociais elencados no art. 6º da Constituição Federal. O art. 205 da CF dispõe que, além de ser dever da família, a educação é dever do Estado e deve ser promovida com vistas ao pleno desenvolvimento da pessoa, preparando-a para o exercício da cidadania e qualificando-a para o trabalho. O art. 206 (*caput* e I), por seu turno, prevê que o ensino será ministrado tendo por base o princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Fundamental para o deslinde da causa, o art. 208 da CF dispõe que:

**“O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:**

**I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009)**

**II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996) (...)**

**VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; (...)**

**§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.**

**§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. (...)** (grifos e destaques meus).

Por fim, o § 3º do art. 211 determina que os Estados da Federação atuem prioritariamente no ensino fundamental e médio.

Como se vê, o direito pleiteado é garantido pela Constituição Federal.

Ressalte-se que os direitos sociais são elencados no capítulo II do título II da Constituição Federal, que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais e que o § 1º do art. 5º dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

Acrescente-se que referido direito foi regulamentado pela Lei Federal 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Base da Educação – LDB), em seu art.



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

4º, IV, VI e VII:

“Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

IV - acesso público e gratuito aos ensinos fundamental e médio **para todos os que não os concluíram na idade própria**; (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013) (...)

VI - **oferta de ensino noturno regular**, adequado às condições do educando;

VII - **oferta de educação escolar regular para jovens e adultos**, com características e modalidades adequadas às suas necessidades e disponibilidades, **garantindo-se aos que forem trabalhadores as condições de acesso e permanência na escola**; (...)”

A Secretaria de Administração Penitenciária afirma ser impossível a implantação dos cursos porque isso implicaria na diminuição do nível de segurança da Penitenciária, porquanto faltariam servidores (agentes penitenciários e agentes de escolta e vigilância) para atuar na logística que envolve a ida das presidiárias ao curso e sua volta às celas. Alega, ainda, que o prédio é antigo e que a estrutura física do local é imprópria para garantir que não haja indisciplina, desordens, fugas, motins e rebeliões por ocasião da frequência aos cursos (fls. 176, 178, 183, 184, 444/448 e 456/457).

Por outro lado, há nos autos documentos que indicam não haver óbice intransponível à implantação dos cursos.

O documento de fls. 181, elaborado pela Coordenadoria de Estudos e Normas Pedagógicas da Secretaria de Estado da Educação, informa que, para o ano letivo de 2012, estava sendo realizado levantamento da demanda de alunos e classes nas unidades prisionais do Estado, com o acompanhamento das diretorias regionais de ensino e que o período noturno seria atendido progressivamente, de acordo com a necessidade e possibilidade de cada unidade prisional.

A fls. 261/262, servidora que integra a Assistência Técnica da Chefia de Gabinete da Secretaria de Administração Penitenciária aponta a necessidade de atender aos termos da Resolução 2/2010 da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação do Ministério da Educação – que dispõe sobre as diretrizes nacionais para a oferta de educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade nos





## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

estabelecimentos penais –, razão pela qual fora criada, por meio da Resolução SAP 74/2012, o Grupo de Articulações nas Prisões, o qual realizaria diagnósticos de necessidades nas unidades prisionais, “objetivando encontrar alternativas para superação de diversas dificuldades existentes nos estabelecimentos penais, no que tange às atividades escolares, bem como a eficácia de seu funcionamento (...)”. A Resolução, inclusive, prevê a oferta de curso noturno nas unidades prisionais destinadas ao cumprimento de pena em regime semiaberto e nos centros de ressocialização (art. 5º, § 2º).

A fls. 251/255, o diretor técnico da PFS, ao 'elencar subsídios' para instruir a defesa do Estado na presente ação civil pública, sustenta que “o mérito da matéria (estudo noturno) [não se trata] de simples discricionariedade dos dirigentes das unidades prisionais, mas sim de um assunto que, antes de ser implantado em sua iminência, é carecedor de grupos de estudos conjunto formado pela: Vara das Execuções Criminais, Secretaria da Administração Penitenciária, Secretaria da Educação, Secretaria da Segurança Pública, Funap, Defensoria e entidades civis, tudo visando garantir contingente de funcionários e até outras alternativas (...)”. Conclui o diretor que, perante o embate que se dá entre os direitos básicos à educação e à segurança, os quais devem ser cumpridos em conjunto, “a solução está em desenvolver planos específicos no intuito de ver cumpridos tais direitos” (fls. 254/255).

