

**MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 172.136 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. CELSO DE MELLO**  
**PACTE.(S)** : PESSOAS PRESAS NOS PAVILHÕES DE MEDIDA PREVENTIVA DE SEGURANÇA PESSOAL E DISCIPLINAR DA PENITENCIÁRIA "TACYAN MENEZES DE LUCENA" EM MARTINÓPOLIS - SP  
**IMPTE.(S)** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADV.(A/S)** : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**COATOR(A/S)(ES)** : RELATORA DO HC Nº 269.265 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EMENTA:** **1. O caso em julgamento:** formulação de *tutela cautelar*. **2. A questão do “*habeas corpus*” coletivo como instrumento constitucional de defesa de direitos individuais homogêneos.** **3. O sistema penitenciário brasileiro:** *expressão visível* (e lamentável) **de um anômalo “estado de coisas inconstitucional”.** **4. Democracia constitucional, proteção dos grupos vulneráveis (integrados, no caso, por pessoas que compõem o universo penitenciário) e função contramajoritária** do Supremo Tribunal Federal *no exercício de sua jurisdição constitucional*. **5. Legitimidade do controle jurisdicional** das políticas públicas, *inclusive em matéria penitenciária, e a reserva do possível*. **6. Escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas”:** um dilema que se resolve **pela preponderância** do *“mínimo existencial”*. **7. O direito à saída da cela por 02 (duas) horas diárias para banho de sol como prerrogativa inafastável de todos aqueles**

HC 172136 MC / SP

que compõem o universo penitenciário brasileiro, mesmo em favor daqueles sujeitos ao regime disciplinar diferenciado (LEP, art. 52, IV). **8. Conclusão: concessão de medida cautelar.**

– **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 Estado brasileiro, agindo com absoluta indiferença em relação à gravidade da questão**

HC 172136 MC / SP

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 (CF, art. 1º, III).

– 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, 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.

– A cláusula da reserva do possível é ordinariamente invocável naquelas hipóteses

HC 172136 MC / SP

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.

**DECISÃO:**

1. O caso em julgamento: formulação de tutela cautelar.

**Trata-se** de “*habeas corpus*” **coletivo**, com pedido de medida liminar, **impetrado** contra decisão que, **emanada** de eminente Ministra do E. Superior Tribunal de Justiça **em sede de outra** ação de “*habeas corpus*” (**HC 269.265/SP**), **não conheceu** do “*writ*” lá ajuizado.

**Busca-se**, *nesta sede cautelar*, em caráter principal, **seja garantido** às pessoas presas e recolhidas **aos pavilhões** de medida preventiva de segurança pessoal e disciplinar **na Penitenciária “Tacyan Menezes de Lucena”**, **na comarca** de Martinópolis/SP, **o direito** “(...) *ao Banho de sol, diariamente, pelo mesmo período que os demais presos, mas nunca menos do que duas horas*” (**grifei**).

HC 172136 MC / SP

**A Defensoria Pública** do Estado de São Paulo, **após haver constatado**, em visita a esse estabelecimento penitenciário, **que os pacientes recolhidos** aos pavilhões de medida preventiva de segurança pessoal e disciplinar **não tinham, como continuam a não ter, “direito ao banho de sol”**, **postula amparo jurisdicional em favor de direitos individuais homogêneos titularizados** por reclusos, **com o objetivo de, mediante tutela coletiva, fazer cessar** situação altamente lesiva ao seu *“status libertatis”* e, **também, de impor** à administração penitenciária local **a imediata implementação** de medidas que, **fundadas em cláusulas mandatórias inscritas na legislação brasileira e em convenções internacionais – como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigos 7º, 10, n. 3, e 26), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Artigos 1º, 2º, 11 e 16, n. 1), a Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigos 5º, ns. 1, 2 e 6, e 24) e as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (“Regras de Nelson Mandela”, Regra 23.1 e Regra 36), aprovadas pela Resolução nº 70/175 da Assembleia Geral da ONU, adotada em 17/12/2015 –, visam** a preservar e a proteger, **em benefício dos internos em geral, inclusive** dos presos provisórios e daqueles segregados por razões disciplinares **e/ou** de segurança pessoal, *“seu direito à saúde, à integridade física e o respeito à sua dignidade”*.

