

RECURSO ESPECIAL Nº 1.537.530 - SP (2014/0320774-0)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : DULCE ATALIBA NOGUEIRA LEITE E OUTRO(S) - SP112868

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. GARANTIA DE BANHO AQUECIDO AOS PRESOS. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. ARTS. 12 E 39, IX, DA LEI 7.210/1984 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL). TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. ART. 273, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 (ART. 300 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015). TUTELA DA EVIDÊNCIA (ART. 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015). SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DA TUTELA DE URGÊNCIA. ART. 4º DA LEI 8.437/1992 C/C O ART. 1º DA LEI 9.494/1997. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ALEGAÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E DE INCIDÊNCIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. MANIFESTO INTERESSE PÚBLICO REVERSO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. FATOS NOTÓRIOS E CONFESSADOS. SUSPENSÃO QUE VIOLA REQUISITOS LEGAIS OBJETIVOS PARA A CONCESSÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

HISTÓRICO DA DEMANDA

1. Trata-se de Recurso Especial contra acórdão que negou provimento a Agravo Regimental interposto contra decisão do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, que suspendeu liminar deferida nos autos de Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública estadual visando obrigar o Estado de São Paulo a disponibilizar, em suas unidades prisionais, equipamentos para banho dos presos em temperatura adequada ("chuveiro quente").
2. Alega a Defensoria Pública: a) segundo parecer da Doutora Mônica Corso Pereira, Presidente da Sociedade Paulista de Pneumologia e Fisiologia e Professora da Unicamp, banho frio pode gerar ou agravar uma série de doenças, sobretudo em Estados como o de São Paulo, em que a temperatura cai sobremaneira em certos períodos do ano; b) a Secretaria da Administração Penitenciária – SAP informa que, dos 99 estabelecimentos prisionais do Estado, apenas cinco dispõem de instalações adequadas de aquecimento de água para presos, e c) nas demais instituições prisionais, somente presos "faxina" (encarregados da limpeza), os que cuidam do preparo ou distribuição de alimentos e os confinados em celas de enfermaria têm acesso a banho quente. Já o Estado de São Paulo aduz, entre outros argumentos, que a instalação de chuveiros elétricos exigirá obras complexas e recursos financeiros, que são finitos, além de implicar riscos à ordem e à segurança dos presídios.
3. De acordo com a decisão do Presidente do Tribunal paulista, o pleito de suspensão dos efeitos da tutela antecipada se apoia basicamente no fundamento de que "a ordem judicial representa ameaça de grave lesão de difícil reparação" (e-STJ fl. 123), ao exigir obras e dispêndios financeiros da Fazenda Pública. A

providência foi deferida, porquanto estariam presentes "os requisitos ensejadores da intervenção desta Presidência para a suspensão da execução da decisão atacada".

4. Como se verá a seguir, na hipótese dos autos, contudo, não estão presentes os requisitos legais objetivos para a suspensão da tutela antecipada pelo Presidente do Tribunal. Ora, não se confunde grave lesão à ordem pública e à ordem econômica com dificuldades normais e superáveis da Administração (alocação de verbas) em cumprir decisão judicial de proteção de direitos humanos fundamentais. Ao contrário, o que se vislumbra, *em juízo preliminar e perfuntório da matéria*, é a possibilidade de se configurar grave lesão reversa à ordem, segurança e saúde públicas, caso mantida a decisão de suspensão da liminar.

NATUREZA INCONTROVERSA DO FATO (AUSÊNCIA DE BANHO QUENTE) QUE AMPARA A TUTELA DE URGÊNCIA NA PRIMEIRA INSTÂNCIA

5. É incontroversa – por notória e confessada – a situação fática de fundo (inexistência de banho quente nos estabelecimentos prisionais do Estado de São Paulo). Assim, no presente processo, somente *dois pontos jurídicos* da decisão recorrida do Presidente do Tribunal de Justiça serão considerados. Ambos embasaram o acórdão recorrido e são estritamente de direito. Estão atrelados, de modo direto, o juízo preliminar (que ao STJ sempre incumbe fazer) acerca da compatibilidade entre as razões de decidir explícitas ou implícitas utilizadas pelo Presidente do Tribunal e o estatuído nos dispositivos legislativos invocados. O primeiro refere-se à hipotética invasão pelo Judiciário de esfera exclusiva da Administração. Vale dizer, a decisão de primeiro grau invadiria o âmbito de políticas públicas, território insuscetível de sindicabilidade e controle judiciais (= definição de prioridades administrativas). O segundo gira em torno da natureza jurídica da higiene de pessoas custodiadas pelo Estado (direito, dever, ou nada disso).

