

## V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): Examino, desde logo, a questão preliminar pertinente à admissibilidade da presente ação de “*habeas corpus*”. E, ao fazê-lo, devo observar que ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal firmaram orientação no sentido da incognoscibilidade desse remédio constitucional, quando ajuizado, como no caso em análise, em face de decisão monocrática proferida por Ministro de Tribunal Superior da União ( HC 116.875/AC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – HC 117.346/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – HC 117.798/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 118.189/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 119.821/TO, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 121.684-AgR/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – HC 122.381-AgR/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – HC 122.718/SP, Rel. Min. ROSA WEBER – RHC 114.737/RN, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RHC 114.961/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g. ):

“ H A B E A S C O R P U S . C O N S T I T U C I O N A L . P E N A L . D E C I S Ã O M O N O C R Á T I C A Q U E N E G O U S E G U I M E N T O A R E C U R S O E S P E C I A L . S U P R E S S Ã O D E I N S T Â N C I A . I M P E T R A Ç Ã O N Ã O C O N H E C I D A .

I – (...) verifica-se que a decisão impugnada foi proferida monocraticamente. Desse modo, o pleito não pode ser conhecido, sob pena de indevida supressão de instância e de extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal, o qual pressupõe seja a coação praticada por Tribunal Superior.

.....  
III – ‘ W r i t ’ n ã o c o n h e c i d o . ”

( HC 118.212/MG , Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei

Tenho respeitosamente dissentido , em caráter pessoal , dessa diretriz jurisprudencial, por nela vislumbrar grave restrição ao exercício do remédio constitucional do “ habeas corpus ”.

Não obstante a minha posição pessoal, venho observando , em recentes julgamentos, essa orientação restritiva , hoje consolidada na jurisprudência da Corte, em atenção ao princípio da colegialidade, motivo pelo qual impor-se-á o não conhecimento desta ação.

Assinalo , no entanto , que, mesmo em impetrações deduzidas **contra** decisões monocráticas de Ministros de outros Tribunais Superiores da União, **a colenda** Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ainda que não conhecendo do “ writ ” constitucional, tem concedido , “ ex officio ” , a ordem de “ *habeas corpus* ” , quando se evidencie patente situação caracterizadora de **injusto gravame** ao “ *status libertatis* ” do paciente ( HC 118.560/SP , Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g. ).

Analiso , de outro lado, *uma vez mais* , a questão **pertinente** à admissibilidade da impetração de “ *habeas corpus* ” coletivo . E , ao fazê-lo , reconheço que o Supremo Tribunal Federal, **por sua colenda** Segunda Turma, entendeu possível a utilização do “ habeas corpus ” coletivo ( HC 143.641/SP , Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI), notadamente nos casos em que se busca a tutela jurisdicional coletiva de direitos individuais homogêneos ( HC 118.536/SP , Rel. Min. DIAS TOFFOLI – HC 143.988/ES , Rel. Min. EDSON FACHIN), sendo irrelevante , portanto , a circunstância de inexistir previsão constitucional a respeito .

Essa percepção do tema – que se orienta no sentido da admissibilidade da impetração de “ *habeas corpus* ” coletivo, **especialmente** quando os pacientes estão identificados ou são identificáveis , como no caso ora em exame – tem o beneplácito de autorizado magistério doutrinário (EDUARDO SOUSA DANTAS, “ *Habeas Corpus Coletivo: Cabimento e Discussões sobre Legitimidade* ” , p. 85/102, “ in ” “ *Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal* ” , 2019, RT; MARCELLUS POLASTRI LIMA e ELIAS GEMINO DE CARVALHO, “ *O Habeas Corpus Coletivo* ” , p. 30/43, “ in ” “ *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Ano XV, nº 88* ” ; RICARDO LEWANDOWSKI, “ *O Habeas Corpus Coletivo* ” , p. 51/75, “ in ” “ *Constituição da República 30 Anos Depois: Uma Análise Prática de Eficiência dos Direitos Fundamentais – Estudos em Homenagem ao Ministro Luiz Fux* ” , 2019, Fórum, v.g. ), valendo referir , em face de sua extrema pertinência , a lição de DANIEL SARMENTO (“ *O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira* ” , p. 289/301, “ in ” “ *Direitos, Democracia e República – Escritos de Direito Constitucional* ” , 2018, Fórum):

*“ Ora, as mesmas razões que embasam a estratégia do ordenamento processual civil de coletivização da proteção de direitos individuais também se fazem presentes na esfera penal , especialmente em relação à tutela da liberdade ambulatorial.*

*Assim como ocorre com os demais direitos individuais, a violação à liberdade de ir e vir pode ultrapassar a esfera isolada do indivíduo, pois as lesões e ameaças a esse direito podem alcançar um amplo contingente de pessoas. É o que acontece, por exemplo, quando o Estado impõe indevidas restrições coletivas à liberdade de presos encarcerados em determinado estabelecimento prisional , ou quando ameaça de prisão todas as pessoas que queiram participar de uma manifestação pública de protesto contra o governo. Em tais hipóteses, o ato ilegal de constrangimento à liberdade de ir e vir dos indivíduos adquire uma dimensão coletiva, não sendo razoável exigir que cada pessoa potencialmente atingida tenha de figurar como paciente em um ‘habeas corpus’ específico .*

*Conforme já sinalizado , considerações sobre celeridade e economia processuais recomendam a via multitudinária no tratamento de lesões a direitos que têm origem comum. No âmbito penal, essas preocupações se fazem ainda mais intensas, uma vez que toda a questão que envolva a liberdade ambulatorial é por definição urgente . Nesse sentido, observam-se iniciativas crescentes no sentido de otimizar a tramitação dos processos penais, dentre as quais se destaca o estímulo à solução coletiva das demandas de massa, constante no Plano Estratégico do Poder Judiciário, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça.*

*A igualdade de tratamento, favorecida pelo processamento unitário de interesses símiles pertencentes a indivíduos diversos, adquire, também, importância ímpar em matéria criminal. Dada a fundamentalidade dos interesses em jogo, a disparidade entre as respostas penais diante de situações similares se reveste de maior gravidade, contribuindo para o descrédito do sistema de justiça.*

*Por outro lado, diante da constatação de que o braço penal do Estado tem uma clientela bem definida, dirigindo o processo de criminalização para comportamentos típicos das camadas sociais subalternas e concentrando sua atuação repressiva sobre os socialmente marginalizados, não se pode ignorar que a Defensoria Pública é, por excelência, a instituição que viabiliza a defesa do ‘status libertatis’ dos necessitados. Dessa forma, diante do aparelhamento ainda precário dessa nobre instituição e da comprovada insuficiência de defensores públicos em seus quadros, torna-se ainda mais imperativa a extensão da tutela coletiva de direitos à proteção da liberdade ambulatorial.*

.....

