

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA BAHIA  
Avenida Paulo VI, nº 844, Edf. Redenção Trade II, Pituba, Salvador – BA, CEP:41.810-001. Telefone: 3114-1850.

---

1º Ofício Criminal

---

**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DESEMBARGADOR(A) FEDERAL-  
PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO**

Processo nº 4626-66.2015.4.01.3300  
PAJ 2014/014-02708

A Defensoria Pública da União vem à presença de Vossa Excelência, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, com endereço para intimações/notificações impresso acima, com fulcro nos arts. 5º, LXXIV e 134 da Constituição Federal, na Lei Complementar nº 80/94, bem como do art. 522 e art. 527, inc. III, do Código de Processo Civil, interpor o presente **AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA** em face da **decisão de fls. 119/122**, proferida pelo MM. Juiz Federal da 10ª Vara Federal de Salvador nos autos da Ação Civil Pública em epígrafe.

Salvador, 28 de maio de 2015.

**FÁBIO CALMON AMORIM**  
**DEFENSOR PÚBLICO FEDERAL**

**EGRÉGIO TRIBUNAL**

**Processo:** 4626-66.2015.4.01.3300

**Agravante:** DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

**Agravado:** UNIÃO

**Agravado:** ESTADO DA BAHIA

**RAZÕES DO AGRAVO DE INSTRUMENTO**

**NOBRE RELATOR,**

**COLEDA TURMA.**

**I - DA ADMISSIBILIDADE DO PRESENTE RECURSO**

O agravo de instrumento é recurso cabível contra as decisões interlocutórias proferidas no decorrer do processo, sendo essas decisões obtidas na resolução de questões incidentes.

É também o agravo de instrumento uma modalidade recursal utilizada somente em casos excepcionais, conforme se observa no art. 522, CPC:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, **salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação**, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. (Grifou-se)

A decisão de fls. 119/122 é **suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação**. Isso porque a decisão indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela, de maneira que autoriza que os alvarás de soltura não sejam imediatamente cumpridos pela autoridade policial competente.

Dessa maneira, considerando a necessidade de preservação do direito à liberdade e a dignidade da pessoa humana, faz-se necessária a reforma da decisão para determinar que a União e o Estado da Bahia cumpram imediatamente os alvarás de soltura dentro dos seus estabelecimentos prisionais.

**II - DA TEMPESTIVIDADE**

O presente recurso de Agravo é tempestivo, visto que a demanda é patrocinada pela

## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA BAHIA

Avenida Paulo VI, nº 844, Edf. Redenção Trade II, Pituba, Salvador – BA, CEP:41.810-001. Telefone: 3114-1850.

---

### 1º Ofício Criminal

---

Defensoria Pública da União, fazendo jus, portanto, à prerrogativa de PRAZO EM DOBRO, em homenagem aos princípios do Acesso à Justiça e da Paridade de Armas (Igualdade Concreta), nos termos do art. 44, inc. I, da Lei Complementar nº 80/94.

Como a Defensoria Pública da União também detém a prerrogativa de intimação pessoal (tb. art. 44, inc. I, da LC nº 80/94), o termo *a quo* para a contagem do prazo em dobro seria a data da juntada do mandado de intimação aos autos.

Assim sendo, como a Defensoria Pública da União foi intimada do despacho com conteúdo decisório em 12 de maio de 2015, o prazo estende-se até 01 de junho de 2015.

### III- SÍNTESE FACTUAL

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto em face de decisão que indeferiu a antecipação de tutela no bojo de Ação Civil Pública proposta em face da União e do Estado da Bahia, objetivando **o cumprimento imediato dos alvarás de soltura aos finais de semana, feriados e nos dias úteis após o expediente administrativo, em todos os estabelecimentos prisionais do Estado da Bahia.**

Diante da ausência de presídios federais no Estado da Bahia, os presos federais, que se encontram sob a custódia da União, permanecem encarcerados nos presídios estaduais, conforme determina o art. 85 da Lei nº 5010/66. **Ocorre que os alvarás de soltura expedidos pelo Poder Judiciário apenas são cumpridos de segunda a sexta, durante o horário administrativo, excetuando-se os feriados.**

Assim, hipoteticamente, um alvará de soltura expedido no plantão judiciário em uma sexta-feira durante o carnaval somente será cumprido após o meio dia da quarta-feira de cinzas. Percebe-se, então, que o cumprimento dos alvarás apenas nos dias úteis e em horários administrativo é uma grave violação ao ordenamento jurídico pátrio.

De acordo com a autoridade prisional, a demora no cumprimento dos alvarás de soltura decorreria, em suma, da ausência de um servidor capaz de verificar nos sistemas disponibilizados pelo CNJ – TJ (Banco Nacional de Mandado de Prisão, INFOSEG, Portal de Secretaria de Segurança Pública e e-SAJ) se aquele preso em favor do qual foi expedida a ordem de soltura encontra-se preso por algum outro motivo.