RECURSO ESPECIAL E SUSPENSÃO DE LIMINAR OU SEGURANÇA: PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO

6. Em regra, o Superior Tribunal de Justiça entende que decisão que concede suspensão de liminar não se sujeita à censura de Recurso Especial, já que ostenta juízo político. Nesse sentido: AgRg no REsp 957.825/CE, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe de 13/9/2013.

7. O caso concreto, no entanto, é peculiar, por ferir triplamente aspectos existenciais da textura íntima de direitos humanos substantivos. Primeiro, porque se refere à dignidade da pessoa humana, naquilo que concerne à integridade física e mental a todos garantida. Segundo, porque versa sobre obrigação inafastável e imprescritível do Estado de tratar prisioneiros como pessoas, e não como animais. Por mais grave que seja o ilícito praticado, não perde o infrator sua integral condição humana. Ao contrário, negá-la a um, mesmo que autor de crime hediondo, basta para retirar de todos nós a humanidade de que entendemos ser portadores como parte do mundo civilizado. Terceiro, porque o encarceramento configura pena de restrição do direito de liberdade, e não salvo-conduto para a aplicação de sanções extralegais e extrajudiciais, diretas ou indiretas. Quarto, porque, em presídios e lugares similares de confinamento, ampliam-se os deveres estatais de proteção da saúde pública e de exercício de medidas de assepsia pessoal e do ambiente, em razão do risco agravado de enfermidades,

consequência da natureza fechada dos estabelecimentos, propícia à disseminação de patologias.

8. Em síntese, ofende os alicerces do sistema democrático de prestação jurisdicional admitir que decisão judicial, relacionada à essência dos direitos humanos fundamentais, não possa ser examinada pelo STJ sob o argumento de se tratar de juízo político. Quando estão em jogo aspectos mais elementares da dignidade da pessoa humana (um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil – expressamente enunciado na Constituição, logo em seu art. 1º) impossível subjugar direitos indisponíveis a critérios outros que não sejam os constitucionais e legais.

NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ

9. A Súmula 7/STJ não constitui obstáculo ao conhecimento do Recurso Especial sob análise, pois desnecessário revolver matéria fática. Pelo lado da pretensão manifestada na Ação Civil Pública, temos *atos notórios*, que, como tais, independem de prova, consoante enuncia hoje o art. 374, I, do CPC/2015 e o fazia o art. 334, I, do CPC/1973. É notório que, pelo menos durante quatro meses do ano, em São Paulo, e, às vezes até durante o verão, ocorrem baixas temperaturas. Se assim é e se incontroverso que o Estado de São Paulo não disponibiliza banho quente para a maioria da população carcerária, estamos realmente diante de desrespeito, não individual, mas massificado, a direitos humanos.

10. Por outro lado, a sucinta argumentação do acórdão recorrido não aponta elementos concretos hábeis a demonstrar o preenchimento dos requisitos *normativos* para a suspensão da liminar, previstos no art. 4º da Lei 8.437/1992. A decisão recorrida não está fundada em análise de prova produzida, mas apenas na verossimilhança de argumentos apresentados pela Fazenda.

REGIME LEGAL DA HIGIENE PESSOAL DOS PRESOS

11. Mais do que privilégio ou leniência do sistema punitivo estatal, a higiene pessoal representa expediente de proteção de todos os presos, dos funcionários, dos voluntários sociais e religiosos, e dos familiares visitantes. Essa a razão para a Lei de Execução Penal atribuir filiação dúplice a "higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento", simultaneamente como direito e dever do condenado (art. 39, IX, da Lei 7.210/1984).

12. Além disso, a legislação impõe ao Estado o dever de garantir assistência material ao preso e ao internado, nela incluída "instalações higiênicas" (Lei 7.210/1984, art. 12), expressão que significa disponibilidade física casada com efetiva possibilidade de uso. Assim, não basta oferecer banho com água em temperatura polar, o que transformaria higiene pessoal em sofrimento ou, *contra legem*, por ir além da pena de privação de liberdade, caracterizaria castigo extralegal e extrajudicial, consubstanciando tratamento carcerário cruel, desumano e degradante.

13. Finalmente, as *Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos*, promulgadas pelas Nações Unidas (*Regras de Mandela*), dispõem que "Devem ser fornecidas instalações adequadas para banho", exigindo-se que seja "na temperatura apropriada ao clima" (Regra 16, grifo acrescentado, cf. publicação do Conselho Nacional de Justiça, com o título "Regras de Mandela"). Irrelevante, por óbvio, que o texto não faça referência expressa a "banho quente".