**A autora** do presente *“writ”* constitucional **justificou, adequadamente, as razões que tornam inaceitável a indevida supressão, em referida Penitenciária, do banho de sol, que tem sido injustamente negado** aos reclusos que ora figuram como pacientes, **valendo reproduzir, quanto ao ponto destacado, os fundamentos** em que se apoiam suas alegações:

*“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*

HC 172136 MC / SP

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)

2. A questão do "habeas corpus" coletivo como instrumento constitucional de defesa de direitos individuais homogêneos

Sendo esse o contexto, passo a apreciar 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-AgR/ES, Rel. Min. EDSON FACHIN).

Viável, desse modo, a impetração, no presente caso, deste "habeas corpus" coletivo, motivo pelo qual examino o pleito cautelar formulado pela ilustrada Defensoria Pública do Estado de São Paulo, observando, desde logo, que os elementos produzidos nesta sede processual revelam-se suficientes para justificar, na espécie, o acolhimento da pretensão de caráter liminar deduzida pela ora impetrante.

HC 172136 MC / SP

**3. O sistema penitenciário brasileiro: expressão visível (e lamentável) de um anômalo “estado de coisas inconstitucional”**

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**).

HC 172136 MC / SP

**O quadro de distorções** revelado *pele 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.

**Daí 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 se converterão 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



HC 172136 MC / SP

*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 assinaei 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***

HC 172136 MC / SP

*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* (CF, art. 1º, III).

**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 WOLFANG 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.).

**4. Democracia constitucional, proteção dos grupos vulneráveis (integrados, no caso, por pessoas que compõem o universo penitenciário)**

HC 172136 MC / SP

e função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no exercício de sua jurisdição constitucional

**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 do albergado, **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

HC 172136 MC / SP

*contramajoritária* **que cabe** ao Supremo Tribunal Federal **exercer** no Estado democrático de Direito, **e que legitima**, *precipualemente*, **a proteção** das minorias **e dos grupos vulneráveis**, **sob pena** de comprometimento do próprio coeficiente de legitimidade democrática das ações estatais.

**Cabe enfatizar**, 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

HC 172136 MC / SP

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.

**5. Legitimidade do controle jurisdicional das políticas públicas, inclusive em matéria penitenciária, e a reserva do possível**

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**

HC 172136 MC / SP

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/DE*, Rel. Min. CELSO DE MELLO (**Informativo/STF** nº 345/2004) – **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

HC 172136 MC / SP

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, deste, 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, Informativo/STF nº 345/2004), 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 (“Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos”, vol. 1/273-274, item n. 2, 2010, Fabris Editor) – 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.**

**Cumpre advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário (OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT, “Os Direitos**

HC 172136 MC / SP

Sociais e Econômicos e a Discricionariiedade 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 discricionariiedade 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 discricionariiedade 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 discricionariiedade** para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas



HC 172136 MC / SP

*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)

**6. Escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas”: um dilema que se resolve pela preponderância do “mínimo existencial”**

**Não se desconhece** que a destinação de recursos públicos, *sempre tão dramaticamente escassos*, **faz instaurar situações de conflito**, **quer** com a

HC 172136 MC / SP

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*

HC 172136 MC / SP

*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,*

HC 172136 MC / SP

*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*

HC 172136 MC / SP

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, emanção 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**

HC 172136 MC / SP

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

HC 172136 MC / SP

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.

7. O direito à saída da cela por 02 (duas) horas diárias para banho de sol como prerrogativa inafastável de todos aqueles que compõem o universo penitenciário brasileiro, mesmo em favor daqueles sujeitos ao regime disciplinar diferenciado (LEP, art. 52, IV)

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).

HC 172136 MC / SP

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 assinalei na presente decisão (item n. 3), 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, art. 10, 11, II, **e** 14, **c/c** arts. 41 **a** 43).