Ora, Excelência, **não é possível que a ausência de um servidor que trabalhe no turno noturno, finais de semana e feriados seja um obstáculo para o cumprimento da lei e da própria Constituição da República Federativa do Brasil.**

O próprio art. 5º da Constituição Federal garante a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país o **direito à liberdade**, entendido como a livre locomoção e permanência em território nacional. Tal direito admite restrições, apenas sendo autorizado o cerceamento da liberdade quando houver **ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente** ou flagrante delito.

## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA BAHIA

Avenida Paulo VI, nº 844, Edf. Redenção Trade II, Pituba, Salvador – BA, CEP:41.810-001. Telefone: 3114-1850.

---

### 1º Ofício Criminal

---

Dessa maneira, toda vez que a prisão ocorrer em virtude de ordem escrita e fundamentada do Judiciário, o cerceamento à liberdade é tolerado pelo ordenamento jurídico. Entretanto, uma vez que a autoridade judiciária determine que o preso seja colocado em liberdade tem-se a **revogação da ordem escrita** e fundamentada que legitimava a prisão. Assim, a **prisão converte-se em prisão ilegal**, que deve ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária conforme determina o art. 5º, LXV, da CF/88, **violando-se o direito à liberdade deambulatória dos presos.**

Destaca-se que a manutenção do cárcere, mesmo após a determinação do Poder Judiciário para proceder com a soltura do preso, implica no próprio descumprimento da decisão judicial por parte da autoridade policial competente. Uma vez expedido o comando judicial, a autoridade policial deve cumpri-lo de imediato, libertando o indivíduo do cárcere se por outro motivo este não se encontrar preso.

Inclusive, o descumprimento da decisão judicial que determina a soltura do preso pode ser configurado como **crime de desobediência**, previsto no art. 330 do Código Penal<sup>1</sup>:

Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:  
Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

O ato de desobedecer, tem o sentido de não cumprir, faltar à obediência, não atender a ordem legal de funcionário público, ordem esta para que o agente realize ou deixe de praticar determinada ação. Assim, a partir do momento em que a autoridade policial **recebe a ordem de proceder com a soltura do preso e não o faz**, está configurado o crime de desobediência.

O não cumprimento dos alvarás de soltura aos finais de semana, feriados e após o horário administrativo, implica também em **ofensa à Resolução nº 108/2010 do Conselho Nacional de Justiça**. O §3º do art. 1º do referido normativo estabelece que o preso em favor do qual for expedido alvará de soltura será colocado imediatamente em liberdade:

Art. 1º O juízo competente para decidir a respeito da liberdade ao preso provisório ou condenado será também responsável pela expedição e cumprimento do respectivo alvará de soltura, no prazo máximo de vinte e quatro horas.

(...)

§3º **O preso em favor do qual for expedido alvará de soltura será colocado imediatamente em liberdade**, salvo se estiver preso em flagrante por outro crime ou houver mandado de prisão expedido em seu desfavor, após consulta ao sistema de informação criminal do respectivo tribunal e ao sistema nacional. (grifo nosso)

---

<sup>1</sup> Conforme entendimento do STJ (*REsp 1173226/RO, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011*) o crime de desobediência aplica-se aos funcionários públicos quando estes forem destinatários da ordem judicial.

## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA BAHIA

Avenida Paulo VI, nº 844, Edf. Redenção Trade II, Pituba, Salvador – BA, CEP:41.810-001. Telefone: 3114-1850.

---

### 1º Ofício Criminal

---

A partir do momento em que o Oficial de Justiça entrega o alvará de soltura, **a autoridade policial deve proceder imediatamente com a verificação no sistema de informação** e, não existindo outro motivo para a manutenção da prisão, **deve imediatamente proceder com a liberação do preso**. Assim, a **liberação do preso deve ser imediata, independentemente do dia e horário**, respeitando-se o disposto no §3º do art. 1º da Resolução nº 108 do CNJ.

Por fim, a demora no cumprimento dos alvarás de soltura representa uma violação a tratados internacionais do qual o Brasil é signatário. O art. 7º da **Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969**, promulgada por meio do Decreto nº 678/92, e o art. 9º do **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos**, promulgado por meio do Decreto nº 592/92 garantem o direito à liberdade e vedam o encarceramento arbitrário. Considerando que o cumprimento dos alvarás de soltura apenas durante a semana e em horário administrativo representa um desrespeito à liberdade dos presos e gera o encarceramento arbitrário, resta configurada a violação aos referidos tratados.

Portanto, **tendo em vista a conduta ilícita praticada pelas agravadas e a presença da verossimilhança das alegações e do fundado receio de dano irreparável**, era imprescindível a concessão da antecipação dos efeitos da a fim de que os alvarás de soltura expedidos pelo Poder Judiciário, em especial pela Justiça Federal, fossem imediatamente cumpridos, inclusive aos finais de semana, feriados, e após o horário administrativo.

Entretanto, o MM. Juízo *a quo* **indeferiu** a tutela antecipada, afirmando que “o cumprimento com rapidez dos alvarás de soltura esbarra em multiplicidade de fatores, reveladores de dificuldades crônicas, ou procedimentos de natureza administrativa tanto do Poder Judiciários quanto da gestão prisional”.