*Hoje, a previsão constitucional de um extenso leque de garantias processuais, como o mandado de segurança, o mandado de injunção e o 'habeas data', torna desnecessário o alargamento do âmbito de proteção do 'habeas corpus' para muito além da garantia da liberdade ambulatorial . Nesse sentido, a Constituição de 1988 prevê que o referido 'writ' será concedido sempre 'que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder'.*

*No entanto, a maior delimitação de seu campo de atuação não tornou o remédio processual inflexível. A multiplicidade de desafios que se apresentam à proteção da liberdade de locomoção e a relevância desse bem jurídico em nosso sistema constitucional continuaram a demandar uma tutela jurisdicional adaptável e informal, a fim de lhe conferir proteção integral.*

.....  
*Para além da ampliação de seu alcance material , a extensão da dimensão protetiva do 'writ' também se faz presente nas diversas exceções que o ordenamento e a jurisprudência fazem ao princípio da formalidade dos atos processuais em seu processamento.*

*Com efeito , a petição de 'habeas corpus' pode ser veiculada por qualquer meio físico possível, independentemente do cumprimento de quaisquer condições formais. A maleabilidade do instituto também se faz presente na possibilidade de que este seja estendido aos corrêus, em idêntica situação processual, por meio do célere pedido de extensão, previsto no art. 580 do Código de Processo Penal. A impetração pode ser apresentada, ainda, por qualquer pessoa, sem a necessidade de representação por advogado, em seu favor ou de outrem. A possibilidade de substituição processual na referida via mandamental é, portanto, a mais ampla em nosso sistema jurídico, de modo que a tutela da liberdade do paciente pode ser garantida sem que este ingresse efetivamente na demanda ou que deduza qualquer tipo de pedido .*

*E nem se diga que a natureza personalíssima da liberdade ambulatorial constituiria óbice à sua proteção coletiva. Se tal característica não impede a larga aceitação da substituição processual no 'habeas corpus', não faz sentido utilizá-la para vedar que uma pessoa ou órgão defenda em juízo os direitos individuais de uma multiplicidade de pacientes decorrentes de uma violação à liberdade de origem comum.*

*Adicione-se a este quadro o fato de que os juízes e tribunais brasileiros dispõem de competência para a concessão de ofício de 'habeas corpus' sempre que for possível vislumbrar ofensa ilegítima à liberdade de ir e vir. A referida possibilidade, consagrada pelo § 2º do art. 654 do Código de Processo Penal, tem sólida tradição em nosso ordenamento e traduz a concepção de que a inviolabilidade da*

*liberdade individual constitui matéria de ordem pública . Por essa razão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que a concessão da ordem de 'habeas corpus' de ofício pelos tribunais constitui dever atribuído ao Poder Judiciário, e não mera faculdade. (...)*

*Ora, se todo magistrado dispõe de competência para conceder de ofício ordem de 'habeas corpus', não há razão para insistir na defesa da tese de que o remédio somente pode ser veiculado judicialmente em sua versão individual. Se o próprio Judiciário, diante da impetração de 'habeas corpus' em favor de pessoas determinadas, pode ampliar, por iniciativa própria, a extensão subjetiva da proteção à liberdade de locomoção - flexibilizando com isso o princípio da inércia da jurisdição -, por mais razões ainda se deve admitir que a tutela jurisdicional seja perseguida, desde o início, em termos coletivos.*

*Enfim, o exame do cabimento da via coletiva do 'habeas corpus' não pode prescindir de um olhar generoso sobre a elasticidade do 'writ' constitucional , de modo a habilitá-lo a dar respostas efetivas às violações à liberdade de locomoção numa sociedade de massa, mas sem que se deixe de observar os demais requisitos para sua impetração. (...)*

*(...) diante da inexistência ou insuficiência de procedimento idôneo a tutelar determinado direito material, o juiz deve extrair das regras processuais existentes a sua máxima potencialidade, a fim de permitir a proteção mais adequada possível. Assim, para cada tipo de violação ao direito à liberdade ambulatorial, deve corresponder uma tutela jurisdicional adequada.*

*Daí por que se pode afirmar que o instrumento processual do 'habeas corpus' deve ter amplitude correspondente às situações de ofensa ou de ameaça à liberdade de ir e vir sobre as quais pretende incidir. Se a ofensa à liberdade for meramente individual, a impetração de 'habeas corpus' individual será suficiente. No entanto, para ofensas ao direito de locomoção que apresentarem perfil coletivo, o ajuizamento de 'habeas corpus' coletivo é a providência que mais realiza o direito à efetiva tutela jurisdicional.*

*Esse é não só o entendimento que mais se harmoniza com o texto da Constituição de 1988, como também o mais compatível com o sistema interamericano de direitos humanos, do qual o Brasil faz parte . O direito a um instrumento processual simples, rápido e efetivo, apto a tutelar o direito fundamental lesionado ou ameaçado, é garantido no art. 25 do Pacto de San José da Costa Rica. (...). " ( grifei )*

Viável , desse modo , a impetração , no presente caso , deste “ habeas corpus ” coletivo , motivo pelo qual examino o seu mérito .

Esta Suprema Corte, no julgamento plenário da ADPF 347-MC/DF , qualificou o sistema penitenciário nacional como expressão visível ( e lamentável ) de um “ estado de coisas inconstitucional ” .

Ao proferir o meu voto em referido julgamento , tive o ensejo de advertir , em manifestação inteiramente aplicável ao caso ora em análise , que situações como a exposta na presente impetração constituem verdadeiro e terrível libelo contra o sistema penitenciário brasileiro, cujo estado de crônico desaparelhamento culmina por viabilizar a imposição de inaceitáveis condições degradantes aos sentenciados, traduzindo , em sua indisfarçável realidade concreta , hipótese de múltiplas ofensas constitucionais , em clara atestação da inércia, do descuido, da indiferença e da irresponsabilidade do Poder Público em nosso País.