Todavia, a demanda foi proposta em abril de 2012 e até o momento, outubro de 2016, a realidade fática não se alterou, não havendo notícia de que qualquer grupo de estudos tenha sido implementado.

Sob a custódia do Estado, as pessoas que cumprem pena privativa de liberdade em regime fechado não têm como ter acesso a seu direito fundamental à educação fora do estabelecimento prisional. É dever do Estado garantir aos condenados “todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” (art. 3º da Lei de Execução Penal - LEP, grifo meu), sendo assegurado aos presos “o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, XLIX da CF e art. 40 da LEP, grifos meus).

Assim, é clara a violação ao direito das apenadas.

Há evidente omissão do Estado na implementação da política pública educacional de modo a contemplar integralmente os ditames da





## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Carta Magna, da LDB e da LEP.

Trata-se de política pública que se vincula a normas constitucionais e legais, cabendo ao administrador cumpri-las. A discricionariedade administrativa, no caso, é mitigada e não comporta o não realizar.

Dessa forma, o Poder Judiciário, atuando em sua função típica de controlar a constitucionalidade de atos administrativos vinculados, tem o dever de imputar ao Estado a obrigação de adequar-se aos termos da Constituição.

Ao Judiciário cabe, tanto quanto aos demais poderes, o dever de garantir a máxima efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais.

Ada Pellegrini Grinover, citando pensamento de Tércio Sampaio Ferraz Junior, afirma que “no Estado democrático de direito, o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal”<sup>1</sup>.

Em vista do exposto, notório o interesse de agir das autoras e a possibilidade jurídica do pleito: garantir acesso a direito social fundamental a um grupo de pessoas, por meio da otimização da política pública já implementada.

Consigne-se que o direito à educação compõe o núcleo de direitos que se convencionou chamar de 'mínimo existencial'<sup>2</sup>. Neste campo, a teoria da reserva do possível não se presta a justificar a omissão, salvo se cabalmente demonstrada a exaustão orçamentária.

Kazuo Watanabe diferencia três espécies de direitos fundamentais sociais sob a perspectiva da possibilidade de tutela jurisdicional:

“I) os que correspondem ao núcleo básico do princípio da dignidade da pessoa

<sup>1</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 164, out./2008, p.12.

<sup>2</sup> “Consiste o mínimo existencial de um complexo de interesses ligados à preservação da vida, à fruição concreta da liberdade e à dignidade da pessoa humana. Tais direitos assumem, intuitivamente, um status axiológico superior, e isto por serem essenciais à fruição dos direitos de liberdade. Sem direitos sociais mínimos, os direitos de liberdade permanecem um mero esquema formal.” (GOUVÊA, Marcos Maselli. *Controle das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.257).



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

humana e configuram o chamado 'mínimo existencial'; II) os que, embora não estejam referidos ao 'mínimo existencial, estão previstos em normas constitucionais de 'densidade suficiente' e por isto não são dependentes, para a judicialização, de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por meio de política pública específica; III) os demais direitos fundamentais sociais, previstos em normas constitucionais de cunho programático"<sup>3</sup>.

Afirma que somente os direitos fundamentais sociais pertencentes às duas primeiras categorias são imediatamente judicializáveis. É o que ocorre no presente caso, pois a demanda se insere na primeira classificação do autor.

Recente julgado desta 10ª Câmara de Direito Público corrobora o entendimento acima exposto. Trata-se da Apelação nº 3031082-93.2013.8.26.0405 (Rel. Des. Marcelo Semer, j. 19/09/2016), cujo resultado foi a condenação do Estado de São Paulo a manter um número limitado de encarcerados em duas de suas unidades prisionais (obrigação de não fazer). Confira-se:

**“(...) No caso, em vez de invasão da seara administrativa e, por consequência, da separação de poderes, o que existe é o cumprimento do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, CF). Ainda que concorra ao Poder Executivo a administração penitenciária, a garantia do cumprimento das disposições legais não pode ser afastada do controle judiciário.** Assim, não basta que o Executivo seja o responsável por custodiar os presos – faz-se imprescindível que sua custódia se faça de acordo com os princípios constitucionais, as regras de tratados internacionais que o país ratifica e segundo suas próprias normas legais.