Ademais, o magistrado questionou a legitimidade da Defensoria Pública para, através de uma ação coletiva, postular o cumprimento imediato de alvará de soltura de quaisquer custodiados, independentemente da sua condição financeira, em vista da sua atuação jurisdicional.

Entretanto, conforme será delineado adiante, **a decisão interlocutória proferida merece reforma por não encontrar respaldo no ordenamento jurídico pátrio**.

## IV - DO MÉRITO RECURSAL

### A) DA LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Inicialmente, destaca-se que **a questão da legitimidade ativa da Defensora Pública da União para propor Ação Civil Pública foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal**, de forma unânime, durante o julgamento da **ADI 3.943** em maio de 2015. Na referida ADI a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público questionou a

## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA BAHIA

Avenida Paulo VI, nº 844, Edf. Redenção Trade II, Pituba, Salvador – BA, CEP:41.810-001. Telefone: 3114-1850.

---

### 1º Ofício Criminal

---

legitimidade da Defensoria para propor ações coletivas de maneira irrestrita, defendendo que as Defensorias apenas poderiam atender aos necessitados que comprovassem carência financeira.

Entretanto, a referida tese foi rechaçada para o Supremo. Segunda a ministra Cármen Lúcia, **inexiste legislação que impeça a Defensoria de propor ações civis públicas** e dê exclusividade, por outro lado, ao Ministério Público.

No entendimento da ministra, **não se poderia negar a quem não tem condições financeiras a possibilidade de ser favorecido por meio de ações coletivas**. Tendo em vista a desigualdade notória da sociedade brasileira, não se poderia impor uma barreira ao acesso à Justiça, sendo o dever estatal atuar para reduzir a desigualdade e operacionalizar instrumentos que atendam a população menos favorecida.

Assim, a ministra firmou que “**deve-se retirar obstáculos para que os pobres tenham acesso à Justiça como forma de diminuir as desigualdades e reforçar a cidade**”. Portanto, fica claro que a Defensoria pode propor Ação Civil Pública se esta tiver o condão de beneficiar hipossuficientes, não havendo a exigência de que todos os beneficiados pela demanda sejam hipossuficientes.

Ademais, com a própria revisão da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública - **redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009** - são suas funções institucionais (art. 4º), dentre outras, **a promoção da ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos**.

Com efeito, as normas constitucionais do art. 5º, LXXIV e do art. 134, ao atribuírem legitimidade à Defensoria Pública, para defesa dos interesses e direitos dos hipossuficientes, não restringe a tutela aos necessitados sob o ponto de vista econômico e, além disso, **não exigiram, absolutamente, que todos os assistidos sejam necessitados**, ao revés, com a nova **LC 132**, prevê tão somente como requisito que *o resultado da demanda possa beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes*.

E não faria mesmo sentido a existência de um órgão, que só pudesse defender necessitados individualmente, **deixando à margem** a defesa de lesões coletivas, que são muito mais graves. Esta concepção exegética assegura a juridicidade do acoimado preceito legal, que confere legitimidade à Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública, inclusive, em defesa de interesses e direitos difusos da sociedade e mesmo quando a causa não puder beneficiar apenas os hipossuficientes.

De qualquer modo, cabe salientar **que a presente ação trata interesses de hipossuficientes**, dado que os presídios estaduais, que abrigam também os presos federais, são ocupados majoritariamente por pessoas de baixa renda, que **em função do**

## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA BAHIA

Avenida Paulo VI, nº 844, Edf. Redenção Trade II, Pituba, Salvador – BA, CEP:41.810-001. Telefone: 3114-1850.

---

### 1º Ofício Criminal

---

**cerceamento da liberdade se encontram impossibilitadas de auferir qualquer tipo de renda.**

Além disso, destaca-se que Defensoria Pública tem por função institucional a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados. É instituição essencial à função jurisdicional do Estado, justamente por garantir o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, conforme assegura o art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, intrinsecamente ligado ao direito fundamental do acesso à justiça, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF.

Com efeito, conforme o magistério doutrinário de **VÂNIA MÁRCIA DAMASCENO NOGUEIRA**<sup>2</sup>, a solução de litígios de forma coletiva é reconhecidamente um facilitador de acesso à justiça. Evita decisões conflitantes, acelera o processo, diminui a carga de demandas individuais no Judiciário, atende uma gama da população que não teria o direito de acesso por desconhecer os próprios direitos ou por não ter representação adequada etc.

No intuito de abrigar a ideia inerente ao reconhecimento da legitimidade para o ajuizamento de demandas coletivas pela Defensoria Pública, e harmonizar a aplicação do Código do Consumidor, o legislador pátrio alterou, por meio da **Lei nº 11.448/07**, a redação do art. 5º, II da Lei nº 7.347/1985, legitimando explicitamente a propositura de ação civil pública pela Defensoria Pública.

A respeito da legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação coletiva, o **Superior Tribunal de Justiça** também solidificou o entendimento de que se trata de uma permissão **amplíssima, abrangendo, inclusive a tutela do meio ambiente, patrimônio público e quaisquer outros bens metaindividuais**, sobretudo os difusos. Trata-se da adoção da teoria da hipossuficiência organizacional, conforme julgado ora transcrito:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. DEFENSORIA PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. ART. 5º, II, DA LEI Nº 7.347/1985 (REDAÇÃO DA LEI Nº 11.448/2007). PRECEDENTE.