Há , lamentavelmente, no Brasil , no plano do sistema penitenciário nacional, um claro , indisfarçável e anômalo “ estado de coisas inconstitucional ” resultante da omissão do Poder Público em implementar medidas eficazes de ordem estrutural que neutralizem a situação de absurda patologia constitucional gerada , incompreensivelmente , pela inércia do Estado, que descumpre a Constituição Federal, que ofende a Lei de Execução Penal, que vulnera a essencial dignidade dos sentenciados e dos custodiados em geral, que fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República e que desrespeita as convenções internacionais de direitos humanos ( como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção Americana de Direitos Humanos, e as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos – “ Regras de Nelson Mandela ” -, entre outros relevantes documentos internacionais).

O quadro de distorções revelado pelo clamoroso estado de anomalia de nosso sistema penitenciário desfigura , compromete e subverte , de modo grave , a própria função de que se acha impregnada a execução da pena, que se destina – segundo determinação da Lei de Execução Penal – “ a proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado ” (art. 1º).

O sentenciado , ao ingressar no sistema prisional, sofre uma punição que a própria Constituição da República proíbe e repudia , pois a omissão estatal na adoção de providências que viabilizem a justa execução da pena , cria situações anômalas e lesivas à integridade de direitos fundamentais do condenado, culminando por subtrair ao apenado o direito – de que não pode ser despojado – ao tratamento digno.

Dá a advertência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos , em um de seus “ *Informes sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas Américas* ” (2011), no sentido de que sempre que o sistema penitenciário de um País não merecer a atenção necessária e os recursos essenciais a serem providos pelo Estado, a função para a qual esse mesmo sistema está vocacionado distorcer-se-á e , em vez de os espaços prisionais , proporcionarem proteção e segurança , eles converter-se-ão em escolas de delinquência , propiciando e estimulando comportamentos antissociais que dão origem à reincidência e , desse modo , afastam-se , paradoxalmente , do seu objetivo de reabilitação.

Os sentenciados que cumprem condenações penais que lhes foram impostas continuam à margem do sistema jurídico , pois ainda subsiste , quanto a eles , a grave constatação, feita por HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, de que as condições intoleráveis e degradantes em que vivem os internos nos estabelecimentos prisionais constituem a pungente e dramática revelação de que “ *os presos não têm direitos* ” , em razão do estado de crônico e irresponsável abandono , por parte do Poder Público, do seu dever de prover condições minimamente adequadas ao efetivo e pleno cumprimento dos preceitos fundamentais consagrados em nossa Constituição e cujo desrespeito dá origem a uma situação de permanente e inadmissível violação aos direitos humanos .

Tal como destaquei no julgamento do RE 592.581/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, a situação precária e caótica do sistema penitenciário brasileiro, cuja prática , ao longo de décadas , vem subvertendo as funções primárias da pena , constitui , por isso mesmo , expressão lamentável e vergonhosa da inércia , da indiferença e do descaso do Poder Executivo , cuja omissão tem absurdamente propiciado graves ofensas perpetradas contra o direito fundamental – que se reconhece ao

sentenciado , **porque** lhe é inerente e inalienável – **de não sofrer** , na execução da pena, **tratamento cruel e degradante** , **lesivo** à sua incolumidade moral e física **e** , **notadamente** , à sua essencial dignidade pessoal.

**Não hesito em dizer** , *por isso mesmo* – **a partir** de minha própria experiência como Juiz desta Suprema Corte **e** , *também* , como **antigo representante** do Ministério Público paulista, **tendo presente** a *situação dramática e cruel constatada* no modelo penitenciário nacional –, **que se vive** , *no Brasil* , **em matéria de execução penal** , *um mundo de ficção que revela um assustador universo de cotidianas irrealidades em conflito e em completo divórcio com as declarações formais de direitos* , que – **embora** contempladas no texto de nossa Constituição **e** , *também* , em convenções internacionais e resoluções das Nações Unidas – **são** , *no entanto* , **descumpridas pelo Poder Executivo** , a quem incumbe viabilizar a implementação **do que prescreve e determina** , *entre outros importantes documentos legislativos* , a Lei de Execução Penal .

**O fato preocupante é que o Estado** , *agindo com absoluta indiferença em relação à gravidade da questão penitenciária* , **tem permitido** , *em razão de sua própria inércia* , **que se transgrida o direito básico** do sentenciado **de receber tratamento penitenciário justo e adequado** , **vale dizer** , **tratamento que não implique** exposição do condenado ( **ou** do preso provisório) a meios cruéis, lesivos **ou** moralmente degradantes ( **CF** , art. 5º, **incisos XLVII**, “ e ”, **e XLIX**) , **fazendo-se respeitar** , *desse modo* , **um dos mais expressivos fundamentos** que dão suporte ao Estado Democrático de Direito: **a dignidade da pessoa humana** .

**Não constitui demasia acentuar** , *no ponto* , **que o princípio** da dignidade da pessoa humana **representa** – *considerada a centralidade desse postulado essencial* ( **CF** , art. 1º, III) – **significativo** vetor interpretativo, **verdadeiro valor-fonte** que conforma **e** inspira **todo** o ordenamento constitucional **vigente** em nosso País **e que traduz** , *de modo expressivo* , **um dos fundamentos** em que se assenta, *entre nós* , a ordem republicana e democrática **consagrada** pelo sistema de direito constitucional positivo, **tal como tem reconhecido** a jurisprudência *desta* Suprema Corte, **cujas decisões** , *no ponto* , **refletem** , *com precisão* , **o próprio magistério da doutrina** (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “ Poder Constituinte e Poder Popular ”, p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “ Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro ”, p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFGANG

SARLET, “ **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988** ”, p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, “ **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos** ”, 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, “ **O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência** ”, 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, “ **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo** ”, 2008, Renovar, v.g. ).

**Observei**, no voto que proferi no julgamento Plenário da **ADPF 347- - MC/DF**, **que o Poder Executivo – a quem compete construir estabelecimentos penitenciários, viabilizar a existência de colônias penais (agrícolas e industriais) e de casas de albergados, além de propiciar a formação de patronatos públicos e de prover os recursos necessários ao fiel e integral cumprimento da própria Lei de Execução Penal, forjando condições que permitam a consecução dos fins precípuos da pena, em ordem a possibilitar “ a harmônica integração social do condenado e do internado ” ( **LEP**, art. 1º, “ in fine ”) – **não tem adotado** as medidas essenciais ao adimplemento de suas obrigações legais, **muito embora** a Lei de Execução Penal **preveja**, em seu art. 203, **mecanismos destinados a compelir** as unidades federadas a projetarem a adaptação e a construção de estabelecimentos e serviços penais previstos em referido diploma legislativo, **inclusive** fornecendo os equipamentos necessários ao seu regular funcionamento.**

**Não foi por outra razão** que o Plenário desta Corte Suprema, **no precedente** firmado **no RE 592.581/RS**, **formulou tese** – **que guarda inteira pertinência** com a controvérsia ora em exame – **no sentido de revelar-se lícito ao Poder Judiciário “ (...) impor à Administração Pública obrigação de fazer**, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, **não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes** ” ( grifei ).