14. Correto, portanto, o juiz de primeira instância quando, na decisão de concessão da tutela antecipada, concluiu que "submeter os presos a banhos frios,

sobretudo no inverno, segundo respeitado parecer médico juntado com a inicial, desencadeia ou agrava uma série de doenças. E, pior, segundo levantamento do CNJ, a maioria dos estabelecimentos penais não possuem médicos e enfermeiros em todos os períodos" (e-STJ, fl. 57)

15. Assim, patente a presença de todos os elementos para a concessão de tutela antecipada, decisão de primeiro grau, aliás, em harmonia com precedentes do STJ, citado pela petição inicial da Defensoria Pública: "A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário" (REsp 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/9/2009). Na mesma linha, outro precedente mencionado, este do Supremo Tribunal Federal: "O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível" (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.4.2004). Por isso, impõe-se restabelecer a integralidade da decisão de primeiro grau.

16. Eventuais dificuldades técnicas particulares insuperáveis, relacionadas a estabelecimentos específicos, que impeçam o oferecimento de banho quente, poderão ser submetidas ao próprio juiz de primeiro grau, a quem caberá apreciar a necessidade, ou não, de modificação do prazo que fixou, bem como os contornos e a extensão da sua decisão.

CONCLUSÃO

17. Recurso Especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: ""A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Dr(a). RAFAEL RAMIA MUNERATTI, pela parte RECORRENTE:
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Dr(a). MICHELLE NAJARA APARECIDA SILVA (Procurador do Estado),
pela parte RECORRIDA: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PRONUNCIAMENTO ORAL DA SUBPROCURADORA-GERAL DA
REPÚBLICA, Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA"

Brasília, 27 de abril de 2017(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.537.530 - SP (2014/0320774-0)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : DULCE ATALIBA NOGUEIRA LEITE E OUTRO(S) - SP112868

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial contra acórdão que negou provimento a Agravo Regimental interposto contra decisão do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, que suspendeu liminar deferida nos autos de Ação Civil Pública ajuizada pela Defensoria Pública estadual, por meio de minuciosa petição inicial subscrita pelos Doutores Patrick Lemos Cacicedo e Bruno Shimizu, visando obrigar o Estado de São Paulo a disponibilizar, em suas unidades prisionais, equipamentos para banho dos presos em temperatura adequada ("chuveiro quente").

De acordo com a decisão (fls. 123-127) do Presidente do Tribunal paulista, eminente Desembargador Ivan Sartori, o pleito do Estado de São Paulo de suspensão dos efeitos da tutela antecipada se apoia basicamente no fundamento de que "a ordem judicial representa ameaça de grave lesão de difícil reparação" (e-STJ, fl. 123), ao exigir obras e dispêndios financeiros da Fazenda Pública. A providência foi deferida, porquanto estariam presentes "os requisitos ensejadores da intervenção desta Presidência para a suspensão da execução da decisão atacada".

O acórdão do órgão especial tem a seguinte ementa:

Agravo Regimental — Deferimento do pedido de suspensão dos efeitos da tutela antecipada concedida em ação civil pública — Existência de perigo de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas — Agravo não provido.

Rejeitaram-se os Embargos Declaratórios opostos (fls. 436-438).

O Recurso Especial foi interposto com base nas alíneas "a" e "c" do art. 105 da Constituição. Sustenta-se haver dissídio jurisprudencial em relação ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Tutela Antecipada 466/PR e negativa de vigência ao art. 4º,

Superior Tribunal de Justiça

caput, da Lei 8.437/1992.

Alega a Defensoria Pública: a) segundo parecer da Doutora Mônica Corso Pereira, Presidente da Sociedade Paulista de Pneumologia e Fisiologia e Professora da Unicamp, banho frio pode gerar ou agravar uma série de doenças, sobretudo em Estados como o de São Paulo, em que a temperatura cai sobremaneira em certos períodos do ano; b) a Secretaria da Administração Penitenciária – SAP informa que, dos 99 estabelecimentos prisionais do Estado, apenas cinco dispõem de instalações adequadas de aquecimento de água para presos; e c) nas demais instituições prisionais, somente presos "faxina" (encarregados da limpeza), os que cuidam do preparo ou distribuição de alimentos e os confinados em celas de enfermaria têm acesso a banho quente. Acrescenta, ademais, que o acórdão invadiu a esfera do Agravo de Instrumento e que "houve confusão quanto aos limites do expediente de suspensão e matéria jurídica, na medida em que não se coloca em nenhum momento de que forma haveria lesão à ordem e à segurança, mas apenas infere-se que haveria dificuldades pela Administração no cumprimento da ordem judicial" (fl. 471).