A custódia de presos que não corresponde a tais ditames, que ofenda tão frontalmente a direitos fundamentais, resulta ser, na verdade, descumprimento da obrigação assumida pelo próprio Estado. **E não há descumprimento de lei, tanto mais de direitos constitucionais** (como a já mencionada proibição de penas cruéis e degradantes) **que não possa ser apreciada pelo Estado-Juiz.**

E a reserva do possível, no caso, nada mais é do que a reserva do negligenciado, a reserva da omissão. O que se busca, em

<sup>3</sup> WATNABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas, 'mínimo existencial' e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis*, 2.ed, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.224.



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

suma, é o direito do Estado-administração a descumprir suas próprias normas justamente na aplicação de sanções a quem descumpriu normas por ele fixadas (...)” (destaques meus).

Assim, o orçamento estatal deve adaptar-se para que seja melhorada a política pública já em curso.

Lembre-se, ainda, que há tempos o conceito de orçamento público ganhou contornos que se alinham ao modelo social de Estado, que é o adotado pela República brasileira. Trata-se do orçamento-programa, voltado para a realização dos fins estatais<sup>4</sup>.

No mais, o pedido não se mostra irrazoável, uma vez que a instituição já conta com instalações adequadas para oferta dos cursos noturnos, pois já oferece os cursos diurnos (salas de aula adaptadas nas oficinas de trabalho – fls. 252).

Conquanto a Secretaria de Administração Penitenciária tenha, ao longo do processo, fornecido dados diversos a respeito da quantidade de salas disponibilizadas para o ensino formal na Penitenciária e também sobre a quantidade de vagas, é certo que na instituição já existem ao menos 90 carteiras distribuídas em três salas de aula<sup>5</sup>.

Também não são claras as informações relativas à quantidade necessária de servidores para atuar na fiscalização das mulheres no momento em que se dirigem para o curso e que se encaminham para as celas após o seu término, bem como no monitoramento dos locais de aula.

Durante a audiência de conciliação, foi informado ao juízo (fls. 464/465) que, nos períodos da manhã e da tarde, trabalham cerca de dez a 12 servidores por pavilhão (são três pavilhões na unidade), sendo que à noite o número é reduzido para cerca de quatro ou cinco servidores. Quando há prestação de ensino, há mais cerca de quatro servidores voltados à tarefa (dois agentes penitenciários e dois oficiais administrativos vinculados à SAP).

<sup>4</sup> “(...) A ausência de recursos atuais para a consecução dos fins do Estado – e por decorrência para a satisfação espontânea dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais – deverá pautar a conduta dos poderes Executivo e Legislativo para atuação responsável nas finanças públicas, a fim de que seja programado o custeio dos gastos a serem gerados no tempo (...)” (CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a ‘reserva do possível’: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. *Revista judiciária do Paraná*, Curitiba, n.5, mai.2013, p.127).

<sup>5</sup> Informação de fls. 124: dez salas de aula com capacidade para 25 reeducandas cada; informação de fls. 442: quatro salas de aula e cem vagas para cada período (cem carteiras); informação de fls. 483: três salas de aula, com 90 vagas em cada período; informação de fls. 691: cem vagas; informação de fls. 792: dez salas de aulas com capacidade para 25 reeducandas.



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No entanto, a fls. 690/692, o secretário da Administração Penitenciária informou que a unidade prisional conta, no plantão noturno II, com 27 agentes de segurança penitenciária e 15 agentes de escolta e vigilância penitenciária e, no plantão noturno IV, com 26 agentes de segurança e 15 agentes de escolta.

Assinala que para implementação do curso são necessários mais 18 agentes de segurança e dez agentes de escolta e vigilância no plantão noturno II e 19 agentes de segurança e dez agentes de escolta no plantão noturno IV.

Todavia, o Grupo Regional de Ações do Trabalho e Educação da Coordenadoria de Unidades Prisionais da Região Metropolitana de São Paulo informa que apenas um agente de segurança penitenciária realiza o controle do ambiente educacional na PFS nos períodos matutino e vespertino (fls. 480/481).

Por outro lado, admite-se que na Penitenciária Feminina da Capital (PFC) – que também é abrigo de mulheres que cumprem pena privativa de liberdade em regime fechado, situa-se em avenida paralela à em que está localizada a PFS (fls. 439) e conta com os cursos noturnos (fls. 484/485) –, dois servidores realizam esse controle (fls. 484).