**No exame** da grave questão ora submetida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, **é preciso não** desconsiderar a função contramajoritária que compete ao Supremo Tribunal Federal **exercer** no Estado Democrático de Direito, **e que legitima**, precipuamente, **a proteção das minorias e dos**

*grupos vulneráveis* , **sob pena** de comprometimento *do próprio coeficiente de legitimidade democrática* das ações estatais.

**Enfatize-se** , *presentes tais razões* , que o Supremo Tribunal Federal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **tem proferido** , *muitas vezes* , **decisões de caráter nitidamente contramajoritário** , **em clara demonstração** de que os julgamentos desta Corte Suprema, *quando assim proferidos* , **objetivam preservar** , em gesto **de fiel** execução dos mandamentos constitucionais, **a intangibilidade** de direitos, interesses e valores **que identificam os grupos minoritários** **expostos** a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política **e que** , *por efeito de tal condição* , **tornam-se objeto** de intolerância, de perseguição, de discriminação **e** de injusta exclusão.

*Na realidade* , **o tema da preservação e do reconhecimento** dos direitos das minorias, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, **deve compor a agenda** desta Corte Suprema, **incumbida** , *por efeito* de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos, **inclusive de grupos minoritários** , que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional.

Com efeito, **a necessidade de assegurar-se** , em nosso sistema jurídico, **proteção às minorias e aos grupos vulneráveis** **qualifica-se** , *na verdade* , **como fundamento imprescindível à plena legitimação material** do Estado Democrático de Direito.

**A opção** do legislador constituinte **pela concepção democrática** do Estado de Direito **não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica** . **A opção** pelo Estado Democrático de Direito, *por isso mesmo* , **há de ter consequências efetivas no plano** de nossa organização política, **na esfera** das relações institucionais entre os poderes da República **e no âmbito** da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. **Em uma palavra** : **ninguém** se sobrepõe, **nem mesmo os grupos majoritários** , **aos princípios superiores** consagrados pela Constituição da República.

**Desse modo** , e **para que** o regime democrático **não se reduza** a uma categoria político-jurídica *meramente* conceitual **ou simplesmente** formal, **torna-se necessário assegurar às minorias e aos grupos vulneráveis** ,

**notadamente** em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a **plenitude de meios** que lhes permitam exercer, **de modo efetivo**, os direitos fundamentais **que a todos**, sem distinção, são assegurados.

**Isso significa**, portanto, numa perspectiva pluralística, em **tudo compatível com os fundamentos estruturantes** da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), **que se impõe** a organização de um sistema de **efetiva** proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, **quaisquer** que sejam, **inclusive dos condenados e presos provisórios que compõem o universo penitenciário**, para que tais prerrogativas essenciais **não se convertam** em fórmula **destituída** de significação, **o que subtrairia** – consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “**Fundamentos de Direito Constitucional**”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – **o necessário** coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.

O Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional de que se acham investidos os órgãos do Poder Judiciário, **tem enfatizado** que os juízes e Tribunais **não podem demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivas** as determinações **constantes** do texto constitucional, **inclusive** aquelas fundadas em normas de conteúdo programático (RTJ 164/158-**161**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

**É que**, se tal não ocorrer, **restarão comprometidas a integridade e a eficácia** da própria Constituição, **por efeito de violação negativa** do estatuto constitucional **motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento** de prestações positivas **impostas** ao Poder Público, **consoante já advertiu** o Supremo Tribunal Federal, **por mais de uma vez**, em tema de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

**É certo** – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, de que fui Relator – **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*, **como adverte a doutrina** (MARIA PAULA DALLARI BUCCI, “ **Direito Administrativo e Políticas Públicas** ”, 2002, Saraiva), **o encargo reside**, *primariamente*, nos Poderes Legislativo e Executivo.

**Impende assinalar**, *no entanto*, que tal incumbência **poderá** atribuir-se, *embora excepcionalmente*, **ao Poder Judiciário**, *se e quando* os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem *em caráter vinculante*, **vierem a comprometer**, *com tal comportamento*, **a eficácia e a integridade** de direitos individuais **e/ou** coletivos **impregnados** de estatura constitucional, **como sucede** na espécie ora em exame.

**Não deixo de conferir**, *por isso mesmo*, **assentadas** tais premissas, **significativo relevo** ao tema pertinente *à* “ **reserva do possível** ” (LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, “ **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos** ”, vol. 1, 2010, Fabris Editor; STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “ **The Cost of Rights** ”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “ **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais** ”, p. 245/246, 2002, Renovar; FLÁVIO GALDINO, “ **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos** ”, p. 190/198, itens ns. 9.5 e 9.6, e p. 345/347, item n. 15.3, 2005, Lumen Juris), **notadamente em sede de efetivação e implementação** (*usualmente onerosas*) de determinados direitos **cujo adimplemento**, *pelo Poder Público*, **impõe e exige** prestações estatais **positivas** concretizadoras de tais prerrogativas individuais **e/ou** coletivas.

**Não se mostrará lícito**, contudo, *ao Poder Público* **criar obstáculo artificial** que revele – a partir **de indevida manipulação** de sua atividade financeira **e / ou** político-administrativa – *o arbitrário*, *ilegítimo 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 e de gozo de direitos fundamentais** ( **ADPF 45/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.* ), **a significar**, *portanto*, **que se revela legítima** a possibilidade de controle *jurisdicional da invocação estatal* da cláusula da “ **reserva do possível** ”, **considerada**, *para tanto*, a teoria *das “ restrições das restrições ”*, **segundo a qual** – *como observa* LUÍS FERNANDO SGARBOSSA (“ *op. cit.*”, p. 273-274) – **as limitações a direitos fundamentais**, *como o direito de que ora se cuida*, **sujeitam-se**, *em seu processo hermenêutico*, a uma exegese **necessariamente restritiva**, **sob pena de ofensa** a determinados parâmetros

de índole constitucional, como, p. ex., aqueles fundados na proibição de retrocesso social, na proteção ao mínimo existencial ( que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana), na vedação da proteção insuficiente e, também, na proibição de excesso.