O Estado de São Paulo apresentou resposta às fls. 544-563, afirmando que o recurso encontra obstáculo na Súmula 7/STJ; que, nos termos da Súmula 735/STF, é descabida a interposição de Recurso Especial contra decisões relativas à suspensão de liminares e tutelas antecipadas; que inexistente obstáculo ao ajuizamento concomitante de Agravo de Instrumento e Pedido de Suspensão; e que não há similitude fática entre o caso em tela e o acórdão paradigma. Quanto ao mérito da demanda na origem, alega, entre outros argumentos, que a instalação de chuveiros elétricos exigirá obras complexas e recursos financeiros, que são finitos, além de implicar riscos à ordem e à segurança dos presídios.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.537.530 - SP (2014/0320774-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): O recurso merece provimento.

Dispõe o art. 4º da Lei 8.437/1992:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

§ 2º O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas.

§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição.

§ 4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 5º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 7º O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

§ 9º A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.

Na hipótese dos autos, não estão presentes os requisitos legais objetivos para a suspensão da tutela antecipada pelo Presidente do Tribunal. Ora, não se confunde grave lesão

à ordem pública e à ordem econômica com dificuldades normais e superáveis da Administração (alocação de verbas) em cumprir decisão judicial de proteção de direitos humanos fundamentais. Ao contrário, o que se vislumbra, *em juízo preliminar e perfuntório da matéria*, é a possibilidade de se configurar grave lesão reversa à ordem, segurança e saúde públicas, caso mantida a decisão de suspensão da liminar. Daí o acerto da decisão muito bem fundamentada do juiz de direito, Doutor Doutor Adriano Marcos Laroca.

1. Natureza incontroversa do fato (ausência de banho quente) que ampara a tutela de urgência na primeira instância

É incontroversa – por notória e confessada – a situação fática de fundo (inexistência de banho quente nos estabelecimentos prisionais do Estado de São Paulo). Assim, no presente processo, somente *dois pontos jurídicos* da decisão recorrida do Presidente do Tribunal de Justiça serão considerados. Ambos embasaram o acórdão ora recorrido e são estritamente de direito. Estão atrelados, de modo direto, o juízo preliminar e perfuntório (que ao STJ sempre incumbe fazer) quanto à compatibilidade entre as razões de decidir explícitas ou implícitas utilizadas pelo Presidente do Tribunal e o estatuído nos dispositivos legislativos invocados. O primeiro refere-se à hipotética invasão pelo Judiciário de esfera exclusiva da Administração. Vale dizer, a decisão de primeiro grau se situaria no terreno de políticas públicas insuscetíveis de sindicabilidade e controle judiciais (= definição de prioridades administrativas). O segundo gira em torno da natureza jurídica da higiene de pessoas custodiadas pelo Estado (direito, dever, ou nada disso).

Em rigor, considerando-se a premissa irrefutável de inexistência de banho quente, caso se aplicasse a nova sistemática processual à demanda, a situação dos autos, em primeira instância, se encaixaria simultaneamente em *tutela provisória de urgência* (art. 300, diante de probabilidade do direito e de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo) e em *tutela provisória de evidência* (art. 311, I e IV, em face de manifesto propósito protelatório do réu e da não oposição de prova capaz de gerar dúvida razoável, o que bem demonstra a possibilidade de sobreposição e confluência *in concreto* das duas modalidades de tutela provisória.

2. Considerações gerais sobre a natureza de juízo político da suspensão de eficácia de liminar ou segurança

A suspensão da eficácia de liminar ou segurança, embora longe de constituir modalidade recursal (típica ou atípica), na prática acaba imprópria e, aqui e acolá, ilegitimamente, por fazer as vezes de recurso. A *ratio essendi* do instituto não afronta, em si ou em tese, os fundamentos do Estado de Direito, que tem na prevalência do interesse público um dos seus pilares. Se assim é, lógico e necessário que o legislador estabeleça mecanismos, inclusive processuais e pragmáticos, de garantia do bem comum, fragmentado em nichos de valor ético-jurídico do tipo "ordem", "saúde", "segurança", "economia" públicas. À luz da jurisprudência do STJ e do STF, portanto, afasta-se da suspensão a pecha de via que, de plano, haverá de se ter como intrínseca e inevitavelmente contrária aos alicerces mais profundos do ordenamento. Claro, constitucionalidade, legalidade e compatibilidade com o Estado de Direito essas que dependem dos contornos e limites impostos ao instrumento pelo legislador e do cumprimento integral e rigoroso, pelo prolator da decisão, dos requisitos e cautelas procedimentais que da suspensão se exijam.