1. Recursos especiais contra acórdão que entendeu pela legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil coletiva de interesse coletivo dos consumidores.

2. Este Superior Tribunal de Justiça vem-se posicionando no sentido de que, nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85 (com a redação dada pela Lei nº 11.448/07), a Defensoria Pública tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar em ações civis coletivas que buscam auferir responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências” (grifou-se).

---

<sup>2</sup> Legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ação civil pública em comentário de acórdão do Superior Tribunal de Justiça. In [www.investidura.com.br](http://www.investidura.com.br). Acesso em 10 de novembro de 2009.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA BAHIA

Avenida Paulo VI, nº 844, Edif. Redenção Trade II, Pituba, Salvador – BA, CEP:41.810-001. Telefone: 3114-1850.

---

1º Ofício Criminal

---

Também merece conhecimento o ainda mais recente REsp 1.264.116 – RS (2011/0156529-9), sob a relatoria do Ilmo. Ministro Herman Benjamin (Segunda Turma), talvez o mais recente precedente a respeito do tema no âmbito do STJ (DJ 18/10/2011), em cujo bojo fora reconhecida amplíssima legitimação coletiva ativa da Defensoria Pública.

Confirmam-se as palavras do Eminentíssimo Ministro Relator, em seu voto, com grifos aditados:

2. Defensoria Pública na Ação Civil Pública

(...)

A expressão "necessitados" (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros – os miseráveis e pobres –, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, "necessitem" da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Vê-se, então, que a partir da idéia tradicional da instituição forma-se, no WelfareState, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de minushabentes impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana.

Ao se analisar a legitimação ad causam da Defensoria Pública para a propositura de Ação Civil Pública referente a interesses e direitos difusos, coletivos stricto sensu ou individuais homogêneos, não se há de contar nos dedos o número de sujeitos necessitados concretamente beneficiados. Basta um juízo abstrato, em tese, acerca da extensão subjetiva da prestação jurisdicional, isto é, da sua capacidade de favorecer, mesmo que não exclusivamente, os mais carentes, os hipossuficientes, os desamparados, os hipervulneráveis.

(...)

Objeto da presente demanda, o direito à Educação é considerado questão de mais alta relevância, capaz de justificar a propositura da Ação Civil Pública, até mesmo pela Defensoria Pública, cuja intervenção, na esfera dos interesses e direitos individuais homogêneos, não se limita às relações de consumo ou à salvaguarda da criança e do idoso. Em verdade, cabe à **Defensoria Pública a tutela de qualquer interesse individual homogêneo, coletivo stricto sensu ou difuso, sobretudo aqueles associados aos direitos fundamentais, pois sua legitimidade ad causam não se guia, no essencial, pelas características ou perfil do objeto de tutela (= critério objetivo), mas pela natureza ou status dos sujeitos protegidos, concreta ou abstratamente defendidos, os necessitados (= critério subjetivo)**, perspectiva essa que fez com que precedente do STJ ampliasse essa legitimidade para o ancho campo da dignidade humana: "*a legitimatio ad causam* da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA BAHIA

Avenida Paulo VI, nº 844, Edif. Redenção Trade II, Pituba, Salvador – BA, CEP:41.810-001. Telefone: 3114-1850.

---

### 1º Ofício Criminal

---

reconhecida antes mesmo do advento da Lei 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais " (REsp 1.106.515/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 2.2.2011, grifou-se).

Com efeito, muito embora o aludido julgado não possua força vinculante – em razão da não adoção do *staredecisis* nos países da tradição do *civil law* – a doutrina e o STF reconhecem a eficácia persuasiva das decisões dos tribunais superiores à luz da isonomia, unidade e da força normativa da Constituição.

Também o **Supremo Tribunal Federal** já sinalizou anteriormente, ao julgar a **ADIN 558/RJ**<sup>3</sup> proposta contra a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, nos seguintes termos:

**“(…) a própria Constituição da República giza o raio de atuação institucional da Defensoria Pública, incumbindo-a da orientação jurídica e da defesa, em todos os graus, dos necessitados. Daí, contudo, não se segue a vedação de que o âmbito da assistência judiciária da Defensoria Pública se estenda ao patrocínio dos “direitos e interesses (...) coletivos dos necessitados”, a que alude o art. 176, da Constituição do Estado: é obvio que o serem direitos e interesses coletivos não afasta, por si só, que sejam necessitados os membros da coletividade. (...) A Constituição Federal impõe, sim, que os Estados prestem assistência judiciária aos necessitados. Daí decorre a atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública. Não, porém, o impedimento a que os seus serviços se estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais em que se vislumbre interesse social que justifique esse subsídio estatal”. (Grifou-se)**

Assim, **resta evidente a legitimidade ativa da Defensoria Pública da União para propor a presente Ação Civil Pública**, uma vez que esta busca tutelar, em sua maioria, o interesse de hipossuficientes que se encontram em situação de prisão arbitrária, conforme anteriormente delineado.