Cumpra advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário (OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT, “ Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública ”, p. 105/110, item n. 6, e p. 209/211, itens ns. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda., v.g. ), 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, dolosamente, 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.

Cabe referir, ainda, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Subprocuradora-Geral da República (“ Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público ”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais assinala:

“ Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.

.....  
Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

.....  
Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência

*de implementação* de políticas públicas **discriminadas** na ordem social constitucional, **pois tal restou deliberado pelo Constituinte** e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

.....  
As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, **cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade** do ato administrativo (omissivo ou comissivo), **verificando** se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a **concretização** da ordem social constitucional.  
" ( grifei )

**Resulta claro** , pois , que o Poder Judiciário **dispõe** de competência para exercer, no caso concreto , **controle de legitimidade** sobre a omissão do Estado na **implementação** de políticas públicas cuja efetivação lhe incumbe **por efeito de expressa determinação constitucional** , sendo certo , ainda , que, **ao assim proceder** , o órgão judiciário competente **estará agindo dentro dos limites** de suas atribuições institucionais, **sem incidir** em ofensa ao princípio da separação de poderes, **tal como tem sido reconhecido** , por esta Suprema Corte, em sucessivos julgamentos ( **RE 367.432-AgR/PR** , Rel. Min. EROS GRAU – **RE 543.397/PR** , Rel. Min. EROS GRAU – **RE 556.556/PR** , Rel. Min. ELLEN GRACIE, v.g. ):

" (...) 8. Desse modo , **não há falar em ingerência do Poder Judiciário em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo , porquanto se revela possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado de políticas públicas constitucionalmente previstas . (...) .**"

( **RE 574.353/PR** , Rel. Min. AYRES BRITTO – grifei )

**Não se desconhece** que a destinação de recursos públicos, **sempre tão dramaticamente escassos** , faz instaurar **situações de conflito** , **quer** com a execução de políticas públicas **definidas** no texto constitucional, **quer** , **também** , com a própria implementação de direitos sociais **assegurados** pela Constituição da República, **daí resultando contextos de antagonismo que impõem ao Estado o encargo de superá-los mediante** opções por determinados valores, **em detrimento** de outros **igualmente** relevantes, **compelindo** o Poder Público, **em face dessa relação dilemática causada pela insuficiência** de disponibilidade financeira e orçamentária, **a proceder a verdadeiras " escolhas trágicas "** (GUIDO CALABRESI/PHILIP BOBBITT, " Tragic Choices – The Conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources " , W.W. Norton & Company, Inc., 1978;

GUSTAVO ALMEIDA PAOLINELLI DE CASTRO, “ Direito à Segurança Pública: Intervenção , Escassez e Escolhas Trágicas ”; SÔNIA FLEURY, “ Direitos Sociais e Restrições Financeiras: Escolhas Trágicas sobre Universalização ”, v.g. ), em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial , em ordem a conferir real efetividade às normas positivadas na própria Lei Fundamental.

É por essa razão que DANIEL SARMENTO, ao versar o tema pertinente ao controle judicial de políticas públicas (“ Reserva do Possível e Mínimo Existencial ”, “ in ” “ Comentários à Constituição Federal de 1988 ”, coords. Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra, p. 371/388, 371 /375 , 2009, Gen/Forense), expendeu considerações que vale reproduzir :

*“ Até então , o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas , o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. As intervenções judiciais neste campo eram raríssimas , prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação de poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais.*

*Hoje , no entanto, este panorama se inverteu . Em todo o país , tornaram-se freqüentes as decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados. Trata-se de uma mudança altamente positiva , que deve ser celebrada. Atualmente , pode-se dizer que o Poder Judiciário brasileiro ‘ leva a sério ’ os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, e a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna.*

*Sem embargo , este fenômeno também suscita algumas questões complexas e delicadas, que não podem ser ignoradas . Sabe-se , em primeiro lugar, que os recursos existentes na sociedade são escassos e que o atendimento aos direitos sociais envolve custos. (...).*

.....  
*Neste quadro de escassez , não há como realizar , ‘hic et nunc’, todos os direitos sociais em seu grau máximo . O grau de desenvolvimento socioeconômico de cada país impõe limites , que o*

mero voluntarismo de bacharéis **não tem** como superar. **E a escassez obriga o Estado** em muitos casos **a confrontar-se com verdadeiras ‘ escolhas trágicas ’**, pois, diante da **limitação** de recursos, **vê-se forçado** a eleger prioridades **dentre** várias demandas **igualmente** legítimas. (...).

.....  
**As complexidades suscitadas são**, contudo, **insuficientes para afastar a atuação do Poder Judiciário na concretização** dos direitos sociais. Com a **consolidação** da nova cultura constitucional **que emergiu** no país em 1988, a **jurisprudência brasileira** deu um passo importante, **ao reconhecer a plena justiciabilidade** dos direitos sociais. **No entanto**, essas dificuldades **devem ser levadas** em conta. **Vencido**, com sucesso, **o momento inicial** de afirmação da sindicabilidade dos direitos prestacionais, **é chegada a hora de racionalizar** esse processo. **Para este fim**, **cumprem** importante papel, **como parâmetros** a orientar a intervenção judicial **nesta** seara, **duas categorias que vêm sendo muito discutidas** na dogmática jurídica: **a reserva** do possível e **o mínimo** existencial, **que serão analisadas** abaixo. **Há outras**, todavia, **que também têm importância capital** neste campo, **como o princípio** da proporcionalidade, **na sua dimensão** de vedação à proteção deficiente, e **o princípio** da proibição do retrocesso social.

.....  
(...) **Se os direitos sociais são fundamentais** – o que parece claro, à luz da Constituição de 88 –, **isto significa que eles valem como ‘trunfos’** que se **impõem mesmo contra a vontade das maiorias de ocasião**. **Daí porque seria um contrassenso permitir que o legislador frustrasse a possibilidade de efetivação de direitos sociais**, **ao não alocar no orçamento as verbas necessárias para a sua fruição**. Além disso, certos direitos sociais básicos podem ser concebidos como pressupostos da democracia. Nestes casos, não há como invocar o argumento democrático para defender a impossibilidade de decisões judiciais que concedam prestações não contempladas no orçamento.