Não obstante essa legitimidade original, em nada incondicional, a suspensão transformou-se em espécie de *bête noire* da processualística e experiência judicial brasileiras, em razão de uso heterodoxo e abusivo no cotidiano dos Tribunais. Nela se enxergam pelo menos três pontos de *modificação anômala* do princípio do *due process* (ordem natural do processo) e do princípio do juiz natural. Primeiro, a constatação objetiva de que o instituto atropela, por meio de decisão monocrática do Presidente do Tribunal, o rito próprio e a cognição comum dos recursos. Segundo, o sentimento de que a suspensão abate a distribuição livre e aleatória a Desembargador ou Ministro integrante de órgão colegiado. Tal imprevisão visa precisamente assegurar (tirante casos como o de prevenção) a ignorância prévia da identidade do relator pelas partes, desconhecimento esse que amplia a garantia de imparcialidade ao dificultar, entre outros males possíveis, a forte tentação de *forum shopping* interno. Terceiro, a suspensão por vezes invade o terreno da matéria de fundo, revendo o

Superior Tribunal de Justiça

próprio mérito da demanda, em evidente supressão e assenhoreamento indevido de instância recursal de outrem.

Na prática dos Tribunais, às vezes sucede de a contracautela ostentar apenas aparência de incidência no plano da eficácia de pronunciamentos judiciais inferiores, ocorrência incapaz de disfarçar pretensão recursal de fato, exceto no nome. Situação mais atípica ainda quando o ente público desiste de agravo interposto contra a decisão que se pretende suspender, comportamento processual de alto risco que explicita o desejo de, por meio de instrumento excepcional, atribuir ao Presidente do Tribunal poder de invadir e apropriar-se irregularmente da cognição essencialmente de mérito. Aqui, vale mencionar que, segundo a Defensoria Pública, o Estado de São Paulo desistiu de agravo interposto, alegação não contestada.

Logo, a suspensão de liminar ou segurança deve ser vista e utilizada como *via absolutamente excepcional*, de rígida vinculação aos *núcleos legais duros* autorizativos previstos na legislação ("ordem", "saúde", "segurança", "economia" públicas), que devem ser interpretados de maneira estrita, sendo vedada dilatação ou afrouxamento das hipóteses de cabimento ou de legitimação, p. ex., para ampliar o rol dos legitimados ativos legalmente estabelecidos (o "Ministério Público" e a "pessoa jurídica de direito público interessada") ou, no mérito, para se distanciar dos valores ético-jurídicos legitimadores da medida. Esses reclamam dupla fundamentação, ou seja, primeiro, "manifesto interesse público" ou "flagrante ilegalidade" e, segundo, cumulativamente, a finalidade específica de evitar (prevenção) "lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas", lesão em si (e não o risco em si) que deve ser "grave" (art. 4º da Lei 8.437/1992). Por tudo isso, a decisão do Presidente do Tribunal clama por fundamentação de máxima intensidade, com imediato trâmite e julgamento de eventual recurso interposto.

Tecnicamente falando, portanto, apesar da inexata e infeliz terminologia jurisprudencial e doutrinária predominante, não se trata propriamente de *juízo político*. Jurisdição se exerce a partir de parâmetros e conteúdo valorativo preestabelecidos na legislação, o que, na lógica e no discurso jurídicos do Estado de Direito, implica *juízo de legalidade e juízo de constitucionalidade* e, com amparo neles, *decisão jurisdicional*.

No coração do Estado de Direito, como a própria expressão indica, encontra-se o império das normas (regras e princípios) de Direito, regido só por elas – não mais nem menos que por elas. É a submissão total do Estado a exigências e comandos previamente estatuídos, afastadas considerações de natureza casuística, a rejeição da fórmula do "*L'État, c'est moi*", típica de modelos estatais ultrapassados e abominados, nos quais se admite que de magistrados possam advir juízos *praeter legem* (políticos, p. ex.), em vez de juízos de direito, fenômeno mais grave se a "politização" opera para fragilizar ou inviabilizar direitos humanos fundamentais.

Mesmo compreendido como *juízo de legalidade* ou *juízo de constitucionalidade*, ainda assim a suspensão de liminar ou segurança há de se utilizar com elevada prudência, em obediência à sua excepcionalidade. Do contrário, inverte-se a ordem natural e democrática do sistema jurídico e do processo, em que aos juízes incumbe emitir juízos técnico-legais, e aos outros Poderes, juízos políticos. Por isso, as suas hipóteses de cabimento, sobretudo quando em debate interesses e direitos de caráter não financeiro, devem ser interpretadas restritivamente, pois importam desvio da ordem própria, fronteiras e *due process* das várias instâncias jurisdicionais.