### **B) DO CUMPRIMENTO IMEDIATO DOS ALVARÁS DE SOLTURA**

O MM. Juízo *a quo*, ao indeferir a antecipação de tutela, transcreveu o conteúdo do Ofício nº 602/2014 da Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização como fundamento para o indeferimento. No referido ofício (anexo) a autoridade prisional afirmou que os alvarás apenas seriam cumpridos nos dias de semana em horário administrativo em razão da ausência de um funcionário na Coordenação de Registro e Controle (CRC) que possa observar se o réu responde preso a outro processo.

Entretanto, considerando a ofensa ao ordenamento jurídico vigente, **é plenamente possível a interferência do Poder Judiciário para garantir o cumprimento imediato**

---

<sup>3</sup> STF, Pleno, ADI-MC 558/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 26/03/1993, p. 05001

dos alvarás de soltura independentemente do dia e do horário, conforme será a seguir delineado.

### **B.1) DA POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO IMEDIATO DOS ALVARÁS DE SOLTURA**

Inicialmente, convém destacarmos que **há a possibilidade fática do cumprimento imediato dos alvarás de soltura**, não havendo “uma multiplicidade de fatores, reveladores de dificuldades crônicas, ou procedimentos de natureza administrativa tanto do Poder Judiciário quanto da gestão prisional”. Assim, conforme será demonstrado, a decisão agravada carece de reforma.

Atualmente os alvarás de soltura são expedidos pelo Poder Judiciário contendo a expressão “se por outro motivo não estiver preso”. Dessa maneira, a ordem de soltura apenas deverá ser cumprida pela autoridade prisional se aquela pessoa não tiver que permanecer em cárcere por outra razão.

Diante desse contexto, **cabe à gestão prisional verificar através dos sistemas informatizados se àquele réu não se encontra preso por outro motivo**. Outro não poderia ser o entendimento, **uma vez que o procedimento administrativo da soltura do preso cabe à Administração Penitenciária**, sendo dever desta verificar se não há outra ordem de prisão em desfavor daquele preso.

Atualmente no âmbito da Administração Penitenciária do Estado da Bahia a verificação dos sistemas é realizada pela Coordenação de Registro e Controle (CRC). Entretanto, **em virtude da ausência de um servidor capacitado nos horários noturno, finais de semana e feriados**, os alvarás apenas são cumpridos nos dias de semana e durante o expediente administrativo (8h00 às 17h00).

Destaca-se que o único motivo alegado para que as penitenciárias do Estado da Bahia não cumpriram imediatamente os alvarás é a ausência de um servidor público capaz de realizar uma simples verificação nos sistemas de soltura disponíveis (Banco Nacional de Mandado de Prisão, INFOSEG, Portal de Secretaria de Segurança Pública e e-SAJ).

Dessa forma, a ilegalidade praticada pelos réus poderia ser facilmente sanada **se os agravados disponibilizassem servidores públicos treinados para a verificação do sistema que trabalhassem entre às 17h00 e 08h00, aos finais de semana e aos feriados**. Deve-se ressaltar que em outros setores, como em hospitais e no próprio Poder Judiciário, existem servidores que já trabalham nos horários e dias supramencionados, devendo esse regime também se estender às unidades prisionais.

Portanto, **considerando que a única alegação trazida pelos agravados para o não cumprimento dos alvarás de soltura foi a ausência de pessoal capacitado à verificação dos sistemas, é materialmente possível o cumprimento imediato dos alvarás de soltura**, não havendo nenhuma multiplicidade de fatores capaz de impedir o provimento judicial.

**B.2) DA VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA IMPOSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL**

A decisão agravada baseou-se na afirmação do Estado da Bahia de que não haveria um servidor habilitado a realizar a verificação do sistema aos finais de semana, feriados e entre às 17h00 e 8h00, não sendo possível o cumprimento imediato dos alvarás de soltura. Dessa maneira, considerando a alegação implícita de aplicação da cláusula da reserva do possível, passa a discorrer sobre **a impossibilidade de utilização da referida cláusula quando houver violação a direitos fundamentais.**

O não cumprimento imediato dos alvarás de soltura representa uma grave violação a diversos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal, em especial pelo seu art. 5º. Desde logo, destacamos que os direitos fundamentais constituem normas de aplicabilidade imediata, a teor do art. 5º, §1º da Constituição Federal.

Em primeiro lugar, **há violação ao direito à liberdade**, colhido pelo *caput* do art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, **à liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...). (grifo nosso)

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

A liberdade de locomoção é um direito fundamental de primeira geração que se goza em defesa da arbitrariedade do Estado no direito de ingressar, sair, permanecer e se locomover no território brasileiro. Assim sendo, tal liberdade constitui um direito fundamental constitucionalmente garantido, sendo uma das liberdades fundamentais que de há muito integra a consciência jurídica geral da sociedade e que repele qualquer atividade não autorizada pela Constituição de cercear o trânsito das pessoas<sup>4</sup>.

Considerado como a liberdade de ir e vir livremente, este direito integra um dos direitos inerente à própria dignidade da pessoa humana. Por conta disso, a liberdade constitui a regra geral do ordenamento jurídico pátrio, **sendo admitido o seu cerceamento apenas em determinadas circunstâncias**. Nesse sentido, dispõe o art. 5º, LXI, da Constituição Federal, abaixo transcrito:

LXI - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou **por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de

<sup>4</sup> CUNHA JÚNIOR. Dirley da. Curso de Direito Constitucional, p. 647.

## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA BAHIA

Avenida Paulo VI, nº 844, Edif. Redenção Trade II, Pituba, Salvador – BA, CEP:41.810-001. Telefone: 3114-1850.

---

### 1º Ofício Criminal

---

transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. (grifo nosso)

Como se pode extrair da leitura do dispositivo, o cerceamento da liberdade é uma medida absolutamente excepcional no Estado Democrático de Direito, sendo admitido apenas em situações como o flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Inclusive, o próprio art. 9.3 do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos estabelece que a “prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento **não deverá constituir regra geral**”.

Por via oblíqua, entende-se que **uma vez revogada a ordem da autoridade judiciária ninguém deverá permanecer preso**.

O caráter imediato da colocação em liberdade após a expedição do alvará de soltura também está fincado no art. 5º LXV e LXVI, da Constituição Federal:

LXV - a prisão ilegal será **imediatamente** relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou **nela mantido**, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; (grifo nosso)

Tais incisos demonstram que as prisões sem o respaldo da ordem da autoridade judiciária e da ordem jurídica devem ser imediatamente relaxadas, configurando-se como cerceamentos ilegais da liberdade. Conforme asseverou o MM. Juízo da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Tocantins na sentença proferido nos autos nº 5019-37.2011.4.01.3300:

Na verdade, **no momento em que o agente estatal toma conhecimento da revogação da prisão e se mantém inerte**, aquele encarceramento se converte em **detenção arbitrária**, repudiada não só pelo ordenamento jurídico brasileiro, como também pelo direito internacional dos direitos humanos. (grifo nosso)

Assim, qualquer atraso em cumprir a ordem de soltura do preso é rechaçado pelo nosso sistema jurídico, de maneira que não se deve permitir a convivência da Administração Pública com a demora ilegal na libertação do preso.

No caso em voga, com a expedição do alvará de soltura **tem-se a revogação da ordem escrita e fundamentada que autorizou a prisão**, de maneira que o **cerceamento do direito à liberdade torna-se ilegal**. Portanto, o não cumprimento dos alvarás de soltura aos finais de semana, feriados e entre às 17h00 e 8h00 **implica em violação ao direito fundamental à liberdade**.

Em segundo lugar, o prolongamento ilegal da permanência do indivíduo no cárcere **constitui grave violação à dignidade da pessoa humana e à integridade física dos presos**.

A despeito das normas constitucionais e da Lei de Execução Penal, **é sabido que o sistema prisional brasileiro se encontra em notória falência quase generalizada**. Grande número – talvez a maioria – dos estabelecimentos penitenciários existentes **não atende às condições mínimas de habitabilidade, salubridade, higiene, segurança e dignidade**, ou, ainda, o mínimo exigido pelas normas em vigor para o respeito à dignidade

## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA BAHIA

Avenida Paulo VI, nº 844, Edf. Redenção Trade II, Pituba, Salvador – BA, CEP:41.810-001. Telefone: 3114-1850.

---

### 1º Ofício Criminal

---

dos cidadãos condenados.

A história do sistema carcerário brasileiro é de violência e ineficiência. Longe de funcionar como elo útil do sistema de justiça criminal, os estabelecimentos prisionais tem sido palco de largas e incontáveis violações de todo gênero à integridade, à dignidade e aos direitos dos cidadãos privados de liberdade. Pessoas condenadas a pena privativa de liberdade jamais deveriam ser compelidas a perder a dignidade ou arriscar a própria vida.

Destaca-se que a própria Corte de Apelação de Bolonha, Itália negou o pedido de extradição de Henrique Pizzolato sob o fundamento central de que o sistema carcerário brasileiro não oferece condições seguras e que não respeitam os direitos fundamentais dos presos no cumprimento da pena.

Diante dessa situação calamitosa, mais do que a privação de liberdade, **impõe-se ao preso a perda da sua integridade**, de aspectos essenciais de sua dignidade, assim como das perspectivas de reinserção na sociedade. Tal precariedade, com a consequente violação aos direitos fundamentais, já foi reconhecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, como se vê do voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE 580252/MG:

**Esse quadro constitui grave afronta à Constituição Federal**, envolvendo a violação a diversos direitos fundamentais dos presos, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a integridade física e moral (art. 5º, XLIX), a vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a proibição de sanções cruéis (art. 5º XLVII, “e”), a intimidade e a honra (art. 5º, X) e os direitos sociais à educação, saúde, alimentação, trabalho e moradia (art. 6º). Tal estado de coisas vulnera, ainda, a Lei de Execução Penal e diversos tratados internacionais sobre direitos humanos adotados pelo país, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. (grifo nosso).