.....  
(...) **Sem embargo**, **pode-se afirmar que hoje existe um razoável consenso no sentido de que a democracia verdadeira exige mais do que eleições livres, com sufrágio universal e possibilidade de alternância no poder**. **É difundida a crença de que a democracia pressupõe também a fruição de direitos básicos por todos os cidadãos, de modo a permitir** que cada um forme livremente as suas opiniões e participe dos diálogos políticos travados na esfera pública. **Nesta lista de direitos a serem assegurados para a viabilização da democracia não devem figurar apenas os direitos individuais clássicos**, como liberdade de expressão e direito de associação, **mas também direitos às condições materiais básicas de vida**, que possibilitem o efetivo exercício da cidadania. **A ausência destas condições, bem como a presença de um nível intolerável de desigualdade social,**

*comprometem a condição de agentes morais independentes dos cidadãos, e ainda prejudicam a possibilidade de que se vejam como parceiros livres e iguais na empreitada comum de construção da vontade política da sociedade. Portanto, quando o Poder Judiciário garante estes direitos fundamentais contra os descasos ou arbitrariedades das maiorias políticas ou dos tecnocratas de plantão, pode-se dizer que ele está, a rigor, protegendo os pressupostos para o funcionamento da democracia, e não atuando contra ela. Nesse sentido, cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Faticidade e Validade*. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Vol. I, p. 160; GUTTMAN, Amy & THOMPSON, Dennis. *Democracy and Disagreement*. Cambridge: The Belknap Press, 1996, pp. 200 e ss; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional da Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 235 e ss.; MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: RT, 2004, pp. 273 e ss; e BINENBOJM, Gustavo. 'Os direitos econômicos, sociais e culturais e o processo democrático'. *In* RODRIGUEZ, Maria Elena (Org.). *Os Direitos Sociais: Uma questão de direito*. Rio de Janeiro: Fase, 2004, pp. 13-18." (grifei)*

Cabe ter presente, bem por isso, consideradas as dificuldades que podem derivar da escassez de recursos – com a resultante necessidade de o Poder Público ter de realizar as denominadas “escolhas trágicas” (em virtude das quais alguns direitos, interesses e valores serão priorizados “com sacrifício” de outros) –, o fato de que, embora invocável como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana, tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência constitucional desta Suprema Corte:

“ CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA-PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL, CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

**IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL ( RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL ( RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO , PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDER RESULTAR DE SUA APLICAÇÃO COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL ( RTJ 200/191-197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS PELO PODER JUDICIÁRIO. A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ( RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220). RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO . ”**  
( AI 583.553/SC , Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A noção de mínimo existencial , que resulta , por implicitude , de determinados preceitos constitucionais ( CF , art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna , em ordem a assegurar à pessoa acesso efetivo ao direito geral de liberdade e , também , a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação, o direito à segurança e , quanto aos que compõem o universo penitenciário , o direito de não sofrer tratamento degradante e indigno quando sob custódia do Estado .

Em suma : a cláusula da reserva do possível é ordinariamente invocável naquelas hipóteses em que se impõe ao Poder Público o exercício de verdadeiras “ escolhas trágicas ” , em contexto revelador de situação de antagonismo entre direitos básicos e insuficiências estatais financeiras. A decisão governamental , presente essa relação dilemática , há de conferir ,

precedência à intangibilidade do “ mínimo existencial ”, em ordem a atribuir real efetividade aos direitos positivados na própria Lei Fundamental da República e aos valores consagrados nas diversas convenções internacionais de direitos humanos. A cláusula da reserva do possível, por isso mesmo, é inoponível à concretização do “ mínimo existencial ”, em face da preponderância dos valores e direitos que nele encontram seu fundamento legitimador.

A Constituição da República assegura a todos os presos, sem exceção, o respeito à sua integridade física e moral, consoante proclama a declaração constitucional de direitos e garantias formalmente incorporada ao texto de nossa Lei Fundamental (art. 5º, inciso XLIX).

Também a Lei de Execução Penal expressamente prescreve que se impõe “ a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios ” (art. 40), cabendo advertir que “ Ao condenado e ao interno serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei ” (art. 3º, “ caput ”).

Na realidade, e como anteriormente assinali na presente decisão, o princípio da essencial dignidade da pessoa humana, considerada a centralidade desse postulado de fundamental importância ( CF, art. 1º, inciso III), rege, por inteiro, a execução penal, em ordem a preservar, em favor daquele sujeito à custódia do Estado, direitos básicos, entre os quais, em razão de sua inquestionável relevância, o direito de assistência à saúde e, também, o direito ao trabalho ( LEP, arts. 10, 11, II, e 14, c/c arts. 41 a 43).

Lapidar, nesse sentido, decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo consubstanciada em acórdão assim ementado:

“ ‘ HABEAS CORPUS ’ – EXECUÇÃO PENAL – VIOLAÇÃO AO DIREITO AO BANHO DE SOL DIÁRIO – ART. 52 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL – ART. 5º, XLIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – REGRAS DE MANDELA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM CONCEDIDA . 1 – Comprovação de que a unidade prisional estaria dispensando diariamente o período de 01 (uma) hora para banho de sol em sistema de rodízio entre as galerias. 2 – Art. 52 da LEP prevê que, no Regime Disciplinar Diferenciado, consistente em uma forma mais rigorosa de prisão, se garanta o

*banho de sol diário de 02 (duas) horas , óbvio se torna inferir que , em regimes normais , sem que haja prática de qualquer falta disciplinar , o banho de sol deveria ter duração igual ou até mesmo superior . 3 – O direito ao banho de sol está consagrado por todos os documentos internacionais de direitos humanos que tratam sobre execução penal e dos quais o Brasil é parte ( Regras de Mandela ) . 4 – A supremacia dos postulados da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial legitima a imposição , ao Poder Executivo , de medidas em estabelecimentos prisionais destinadas a assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral . 5 – Não afronta o princípio da separação de poderes decisão judicial que visa amenizar situação de grave violação da dignidade humana dos presos . 6 – Ordem concedida .”*

*( HC 100170051856/ES , Rel. Des. PEDRO VALLS FEU ROSA – grifei )*

*Ressalte-se , por relevante , que o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em primoroso julgado , reconheceu , em favor dos presos , o direito básico ao banho de sol , notadamente em atenção aos deveres impostos ao Estado brasileiro por sua legislação doméstica, pelas convenções internacionais que subscreveu ou a que aderiu e , em particular , ao julgamento do RE 592.581/RS:*