3. Recurso Especial e suspensão de liminar ou segurança: peculiaridades do caso concreto

Em regra, o Superior Tribunal de Justiça entende que a decisão que concede suspensão de liminar não se sujeita à censura do Recurso Especial, já que o pedido de suspensão ostenta juízo político. Nesse sentido: AgRg no REsp 957.825/CE, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe de 13/9/2013.

O caso concreto é peculiar, por ferir triplamente aspectos existenciais da textura íntima de direitos humanos substantivos. Primeiro, porque se refere à dignidade da pessoa humana, naquilo que concerne à integridade física e mental a todos garantida. Segundo, porque versa sobre obrigação inafastável e imprescritível do Estado de tratar prisioneiros como pessoas, e não como animais. Por mais grave e hediondo que seja o crime praticado, não

perde o infrator a sua condição humana inalienável e imprescritível. Ao contrário, negá-la a um, mesmo que autor de crime hediondo, basta para retirar de todos nós a humanidade de que entendemos ser portadores como integrantes do mundo civilizado. Terceiro, porque o encarceramento configura pena de restrição do direito de liberdade, e não salvo-conduto para a aplicação de sanções extralegais e extrajudiciais, diretas ou indiretas, sobretudo quando não passarem de tortura disfarçada. Quarto, porque em presídios e lugares similares de confinamento se ampliam os deveres estatais de proteção da saúde pública e de exercício de medidas de assepsia pessoal e do ambiente, em razão do risco agravado de enfermidades, consequência da natureza fechada dos estabelecimentos prisionais, propícia à disseminação de patologias.

Numa palavra, ofende os alicerces do sistema democrático de prestação jurisdicional admitir que decisão judicial, relacionada à essência dos direitos humanos fundamentais, não possa ser examinada pelo STJ sob o argumento de se tratar de juízo político. Quando estão em jogo direitos e interesses individuais e supraindividuais associados aos aspectos mais elementares da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil – expressamente enunciado na Constituição, logo em seu art. 1º –, impossível subjugar direitos indisponíveis a critérios outros que não sejam os constitucionais e legais.

4. Não incidência da Súmula 7/STJ

A Súmula 7/STJ não constitui obstáculo ao conhecimento do Recurso Especial sob análise, pois desnecessário revolver matéria fática. Pelo lado da pretensão manifestada na Ação Civil Pública, temos *atos notórios*, que, como tais, independem de prova, cósente enuncia hoje o art. 374, I, do CPC/2015 e o fazia o art. 334, I, do CPC/1973. É notório que, pelo menos durante quatro meses do ano, em São Paulo, e, às vezes até durante o verão, ocorrem baixas temperaturas. Se assim é e se incontroverso que o Estado de São Paulo não disponibiliza banho quente para a maioria da população carcerária, estamos realmente diante de desrespeito, não individual, mas massificado, a direitos humanos.

Por outro lado, a sucinta argumentação do acórdão recorrido não aponta fatos concretos hábeis a demonstrar o preenchimento dos requisitos *normativos* para a suspensão da liminar, previstos no art. 4º da Lei 8.437/1992. A decisão recorrida não está fundada em análise de prova produzida, mas apenas na verossimilhança de argumentos apresentados pela Fazenda.

5. Direitos humanos fundamentais e discricionariedade administrativa

A decisão de primeiro grau de antecipação de tutela está lastreada em sólidos argumentos jurídicos, tanto no plano normativo nacional e internacional, como na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Evidentemente, aqui não se julga o mérito da demanda. De toda a sorte, importante deixar assentado, no plano estritamente abstrato, um ponto pacificado no Superior Tribunal de Justiça (mínimo existencial e discricionariedade administrativa) e outro, de feição normativa (a previsão legal de banho quente).

Ao contrário do que indica a decisão recorrida, respeitar ou não direitos humanos fundamentais não constitui opção política incluída no vasto domínio da discricionariedade administrativa (critérios de conveniência e oportunidade), pois o Estado de Direito se consolidou exatamente por atribuir prioridade máxima a tais valores, considerados fundadores do processo civilizatório.

Querer afastar a incidência concreta de direitos humanos fundamentais, típicos do mínimo existencial, do núcleo intocável da dignidade humana, a pretexto de dificuldades orçamentárias, significa liberar sua violação pelo próprio Estado, aproveitando-se da meia-luz de argumentos tão falaciosos como frágeis, sobretudo quando brandidos pela unidade federativa mais rica do País.