Cabível, portanto, a seguinte indagação: se nos cursos diurnos quatro servidores são empregados na logística da educação, é preciso acrescentar 29 servidores para a realização do mesmo serviço no período noturno?

A incongruência da resposta enviada ao juízo indica que o número de servidores não é óbice para o cumprimento da obrigação.

Ora, se é fato incontroverso que na PFC há cursos noturnos, é necessário acrescentar que, sob o postulado da isonomia, não há porque excluir um grupo de pessoas submetidas a condições similares de usufruir do mesmo direito primordial<sup>6</sup>.

Afirmou-se, para justificar a ausência de implantação dos cursos noturnos na PFS, que já houve uma fuga, em 2006 e cinco tentativas de

<sup>6</sup> “Obrigação de fazer - Menor - Disponibilização gratuita de transporte escolar - Direito à educação - Dever do Estado - Incidência do artigo 208, inciso VII, da CF, e do artigo 54, inciso VII, do ECA - Previsão expressa de atendimento ao educando com transporte - Inexistência de ofensa ao princípio da impessoalidade - Disponibilização a qualquer aluno que necessitar do transporte vespertino - **Ofensa ao princípio da isonomia caracterizado, face à disponibilização de transporte somente aos alunos do período matutino** - Ação procedente - Recurso não provido” (Apelação nº 0001712-56.2009.8.26.0698, Rel. Henrique Nelson Calandra, 2ª Câmara de Direito Público, j. 13/12/2010, destaque meu).



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fuga, enquanto na PFC não constam ocorrências graves de disciplina. Contudo, é fato notório, amplamente divulgado pela imprensa, que na PFC já houve, sim, rebeliões, como, por exemplo, a que ocorreu em 24/08/2004<sup>7</sup>.

Cumpra observar que o curso noturno na PFC existe há 20 anos (fls. 485), sendo ministrado entre 17h15 e 21h30 (fls. 434/438).

É de se lembrar aqui a lição dada pelo Min. Celso de Mello, em decisão monocrática que negou trânsito à Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (j. 29/04/2004), pois aborda diversos aspectos que envolvem o presente caso:

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

(...) Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional:

(...) - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. (...) - **Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impõe, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.** (...)

- A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional –

<sup>7</sup> <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,detentas-se-rebelam-na-penitenciaria-feminina-de-sp,20040824p14999>



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.' (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

**Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (...)**

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que **a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.**

Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ('A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais', p. 245-246, 2002, Renovar): '(...) A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. **Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os**





## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**alvos prioritários dos gastos públicos.** Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. (...)’ (...)

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, **se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais**, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, **justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário**, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado (...)” (destaques meus).

Importa dizer também que, no recente julgamento de outra Medida Cautelar em ADPF (nº 347), o STF constatou haver “estado de coisas inconstitucional” a imperar no sistema penitenciário brasileiro:

**“CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO.** Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. **SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’.** FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do momento da prisão” (Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 09/09/2015, grifos e destaque meus).

Convém trazer à baila, ainda, notória decisão proferida, em 2013, pela Câmara Especial deste Tribunal de Justiça, que determinou que o Município de São Paulo criasse 150 mil novas vagas em creches e pré-escolas, a fim de atender à demanda cadastrada:

“Apelação de sentença que julgou improcedente ação civil pública proposta com o objetivo de obrigar a Municipalidade de São Paulo a propiciar educação infantil a 736 crianças, bem como ampliar a oferta de educação infantil, mediante construção de unidades escolares suficientes para atender toda a demanda oficialmente cadastrada, e ainda a indenizar aquelas não atendidas por danos morais e materiais difusos, como forma de reparação dos prejuízos sociais e econômicos causados pela omissão estatal. Inexistência de perda superveniente do objeto da ação - **Direito das crianças à educação infantil consagrado na Constituição da República** e no Estatuto da Criança e Adolescente, correspondendo a obrigação prioritariamente do Município - **Dever do Poder Judiciário, no intuito inarredável de fazer cumprir a Constituição, de exigir do Poder Executivo tornar efetivo o direito praticando atos concretos tendentes a sua materialização, não sendo a incumbência inibida pela alegação de que assim agindo estaria se imiscuindo na esfera específica de atuação do último Poder, pois a questão diz respeito ao controle de constitucionalidade, isto é, se o Poder Executivo deixa, porventura, de efetivar um direito garantido na Lei Básica, a interveniência do Poder Judiciário se faz legítima e incontestável** - Jurisprudência - Omissão do Município de São Paulo reconhecida - Apelo julgado parcialmente procedente para obrigar o Município de São Paulo a criar novas vagas em creches e em pré-escolas, no prazo fixado e em número suficiente para atender toda a demanda cadastrada, propiciando ensino dentro de padrões de qualidade; obrigar o Município de São Paulo a incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada; obrigar o Município de São Paulo a apresentar, no prazo estipulado, plano da ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil, bem como apresentar, semestralmente, relatórios completos sobre as medidas tomadas para efeito do cumprimento da obrigação fixada” (Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, j. 16/12/2013, destaques meus).