*“ AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Estabelecimento prisional sem estrutura para garantir banho de sol e exercícios ao ar livre aos presos – Direito fundamental dos encarcerados , reconhecido por normas nacionais e internacionais – Violação sistemática de direitos fundamentais que autoriza a intervenção judicial – Realização de obras e adoção de medidas para observância do direito dos encarcerados, no prazo de 6 meses, sob pena de multa – Reexame necessário e recurso voluntário providos em parte .”*

*( Apelação nº 1000542-32.2016.8.26.0457/Pirassununga , Rel. Des. REINALDO MILUZZI – grifei )*

*Idêntica orientação , por sua vez , foi adotada pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em magnífica decisão que proferiu a respeito do tema ora em exame:*

*“ AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro visando a compelir o Estado do Rio de Janeiro a implementar o banho de sol diário dos*

*detentos em suas unidades prisionais, por no mínimo 2 (duas) horas, em local adequado à prática de atividade física, na parte externa dos estabelecimentos penais . (...). ' Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos', adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente e Resolução nº 14 /1994 , do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que determinam seja garantido aos detentos o mínimo de 1 (uma) hora diária de prática de exercícios físicos em local adequado ao banho de sol. Ofícios das autoridades penitenciárias do Estado , acostados aos autos do processo, que revelam de forma incontestada que diversos estabelecimentos prisionais não observam a garantia mínima de banho de sol diário. Presentes os requisitos para a antecipação de tutela pleiteada, ante a prova inequívoca da continuada violação a direito dos detentos, o qual se traduz, inclusive, em violação ao direito fundamental à saúde e integridade física e psicológica . (...). RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO . "*

( Agravo de Instrumento nº 0014521-23.2015.8.19.0000, Rel. Des. PATRÍCIA RIBEIRO SERRA VIEIRA – grifei )

Observe-se , no ponto , que o magistério da doutrina , ao examinar a questão **pertinente** aos direitos **que assistem** aos condenados e aos presos provisórios ( **estes** sujeitos à privação *meramente* cautelar de sua liberdade), **adverte** , em especial sob a égide dos princípios da proporcionalidade e da humanidade , que **devem permanentemente conformar** a interpretação e aplicação das normas de execução penal, sobre o caráter simplesmente exemplificativo do rol de prerrogativas **constantes** da Lei de Execução Penal, **notadamente** do que prescrevem as cláusulas **fundadas** em seus arts. 40 e 41, **como assinalam** , entre outros autores ilustres , JULIO FABBRINI MIRABETE e RENATO N. FABBRINI ( " **Execução Penal** " , p. 126, item n. 41.16, 14ª ed., 2018, Atlas), MAURÍCIO KUEHNE ( " **Direito de Execução Penal** " , p. 27, 16ª ed., 2018, Juruá Editora), RODRIGO DUQUE ESTRADA ROIG ( " **Execução Penal – Teoria Crítica** " , p. 33/42, item n. 1.1., p. 87/92, item n. 1.10, p. 165/196, itens ns. 6.1 a 7.1, 4ª ed., 2018, Saraiva), **valendo destacar** , em face da extrema pertinência de suas observações , **a precisa lição** do eminente membro do Ministério Público paulista RENATO MARCAO ( " **Curso de Execução Penal** " , p. 70/71, item n. 2, 14ª ed., 2016, Saraiva):

*" É bem verdade que o art. 41 estabelece um vasto rol , onde estão elencados o que se convencionou denominar 'direitos do preso'.*

*Referida lista é apenas exemplificativa , pois não esgota , em absoluto, os direitos da pessoa humana, mesmo daquela que se encontra presa , e assim submetida a um conjunto de restrições.*

*Também em tema de 'direitos do preso' , a interpretação que se deve buscar é a mais ampla , no sentido de que tudo aquilo que não constitui restrição legal, decorrente da particular condição do encarcerado, permanece como direito seu .*

*Deve-se buscar , primeiro, o rol de restrições. O que nele não se inserir será permitido , e , portanto , direito seu ." ( grifei )*

O eminente Professor MIGUEL REALE JÚNIOR ( " Instituições de Direito Penal – Parte Geral " , p. 343, item n. 1.7, 3ª ed., 2009, Forense) bem identificou, em autorizado magistério, a " ratio " subjacente às cláusulas legais precedentemente por mim referidas:

*" Estas prescrições buscam impor à Administração o reconhecimento de que a perda da liberdade não significa a perda da dignidade como pessoa humana , mesmo dentro do mundo do cárcere . Desse modo, trata-se como pessoa o recluso, malgrado estigmatizado pela condenação e fazendo parte de um universo inatural de cunho marcadamente repressivo.*

*Desse modo , há um programa na legislação penal e de execução penal a ser cumprido para minimizar os malefícios próprios do cárcere, em especial, do regime fechado, em uma tentativa de humanizar e punir, tendo sempre por diretriz maior a dignidade da pessoa humana ." ( grifei )*

*As razões que venho de expor permitem-me afirmar , sem qualquer dúvida , que a injusta recusa da administração penitenciária em permitir o exercício do direito ao banho de sol a detentos recolhidos a pavilhões especiais, como os indicados na presente impetração, contrária , de modo frontal, como anteriormente destacado , as convenções internacionais de direitos humanos subscritas pelo Brasil e cuja aplicação é inteiramente legitimada pelo § 2º do art. 5º da Constituição da República.*

*Convém registrar , ainda , por relevante , que a norma ora referida traduz verdadeira cláusula geral de recepção que autoriza o reconhecimento de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem , segundo entendo , hierarquia constitucional , considerada a relevantíssima circunstância de que o preceito em questão viabiliza a incorporação , ao catálogo constitucional de direitos e garantias individuais*

, de outras prerrogativas e liberdades fundamentais, que passam a integrar , mediante subsunção ao seu conceito , o bloco de constitucionalidade .

No caso , a lesiva (e inadmissível) privação de banho de sol, que afeta os presos recolhidos aos pavilhões de medida preventiva de segurança pessoal e disciplinar, revela o crônico estado de inércia (e indiferença) do Poder Público em relação aos direitos e garantias das pessoas privadas de liberdade , esvaziando , em consequência , o elevado significado que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo , o postulado da dignidade da pessoa humana .