Assegurar a dignidade de presos sob custódia do Estado dispara a aplicação não do princípio da *reserva do possível*, mas do aforismo da *reserva do impossível* (= reserva de intocabilidade da essência), ou seja, manifesto interesse público reverso, considerando-se que a matéria se inclui no núcleo duro dos direitos humanos fundamentais, expressados em deveres constitucionais e legais indisponíveis, daí marcados pela vedação de

descumprimento estatal, seja por ação, seja por omissão. Conseqüentemente, impróprio retirar do controle do Judiciário tais violações gravíssimas, pois equivaleria a afastar o juiz de julgar ataques diretos ou indiretos aos pilares centrais do ordenamento jurídico.

6. Regime legal da higiene pessoal dos presos

Mais do que privilégio ou leniência do sistema punitivo estatal, a higiene pessoal representa expediente de proteção de todos os presos, dos funcionários, dos voluntários sociais e religiosos, e dos familiares visitantes. Essa a razão para a Lei de Execução Penal atribuir filiação dúplex a "higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento", simultaneamente como direito e dever do condenado (art. 39, IX, da Lei 7.210/1984).

Além disso, a legislação impõe ao Estado o dever de garantir assistência material ao preso e ao internado, nela incluídas as "instalações higiênicas" (Lei 7.210/1984, art. 12), expressão que significa disponibilidade física casada com efetiva possibilidade de uso. Assim, não basta oferecer banho com água em temperatura polar, o que transformaria higiene pessoal em sofrimento ou, *contra legem*, por ir além da pena de privação de liberdade, caracterizaria castigo extralegal e extrajudicial, consubstanciando tratamento carcerário cruel, desumano e degradante.

Finalmente, as *Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos*, promulgadas pelas Nações Unidas (*Regras de Mandela*), dispõem que "devem ser fornecidas instalações adequadas para banho", exigindo-se que seja "na temperatura apropriada ao clima" (Regra 16, grifo acrescentado, cf. publicação do Conselho Nacional de Justiça, com o título "Regras de Mandela"). Irrelevante, por óbvio, que o texto não faça referência expressa a "banho quente".

Corretíssimo, portanto, o juiz de primeira instância, Doutor Adriano Marcos Laroca, quando, na decisão de concessão da tutela antecipada, concluiu que "submeter os presos a banhos frios, sobretudo no inverno, segundo respeitado parecer médico juntado com

a inicial, desencadeia ou agrava uma série de doenças. E, pior, segundo levantamento do CNJ, a maioria dos estabelecimentos penais não possuem médicos e enfermeiros em todos os períodos" (e-STJ, fl. 57).

Assim, patente a presença de todos os elementos para a concessão de tutela antecipada, decisão de primeiro grau, aliás, em harmonia com precedentes do STJ, citado pela petição inicial da Defensoria Pública: "A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário" (REsp 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/9/2009). Na mesma linha, outro precedente citado, este do Supremo Tribunal Federal: "O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível" (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.4.2004).

7. Conclusão

Inexiste na legislação brasileira, porque seria frontalmente inconstitucional, concessão desenfreada a presidentes de Tribunais do poder de suspender decisões judiciais de instâncias inferiores. Os critérios estão estabelecidos na própria lei (risco à "ordem", "saúde", "segurança", "economia" públicas, entre outros). Acrescente-se que, quando a demanda cuidar de violação a direitos humanos, eventual suspensão requer *hipermotivação*.

O que há no caso concreto é o oposto dos fundamentos legais para a suspensão de liminar: é um *periculum in mora* reverso, perigo de continuidade de lesão aos direitos humanos. Assim, não estão presentes os elementos que dariam sustentabilidade jurídica à suspensão. Deve, em consequência, ser restaurada a integralidade da decisão de primeiro grau.

Eventuais dificuldades técnicas particulares insuperáveis, relacionadas a estabelecimentos específicos, que impeçam, em absoluto, o oferecimento de banho quente,

Superior Tribunal de Justiça

poderão ser submetidas ao próprio juiz de primeiro grau, a quem caberá apreciar, caso a caso, a necessidade, ou não, de modificação do prazo que fixou, bem como os contornos e a extensão da sua decisão.

Ante o exposto, **conheço do Recurso Especial e dou-lhe provimento.**

É como **voto.**



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2014/0320774-0 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.537.530 / SP**

Números Origem: 02039057820138260000 20140000035961 20140000311864 2039057820138260000 21475

PAUTA: 15/12/2016

JULGADO: 15/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **SANDRA VERÔNICA CUREAU**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : DULCE ATALIBA NOGUEIRA LEITE E OUTRO(S) - SP112868

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Garantias
Constitucionais

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2014/0320774-0 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.537.530 / SP**

Números Origem: 02039057820138260000 20140000035961 20140000311864 2039057820138260000 21475