Manter uma pessoa no cárcere após a revogação da ordem que a mantinha presa apenas em virtude da ausência de pessoal **significa prolongar a violação à sua dignidade e à sua integridade**, mantendo-a injustificadamente em uma situação de risco. Portanto, **o não cumprimento imediato dos alvarás de soltura causa a manutenção do cárcere em condições atentatórias aos seus direitos fundamentais.**

**Diante da violação aos direitos fundamentais, de aplicabilidade imediata, tem-se a impossibilidade de emprego da teoria da reserva do possível.** Isso porque tal teoria não pode ter o condão de nulificar direitos fundamentais conferidos pelo texto constitucional, a exemplo do direito à liberdade, à dignidade da pessoa humana e à integridade física e moral.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio de decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello da ADPF nº 45, já se manifestou:

Não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa

## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA BAHIA

Avenida Paulo VI, nº 844, Edf. Redenção Trade II, Pituba, Salvador – BA, CEP:41.810-001. Telefone: 3114-1850.

---

### 1º Ofício Criminal

---

conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade.

Além disso, o mesmo voto do RE 580252/MG, o Ministro Luís Roberto Barroso defendeu que:

A segunda razão, por sua vez, está relacionada à impossibilidade de emprego da teoria da reserva do possível nos casos em que isso serve como meio de anular direitos fundamentais conferidos pela Constituição, tal como ocorre em relação com os presos.

A doutrina constitucional reconhece que **os direitos fundamentais possuem um núcleo intangível, que deve ser assegurado, protegido e promovido pelos entes estatais**. A repercussão disso é que, mesmo diante de condições adversas, de limites financeiros ou de colisão com outros direitos fundamentais, **o conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve ser preservado**, sendo inaceitável sua redução ou ponderação, em especial sob o argumento da ausência de recursos financeiros, pois isso significaria nulificar a própria eficácia desses direitos.

Portanto, considerando que o não cumprimento imediato gera violação ao núcleo intangível de direitos fundamentais, **não cabe a alegação pelas agravadas da teoria da reserva do possível**.

Acaso não seja adotado o posicionamento acima, destaca-se que **não se pode admitir a invocação da cláusula da reserva do possível como argumento meramente retórico**, de modo a permitir que o poder público se exima das suas obrigações legais. **É imprescindível que haja a demonstração concreta da insuficiência de recursos**, não cabendo a sua mera alegação genérica. Dessa maneira, os agravados devem se desincumbir do ônus de provar que não possuem recursos para custear o cumprimento imediato dos alvarás de soltura.

### B.3) DA LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Por fim, o MM. Juízo *a quo*, ainda que implicitamente, não reconheceu a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nos procedimentos de natureza administrativa da gestão prisional. Entretanto, conforme será demonstrado adiante, **cabe ao Judiciário garantir que a gestão prisional obedeça ao princípio da legalidade e aos direitos e deveres constitucionalmente estabelecidos**.

A proteção do mínimo existencial dos direitos fundamentais se revela por meio da observância dos direitos básicos à vida, à liberdade e à dignidade da pessoa humana. Cabe, então, ao poder público a efetivação do padrão mínimo dos direitos fundamentais, de seu conteúdo essencial e intangível, missão que não está no campo de discricionariedade do Poder Legislativo ou, ainda, do Poder Executivo.

## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA BAHIA

Avenida Paulo VI, nº 844, Edif. Redenção Trade II, Pituba, Salvador – BA, CEP:41.810-001. Telefone: 3114-1850.

---

### 1º Ofício Criminal

---

Aqui se busca tutelar o mínimo indispensável ao respeito do direito à vida, à liberdade, à dignidade e à integridade dos presos, que são violados a partir do momento em que não há o cumprimento imediato dos alvarás de soltura. Cuida-se, portanto, de assegurar o cumprimento da Constituição, das leis e dos compromissos internacionais do país.

O que se pretende, por intermédio da medida liminar pleiteada em juízo, **é a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais dos presos e a garantia de cumprimento da legislação pelas agravadas. Assim, é plenamente possível a interferência do Poder Judiciário com a finalidade de garantir o respeito e a fiel execução das normas jurídicas.**

Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos defende a possibilidade de controle jurisdicional da observância pelo Executivo do mínimo existencial:

Desse modo, há, de um lado, um espaço normativo de dignidade do que faz respeito àquele consenso mínimo e que, por isso mesmo, poderá ser objeto de amplo controle judicial. Controle esse – repita-se – cujo propósito não é apenas impedir que os enunciados normativos em questão sejam violados, mas assegurar a produção de efeitos por ele pretendidos. Esse é o campo de trabalho do direito e da Justiça Constitucional, não estando tais regras à disposição da deliberação política.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu pela possibilidade de interferência do Poder Judiciário para garantir direitos fundamentais. Nesse sentido, tem-se o voto do Ministro Dias Toffoli no agravo regimental no agravo de instrumento nº 810.410/GO, que buscou garantir a segurança em estabelecimentos de custódia de menores, *in verbis*:

O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação ao princípio da separação dos poderes.