Constitui verdadeiro paradoxo reconhecer-se, de um lado, o “ direito à saída da cela por 2 ( duas ) horas diárias para banho de sol ” ( LEP , art. 52, IV), em favor de quem se acha submetido, por razões de “ subversão da ordem ou disciplina internas ” no âmbito penitenciário, ao rigorosíssimo regime disciplinar diferenciado ( RDD ) instituído pela Lei nº 10.792/2003 ( recrudescido pela Lei nº 13.964/2019), e negar , de outro , o exercício de igual prerrogativa de ordem jurídica a quem se acha recolhido a pavilhões destinados à execução de medidas disciplinares ordinárias (“ Pavilhão Disciplinar ”) e à proteção de detentos ameaçados (“ Pavilhão de Seguro ”), tal como ora denunciado , com apoio em consistentes alegações , pela douta Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Não se mostra demasiado rememorar , uma vez mais , em face de sua extrema pertinência, os fundamentos invocados pela autora deste “ writ ” constitucional no ponto em que demonstrou , de maneira adequada , as razões que evidenciam o caráter arbitrário e inaceitável da recusa manifestada pela administração penitenciária local na comarca de Martinópolis/SP que resultou na indevida supressão do banho de sol aos reclusos que ora figuram, neste processo de “ habeas corpus ” coletivo , como pacientes, valendo reproduzir , quanto a esse aspecto que constitui o próprio fundo da controvérsia em julgamento , os justos motivos em que se apoia a legítima pretensão deduzida pela Defensoria Pública paulista:

“ O banho de sol , além de beneficiar os ossos e o sistema imunológico (metabolização da vitamina ‘D’), regula a pressão arterial , e previne inúmeras doenças , a exemplo do diabetes tipo 2, doenças cardiovasculares e até alguns tipos de câncer (como os de mama, próstata, pulmão, intestino etc.), trata-se , em verdade, de uma oportunidade dada ao preso , a fim de que ele se movimente, conviva ”

com os demais detentos, **troque** experiências, **retire um pouco** o peso do confinamento e **pratique esportes** como forma de recreação e de manutenção da saúde.

**Como se sabe**, todas essas atividades sociais **resgatam a sua condição de pessoa inserida em sociedade** e contribuem para a manutenção de sua integridade física e, principalmente, psíquica. O reconhecimento e respeito irrestrito a todos os direitos fundamentais da pessoa presa são indispensáveis para o seu desenvolvimento individual e criação de uma execução criminal menos injusta.

**Assim, não se pode aceitar que o banho de sol** na Penitenciária de Martinópolis/SP **seja totalmente suprimido da rotina** dos presos **que se encontram** na ala de medida preventiva de segurança pessoal e disciplinar. (...).” (grifei)

**Vale referir**, em face da pertinência de que se reveste, **fragmento do parecer** do Ministério Público Federal **oferecido** no âmbito **deste** “*habeas corpus*”:

**“ E, quanto ao mérito, entendo ser caso de concessão da ordem, sendo confirmada a liminar deferida .**

**A Execução Penal é regida tanto pela Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), quanto pela Constituição Federal, que expressamente proíbe tratamentos desumanos ou degradantes e penas cruéis (art. 5º, incs. III e XLVII, ‘e’), além das regras incorporadas ao direito nacional por tratados internacionais de direitos humanos, que asseguram que ‘toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano’ (art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos) .**

**Os artigos 40 e 41 da LEP elencam alguns dos direitos a que fazem jus os presos condenados definitivos ou provisórios . Nos termos do art. 40, ‘impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios’. Sem dúvidas, uma das formas de garantir a manutenção da integridade física e psicológica do preso é o banho de sol diário, momento no qual os presos são retirados das celas e direcionados a alguma dependência ao ar livre .**

**Apesar de não estar expressamente elencado no rol do art . 41 da LEP , o banho de sol é uma importante medida não apenas como forma de recreação e interação entre os presos , mas principalmente de preservação de sua saúde física e mental . Sabe-se que o contato com a luz do sol é fundamental para garantir níveis saudáveis de vitamina D , prevenindo o desenvolvimento de doenças crônicas . Dessa forma , a**

falta de banho de sol , somado à ausência de ventilação e iluminação das celas do estabelecimento penal , representa risco concreto de danos à saúde dos detentos .

Além disso, o art. 52, IV, da Lei n. 7.210/84 , incluído pela Lei n. 10.792/03, expressamente garante ao preso submetido ao regime disciplinar diferenciado (RDD) o direito à saída da cela, por 2 (duas) horas diárias, para banho de sol . Ora , se mesmo ao preso submetido a medidas de reclusão mais severas , em razão de sua periculosidade e risco à segurança , é garantido o direito ao banho de sol diário , igual direito deve ser observado em relação aos demais detentos .

E, quanto à questão estrutural, relativa à ausência de local próprio ao banho de sol dos presos recolhidos nos pavilhões de medida preventiva de segurança pessoal e disciplinar, cabe à Administração Penitenciária encontrar soluções que melhor viabilizem a medida, com a logística adequada para garantir o direito ao banho de sol de todos os detentos ali recolhidos , estabelecendo horários, bem como o melhor trânsito destes dentro de suas dependências, como forma de garantir a segurança e a integridade física de todos." ( grifei )

Entendo , desse modo , que os fundamentos que venho de mencionar , conferem razão à parte ora impetrante.

Sendo assim , e em face das razões expostas , não conheço da presente impetração, mas concedo , de ofício , ordem de " habeas corpus " , para determinar à Administração da Penitenciária " Tacyan Menezes de Lucena " , em Martinópolis/SP, que adote providências que permitam assegurar , de modo efetivo , a todos os presos ( tanto os condenados quanto os provisórios ) , especialmente aos recolhidos nos pavilhões de medida preventiva de segurança pessoal (" Pavilhão de Seguro ") e disciplinar (" Pavilhão Disciplinar ") , o direito à saída da cela pelo período mínimo de 02 (duas) horas diárias para banho de sol .

Estendo , finalmente , de ofício , nos mesmos termos e observados os mesmos limites ora delineados neste acórdão, o benefício do banho de sol , por pelo menos 2 (duas) horas diárias , ora concedido nesta sede processual, a todos os internos que , independentemente do estabelecimento penitenciário a que se achem recolhidos , estejam expostos , objetivamente , a situação idêntica ou assemelhada à que motivou a concessão do presente " writ " constitucional.

É o meu voto .

*Plenário Virtual - minuta de voto - 02/10/2020 00:00*