PAUTA: 16/03/2017

JULGADO: 16/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MARIO LUIZ BONSGLIA**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : DULCE ATALIBA NOGUEIRA LEITE E OUTRO(S) - SP112868

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Garantias
Constitucionais

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Retirado de Pauta por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

RECURSO ESPECIAL Nº 1.537.530 - SP (2014/0320774-0)

VOTO

MINISTRA ASSULETE MAGALHÃES: Senhores Ministros, este é um caso que me sensibiliza. Havia lido esse voto, quando o processo veio a julgamento, pela primeira vez, e o reli hoje. Ouvi, atentamente, ambas as sustentações orais. Confesso que me sensibilizou especialmente a sustentação oral, feita pela Defensoria Pública da União. Todos sabemos que não seria razoável exigir-se que os detentos das prisões de São Paulo – uma cidade onde é notório que imperam baixas temperaturas – tomassem banho frio, à temperatura ambiente.

Vi, de início, dificuldade de conhecimento do recurso, porque o Juízo de 2º Grau exerceu um juízo político. Ocorre que a decisão do Presidente, que suspendeu a medida antecipatória concedida, sequer menciona quais daqueles pressupostos políticos, previstos no art. 4º da Lei 8.437, justificariam o deferimento dessa suspensão. Isso me impressionou. Em uma situação tão relevante como esta, conclui a decisão simplesmente dizendo: "presentes, assim, os requisitos ensejadores da intervenção dessa Presidência, para suspensão da execução da decisão atacada". Sequer se esclarece se trataria de ofensa à ordem pública, à segurança, à economia, como aqui sustentou a Procuradora do Estado de São Paulo. Isso não consta da decisão, que li, por duas vezes.

Efetivamente, também adoto a postura ortodoxa, como diz o Ministro Mauro Campbell Marques, quanto ao conhecimento de recursos, em matéria dessa natureza, já que o STJ exerce, no âmbito do Recurso Especial, um juízo de legalidade, enquanto que, nessas hipóteses, o Presidente do Tribunal exerce um juízo meramente político. Mas, em face dos termos em que foi colocada a decisão que suspendeu a medida antecipatória, que me parece não suficientemente fundamentada, vou, em face da excepcionalidade do caso, acompanhar o eminente Relator, que provê o recurso, para restaurar a decisão de 1º Grau, sem prejuízo, evidentemente, de que aquele Juízo delibere quanto ao assunto, inclusive, que altere aquela decisão, na medida em que tenham ocorrido eventuais fatos novos, que ensejem modificação daquela decisão, mormente, quanto ao prazo. Evidentemente, quando foi deferida a suspensão, não havia decorrido o prazo de seis meses. Por isso, não se poderia dizer que o Estado de São Paulo estaria a descumprir a decisão, no prazo que lhe fora fixado. A decisão foi deferida em novembro de 2013, e, logo após, em 2 de dezembro de 2013, foi ela suspensa.

Com essas considerações, vou acompanhar o eminente Relator, em face da excepcionalidade do caso. Efetivamente, de fato – e me parece, a princípio, que esse prazo é curto –, nesse prazo, o Estado de São Paulo poderá dizer se tem condição de cumprir a decisão, nesse presídio. Pode não tê-lo, para cumpri-la em todos. Mas não houve sequer prazo para que o Estado de São Paulo se manifestasse, nesse ponto. A decisão foi suspensa, cerca de um mês após a sua prolação.

Diante disso e com essas considerações, de maneira absolutamente

Superior Tribunal de Justiça

excepcional, acompanho o eminente Relator e, nesse passo, quero cumprimentar ambos os advogados, pelas sustentações orais, especialmente a sustentação oral da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que, efetivamente, impressionou-me. Ouvi atentamente ambas as sustentações e li, duas vezes, a decisão do Presidente do Tribunal, para que formasse meu convencimento, em face da excepcionalidade da situação, em sentido absolutamente contrário ao da jurisprudência que tem sido ordinariamente aplicada, no âmbito deste Tribunal.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2014/0320774-0 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.537.530 / SP**

Números Origem: 02039057820138260000 20140000035961 20140000311864 2039057820138260000 21475

PAUTA: 27/04/2017

JULGADO: 27/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MÔNICA NICIDA GARCIA**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : DULCE ATALIBA NOGUEIRA LEITE E OUTRO(S) - SP112868

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Garantias
Constitucionais

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **RAFAEL RAMIA MUNERATTI**, pela parte RECORRENTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Dr(a). **MICHELLE NAJARA APARECIDA SILVA**(Procurador do Estado), pela parte RECORRIDA: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PRONUNCIAMENTO ORAL DA SUBPROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA, Dra. **MÔNICA NICIDA GARCIA**

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.