A Segunda Turma do STF também adotou a mesma linha no julgamento do AI 598.2012 ED/PR, como se vê do trecho do acórdão proferido:

[...]É lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal, que se qualifica 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 (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

Dessa maneira, **o não cumprimento imediato dos alvarás de soltura implica em uma omissão dos agravados que gera a violação a direitos e deveres legalmente estabelecidos, sendo legítima a interferência do Poder Judiciário para sanar a omissão e determinar que estes passem a realizar todos os atos necessários para o**

**cumprimento dos referidos alvarás.**

**IV – DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA**

É cabível, no caso em tela, a antecipação de tutela dos efeitos do agravo de instrumento, consoante o disposto no art. 273, inc. I e art. 461, § 3º, ambos do CPC, afigurando-se evidente o **dano irreparável**, eis que é **urgente e impostergável** que este **Juízo determine que a União e o Estado da Bahia adotem todas as medidas necessárias para garantir o cumprimento imediato dos alvarás de soltura expedidos pelo Poder Judiciário, em especial pela Justiça Federal, nos finais de semana, feriados e todos os dias úteis após o expediente administrativo.**

No curso da argumentação desenvolvida demonstrou-se, de maneira inequívoca, a **presença do *fumus boni iuris***, uma vez que o cumprimento dos alvarás de soltura **apenas em dias úteis e durante o expediente administrativo** viola o direito à liberdade dos presos, garantido pelo *caput* do art.5º da Constituição Federal; a Resolução nº 108 do Conselho Nacional de Justiça, que determina a liberação imediata dos presos; a Convenção Americana dos Direitos Humanos; além de tal conduta configurar descumprimento de decisão judicial, transformando a prisão em uma prisão ilegal, e enquadrar-se como crime de desobediência por parte da autoridade policial.

Resta claro também que a violação dos preceitos fundamentais representados expostos é ostensiva, caso não se assegure a efetivação do direito postulado<sup>5</sup>, em face da densa e cabal base jurisprudencial e normativa citadas.

Está demonstrado o receio de dano irreparável e de difícil reparação, caso o Estado e a União não garantam a liberação imediata dos presos por meio do cumprimento dos alvarás de soltura, uma vez que a situação de cárcere se mantém por tempo indefinido, mesmo após a revogação da ordem escrita que determinou a prisão, de maneira que se configura a prisão ilegal com conivência da Administração Pública.

Posto isto, postula-se a antecipação de tutela recursal, determinando que os réus **disponibilizem nos presídios estaduais estrutura administrativa em horário ininterrupto para fins de consulta aos sistemas informatizados (INFOSEG etc.), cumprindo-se assim imediatamente os alvarás de soltura, já que não se pode aguardar até o final do trâmite comum da tutela jurisdicional em razão do dano irreparável e de difícil reparação que podem os presos ilegalmente virem a sofrer.**

<sup>5</sup> “A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pética”. STJ, 1. T, REsp 753565/MS, Rel. Min. Luizfux, DJ 28/05/2007, p. 290.



**VI – DOS PEDIDOS**

**PEDIDOS PRELIMINARES**

- a) **intimação pessoal** da Defensoria Pública da União, de todos os atos processuais e a contagem dos **prazos processuais em dobro**, na forma do inciso I do art. 44 da Lei Complementar nº 80/94;
- b) a **intimação** da União para, querendo, apresentar resposta no prazo legal;
- c) a **intimação** do Estado da Bahia para, querendo, apresentar resposta no prazo legal.

**EM CARÁTER LIMINAR:**

- a) seja, ***inaudita altera parte***, **concedida** a antecipação dos efeitos da tutela no presente agravo, determinando que a União e o Estado da Bahia realizem **todas as medidas necessárias para garantir o cumprimento imediato dos alvarás de soltura expedidos pelo Poder Judiciário em todos os estabelecimento prisionais do Estado da Bahia**, inclusive aos finais de semana, feriados, e após o expediente administrativo.
- b) seja cominada **multa diária**, para a hipótese de descumprimento total **ou** parcial do provimento, no valor de **R\$ 10.000,00** a ser depositada em conta bancária a ser aberta por esse MM. Juízo (art. 13, parágrafo único, da LACP).

**NO MÉRITO:**

- c) seja, ao final, ratificada a tutela antecipada, determinando que a União e o Estado da Bahia realizem todas as medidas necessárias para garantir o cumprimento imediato pela autoridade policial competente dos alvarás de soltura expedidos pelo Poder Judiciário em todos os estabelecimentos prisionais do Estado da Bahia, **inclusive aos finais de semana, feriados, e após o expediente administrativo.**

**DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA BAHIA**  
Avenida Paulo VI, nº 844, Edf. Redenção Trade II, Pituba, Salvador – BA, CEP:41.810-001. Telefone: 3114-1850.

---

1º Ofício Criminal

---

Termos em que pede e espera deferimento.

Salvador, 28 de maio de 2015.

**FÁBIO CALMON AMORIM**  
**DEFENSOR PÚBLICO FEDERAL**