



COMARCA DE PASSO FUNDO
1ª VARA CÍVEL ESPECIALIZADA EM FAZENDA PÚBLICA
Rua General Neto, 486

Processo nº: 021/1.10.0013648-7 (CNJ:.0136481-96.2010.8.21.0021)
Natureza: Indenizatória
Autor: Ian Andrade Farias
Réu: Estado do Rio Grande do Sul
Juiz Prolator: Juíza de Direito - Dra. Alessandra Couto de Oliveira
Data: 21/11/2012

Vistos e analisados os autos.

IAN ANDRADE FARIAS, já qualificado nos autos, ajuizou ação indenizatória contra o **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**. Referiu que por ocasião do falecimento de seu pai, estava sob custódia no presídio de Passo Fundo. Através de procurador, pediu autorização ao juízo da comarca para acompanhar o velório e enterro de seu pai, cujo pedido foi deferido. Em que pese o deferimento em dia anterior ao velório e enterro, prontamente comunicado ao responsável pelo estabelecimento prisional, o autor não foi conduzido até o velório e enterro de seu pai, o que teria causado, além do postergamento do enterro, inúmeras ligações dos familiares para o procurador e para o presídio, bem como um sofrimento insuperável ao autor. Requeru a procedência, com a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais. Requeru também a AJG. Atribuiu à causa o valor de R\$ 510.000,00. Juntou documentos (fls. 06-15).

Foi concedido o benefício da justiça gratuita (fl. 16).

Citado (fl. 22), o Estado do Rio Grande do Sul apresentou contestação (fls. 23-28) e juntou documentos (fls. 21-36). Arguiu que não houve conduta ilícita; que a competência para decidir acerca da conveniência e oportunidade da saída do autor da casa de custódia era do Diretor do Presídio; que no dia do fato o efetivo funcional contava com apenas sete agentes penitenciários; que a permissão de saída não constitui direito líquido e certo do apenado; e que em caso de condenação a



indenização deverá ser fixada com modicidade.

Houve réplica (fls. 38-39).

Intimadas as partes quanto ao interesse na produção de outras provas (fls. 41-42), o autor requereu a produção de prova testemunhal (fl. 43). Houve a audiência de instrução (fl. 63), na qual foram ouvidos o autor e dois informantes arrolados pelo autor (fls. 65-74).

As partes apresentaram memoriais (fls. 77-79 e 82-83).

O Ministério Público opinou pela improcedência (fls. 84-89).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório, em síntese.

Passo a fundamentar.

Inicialmente, reputo presentes as condições da ação, bem como os pressupostos necessários à constituição válida e regular do processo, motivo pelo qual passo à análise do mérito.

Tratando-se de ação indenizatória, cabe abordar sobre os pressupostos exigidos para a incidência da responsabilidade do réu, quais sejam, a conduta, o dano e o nexo causal entre ambos.

Com efeito, o artigo 37, § 6º da Constituição Federal reza que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos



casos de dolo ou culpa.

Nessa senda, possível, em tese, é a responsabilização do Estado do Rio Grande do Sul por danos que os seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros.

De outra banda, a Lei de Execuções Penais assim dispõe:

Art. 120. Os condenados que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto e os presos provisórios poderão obter permissão para sair do estabelecimento, mediante escolta, quando ocorrer um dos seguintes fatos:

I – falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão;

[...]

Parágrafo único. A permissão de saída será concedida pelo diretor do estabelecimento onde se encontra o preso.

No concreto, é fato incontrovertido o falecimento do pai do autor, bem como a autorização do Juízo para o acompanhamento da cerimônia e enterro, “desde que observadas as cautelas necessárias” (fl. 30). Também é fato incontrovertido que o autor não foi conduzido até o velório e enterro de seu pai.

Entrementes, demonstrou o Estado do Rio Grande do Sul (fls. 29-36) que a não condução do autor para o velório e enterro de seu pai não se deu de forma arbitrária ou ilegal, mas por ausência de efetivo funcional a permitir o deslocamento de agentes para a cerimônia. Assim, a permissão de saída (§ único do artigo 120 da LEP) não pôde ser deferida, lembrando-se que nos termos da lei, ao diretor do presídio cabe analisar a conveniência e oportunidade do deslocamento, inviáveis no contexto em exame, quando o efetivo funcional contava com 07 agentes penitenciários para um contingente de 760 presos, sendo que um dos detentos estava hospitalizado, exigindo escolta de 24 horas.

De fato, a permissão para sair do estabelecimento em caso de falecimento de ascendente não constitui direito inderrogável do apenado, conforme se depreende do próprio texto da lei - “poderão obter permissão” - e está condicionada à



decisão do diretor do estabelecimento prisional, além do fato de que deve se dar “mediante escolta”.

Nesse sentido, não se pode, no caso, imputar ao réu - ou aos seus agentes - uma conduta ilícita a gerar o dever de indenizar. Ainda que seja objetiva a responsabilidade do ente público, nos termos do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, a omissão capaz de gerar o dever de indenizar deve estar relacionada com o descumprimento de um dever jurídico de agir, o que, nos termos expostos, não se verifica. A própria autorização judicial ressalvava a observâncias das cautelas necessárias, o que, na realidade fática, não seria possível.

É nesse contexto, a propósito, que se apresenta a “reserva do possível”, segundo a qual a efetividade dos direitos sociais estaria sob a reserva das capacidades do Estado. É o que lecionam Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (*Direitos Fundamentais – Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Pág. 30-32):

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais.

[...] assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, de que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas que, ao fazê-lo, haverão de obrar com máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem (seja quando negarem) um direito subjetivo a determinada prestação social, ou mesmo quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida estatal com base na alegação de uma violação de direitos sociais, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos Poderes. Neste sentido (e desde que assegurada atuação dos órgãos jurisdicionais, quando e na medida do necessário) efetivamente há que dar razão a Holmes e Sunstein quando afirmam que levar direitos a sério (especialmente pelo prisma da eficácia e efetividade) é sempre também levar a sério o problema da escassez. Parece-nos oportuno apontar aqui (mesmo sem condições de desenvolver o ponto) que os princípios da moralidade e eficiência, que direcionam a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais.



Ressalto que não se está a afirmar que o autor não experimentou o sofrimento alegado; entretanto, o ente público não pode ser responsabilizado pelo não comparecimento do autor na cerimônia de velório e enterro do seu pai, já que a permissão de saída deveria ser concedida pelo diretor do estabelecimento prisional e, conforme demonstrado, o cotejo entre o artigo 120 da LEP e as normas de Direito Administrativo - supremacia do interesse público sobre o privado, somado à noção da "reserva do possível" na administração pública, bem como aos princípios da conveniência e oportunidade – não conduzia à tal permissão.

Assim, não se podendo atribuir uma conduta ilícita ao réu, nos termos expostos, impõe-se a improcedência.

EM RAZÃO DO EXPOSTO, julgo **improcedente** o pedido do autor.

Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor do procurador do réu, no valor de R\$ 1.000,00, forte o disposto no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, tendo em vista os vetores estabelecidos nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo anterior. Suspendo, contudo, a exigibilidade, por litigar sob o pátio da justiça gratuita (fl. 16).

Publique-se

Registre-se.

Intimem-se.

Passo Fundo, 27 de novembro de 2012.

Alessandra Couto de Oliveira
Juíza de Direito