No mesmo sentido:

“**AÇÃO CIVIL PÚBLICA** - Educação é direito de todos e dever do Estado e da família - **Cidade onde o Estado não oferece Programa de Educação para Jovens e Adultos (EJA), burlando exigência constitucional** - Se não houver possibilidade de oferecer classes, por insuficiência de candidatos, deverá matricular os interessados em escolas próximas, arcando com o ônus da locomoção - Cumprimento da decisão no início do período normal de matrículas da rede de ensino - Reexame necessário e recurso parcialmente providos” (Apelação nº 0001795-12.2010.8.26.0060, Rel. Des. Francisco



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Vicente Rossi, 11ª Câmara de Direito Público, j. 14/05/2012, destaque meu).

No mais, ainda que existam divergências acerca das finalidades da pena adotadas pelo Direito Penal brasileiro, a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal (213/83), traz o seguinte conteúdo:

*“13. Contém o artigo 1º duas ordens de finalidades: a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinados a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais **os apenados** e os submetidos às medidas de segurança **venham a ter participação construtiva na comunhão social**.*

*14. Sem questionar profundamente a grande temática das finalidades da pena, curva-se o Projeto, na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que **as penas** e medidas de segurança **devem realizar a proteção dos bens jurídicos** e a **reincorporação do autor à comunidade**” (grifos originais, destaques meus).*

Lembre-se também que o País é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que preconiza, no item 6 de seu art. 5º, que *“as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”* (grifo meu). Ressalto que as normas contidas na Convenção têm status de normas constitucionais<sup>8</sup>.

Por fim, afigura-se imprescindível garantir às mulheres que cumprem pena privativa de liberdade na Penitenciária Feminina de Sant'Ana a possibilidade de gozarem do benefício da remição por estudo, nos termos da

<sup>8</sup> Art. 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal.



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Lei 12.433/2011, que alterou o art. 126 da LEP<sup>9</sup>.

Diante de todo o exposto, de rigor o provimento do recurso para julgar a ação procedente.

Fica o Estado de São Paulo condenado na obrigação de ofertar ensino fundamental e médio e na modalidade Educação de Jovens e Adultos (EJA) no período noturno às mulheres que cumprem pena privativa de liberdade na Penitenciária Feminina de Sant'Ana e na obrigação de realizar ampla divulgação da oferta de ensino e chamamento da população carcerária à matrícula.

Determino que providências sejam tomadas para que, no início do primeiro semestre de 2018, sejam implementados os cursos. Observo que a fls. 482 consta informação de que o ensino formal está a cargo da Secretaria da Educação e que é disposto em ciclos compostos por 200

<sup>9</sup> "Art. 1º Os arts. 126, 127, 128 e 129 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passam a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. (...)

§ 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem. (...)

§ 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.(...)(NR)."



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

horas/aula desenvolvidos em seis meses, com aulas de segunda a sexta-feira, com quatro horas de duração.

Faculto às partes à formação de grupo de estudos conjunto, nos moldes do que foi sugerido pela Diretoria Geral da PFS, a fls. 254/255<sup>10</sup>.

Para o caso de descumprimento da decisão, fixo multa diária no importe de R\$ 500,00 por dia até o limite de R\$ 500.000,00 (art. 645 do CPC/73), a contar do dia 02/01/2018, quando deve ter início a divulgação da oferta de vagas e o chamamento à matrícula.

Não há condenação em custas, despesas processuais e honorários.

Pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso.

**PAULO GALIZIA**  
Relator

<sup>10</sup> Composto pela Vara das Execuções Criminais, Secretaria da Administração Penitenciária, Secretaria da Educação, Secretaria da Segurança Pública, Funap, Defensoria Pública e entidades civis.