**Lapidar**, nesse sentido, foi a 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**



HC 172136 MC / SP

*(Regras de Mandela). 4 – A supremacia dos postulados da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial legítima 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)*

**Impende ressaltar**, 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*

HC 172136 MC / SP

*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 inconteste 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)

**Cabe observar**, 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

HC 172136 MC / SP

*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 MARCÃO (“**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)*

HC 172136 MC / SP

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, **contraria**, 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.

**Cabe observar**, no ponto, **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, 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

HC 172136 MC / SP

(“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)*

HC 172136 MC / SP

8. Conclusão: concessão de medida cautelar

**Entendo**, desse modo, **que os fundamentos** que venho de mencionar **conferem densa plausibilidade jurídica** à pretensão cautelar **formulada** pela parte ora impetrante, **que também demonstrou**, satisfatoriamente, **o pressuposto inerente** à situação configuradora de “*periculum in mora*”.

**Cabe lembrar**, neste ponto, **que o deferimento** da medida liminar, **resultante** do concreto exercício *do poder geral de cautela* **outorgado** aos juízes e Tribunais, **somente se justifica** em face de situações – *como a que se registra nesta causa* – **que se ajustem** aos pressupostos referidos: **a existência** de plausibilidade jurídica (“*fumus boni juris*”), *de um lado*, **e a possibilidade** de lesão **irreparável** ou **de difícil** reparação (“*periculum in mora*”), *de outro*.

**Com a concorrência desses dois requisitos** – *que são necessários, essenciais e cumulativos* –, **legitima-se** a concessão da medida liminar ora postulada no presente “*habeas corpus*”.

**Sendo assim**, e pelas razões expostas, **defiro** o pedido de medida liminar, **para determinar** à Administração da Penitenciária “*Tacyan Menezes de Lucena*”, em Martinópolis/SP, **que adote providências que permitam assegurar, de modo efetivo**, aos presos (**tanto os condenados quanto os provisórios**) **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**.

**Comunique-se**, com urgência, **transmitindo-se cópia desta decisão** ao E. Superior Tribunal de Justiça (**HC** 269.265/SP), ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (**Agravo em Execução Penal** nº 0095843-75.2012.8.26.0000), ao Juízo de Direito da 1ª Vara das Execuções da comarca de Presidente Prudente/SP (**Agravo em Execução Penal** nº 0095843-75.2012.8.26.0000) **e** à autoridade administrativa

**HC 172136 MC / SP**

(Diretor Técnico) **responsável** pela Penitenciária “Tacyan Menezes de Lucena”, em Martinópolis/SP.

2. **Transmita-se**, por igual, **cópia desta decisão** ao eminente Senhor Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, ao ilustre Secretário da Administração Penitenciária dessa mesma unidade da Federação e ao ilustre Defensor Público Coordenador Regional da Execução Penal (Presidente Prudente/SP).

3. O Juízo de Direito da 1ª Vara das Execuções da comarca de Presidente Prudente/SP, por sua vez, **deverá prestar**, no prazo de 30 (trinta) dias, **informações detalhadas e atualizadas sobre a implementação de todas as medidas necessárias à fiel execução do provimento liminar ora concedido**.

4. **Determino**, ainda, que o Senhor Diretor Técnico **responsável pela administração** da Penitenciária “Tacyan Menezes de Lucena”, em Martinópolis/SP, **informe e detalhe** as medidas que, **ordenadas** nesta decisão, **objetivam viabilizar**, em favor dos presos **recolhidos** ao “Pavilhão de Seguro” e ao “Pavilhão Disciplinar”, **a implementação do seu direito à saída da cela por 02 (duas) horas diárias para banho de sol**.

**Com a adoção** de tais medidas, **cessará o estado de permanente e inaceitável violação aos direitos básicos** dos presos que ora figuram como pacientes neste processo de “habeas corpus” **coletivo**, **adequando-se**, em consequência, **a prática penitenciária à legislação doméstica brasileira e às convenções internacionais de direitos humanos**.

Publique-se.

Brasília, 1º de julho de 2019.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator