

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro

CEP: 01501-020 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

SENTENÇA

Processo nº: **1003644-18.2013.8.26.0053**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum Cível - Atos Administrativos**
 Requerente: **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**
 Requerido: **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Adriano Marcos Laroça**

Vistos.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo move ação civil pública em face do Estado de São Paulo objetivando condena-lo à obrigação de fazer consistente na instalação de equipamentos adequados para garantir aos detentos do sistema penitenciário paulista banho em temperatura adequada ao clima, o que não ocorre, segundo informação da própria Secretaria Estadual da Administração Penitenciária (de 186 estabelecimentos penais apenas 27 teriam instalação para aquecimento de água para o banho). A SAP informou ainda, que em diversos estabelecimentos, há chuveiro elétrico no setor de enfermaria ou em cela destinada ao preso "faxina". A autora aduz que, geralmente, o preso "faxina " (ou "piloto"), por ter liderança interna, estaria ligado à facção - PCC - que atua nos presídios paulistas. Em relação às unidades vinculadas à Secretaria de Segurança Pública, apenas 11 dispõem de instalações adequadas para banho morno das 30 existentes. Afirma também que, como isso impacta negativamente a saúde clínica dos detentos (parecer técnico da Presidente da Sociedade Paulista de Pneumologia e Tisiologia e professora da UNICAMP, Dra. Mônica Corso Pereira), configuraria ato de tortura sobretudo nos dias mais frios, tudo agravado pela ausência de atendimento médico nos presídios, conforme relatório do CNJ. Menciona, ainda, como agravante a superlotação dos estabelecimentos, além da ausência ou insuficiência no fornecimento de cobertores e agasalhos.

Fundamenta seu pedido nos artigos 3º (cumprimento de pena em

1003644-18.2013.8.26.0053 - lauda 1



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro

CEP: 01501-020 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

estabelecimento com adequada infra-estrutura, incluindo a relacionada à saúde), 39, IX (correlato ao dever do preso à higiene pessoal, sob pena de cometer falta grave – artigo 51-, o dever do Estado de fornecer banho em temperatura adequada), todos da Lei de Execução Penal; nos artigos 13, 15 e 57 das Regras Mínimas para o tratamento dos reclusos da ONU, em vigor no território brasileiro, por força do artigo 38 da Carta da ONU, internalizada pelo Decreto 19.841/45; no artigo 143 da Constituição Estadual, que menciona expressamente o respeito às regras mínimas aludidas acima; e no artigo 10, IV, da Resolução 14/94 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Aduz ainda que haveria violação ao artigo 5º da CF, em virtude do desrespeito ao princípio da isonomia, já que apenas os presos "faxina" teriam direito ao banho em temperatura adequada. Por fim, que não se poderia alegar a reserva do possível em face de evidente violação do dever estatal de garantia do mínimo existencial, conforme jurisprudência do STF (ADPF 45 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJU 04.05.2004).

O MPE opinou pelo indeferimento da tutela (fls. 147/148). A SAP prestou informações sobre o fornecimento de banho em temperatura adequada nos presídios femininos e em celas especiais, dizendo, outrossim, que a relevância de sua extensão a todos os presos deveria ser sopesada com "os valores da segurança e a coerência lógica entre a garantia de meios que satisfaçam as mínimas condições de vivência digna da pessoa presa e das condições materiais possíveis" (fl. 171).

A tutela foi concedida (fls. 177/179). O Egrégio TJSP, por seu então presidente Ivan Sartori, revogou-a, dizendo que haveria dificuldade técnica para cumprimento da tutela, diante da ausência de rede elétrica compatível para o aquecimento da água, além do risco à segurança pública relacionado à necessidade da remoção temporária dos presos para realização das obras de adaptação, no contexto de superlotação dos presídios.

O Estado contestou, afirmando, basicamente, que fornece banho aquecido para detentos enfermos, idosos ou debilitados, bem como nas unidades prisionais



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro

CEP: 01501-020 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

femininas. E que, por isso, que não seria omissa, faltando interesse processual à autora. No mérito, que não haveria condições técnicas de instalação de equipamentos para fornecimento de água aquecida e que as obras demandariam, além de licitação e de verba orçamentária, remoção de presos num contexto de déficit de vagas (87.223, em 2013 – fl. 329), o que geraria "evidente risco à segurança pública". Além disso que o acolhimento do pedido importaria em ofensa ao princípio da separação dos poderes, à discricionariedade administrativa e à lei orçamentária (reserva do possível).

Houve réplica (fls. 264/277). O feito fora saneado para realização de perícia técnica (fls. 783/784). Após cassação pelo STJ do julgado do Egrégio TJSP (fls. 998), restabelecendo a decisão concessiva da tutela, em abril de 2017, a Defensoria Pública requereu julgamento antecipado da lide (fls. 1173/1174 e 1231/1238), enquanto o MPE opinou pela procedência da ação (fls. 1137/1158).

É o relatório. Fundamento e decido.

O processo comporta julgamento antecipado, reconsiderando-se a decisão saneadora, pois, com o restabelecimento da tutela pelo STJ em abril de 2017, a perícia técnica, destinada à verificação da possibilidade da realização de obra de engenharia para adaptação dos prédios utilizados como unidades prisionais, determinada tão somente à vista do argumento estatal acolhido pelo Egrégio TJSP, mostra-se desnecessária, a meu ver, migrando tal assunto técnico para o âmbito do tempo de cumprimento da tutela, que ocorre em incidente digital.

A ação deve ser julgada procedente. Vejamos.

Antes da análise das questões jurídicas, às facticidades processual e carcerária, necessárias à hermenêutica e à aplicação justa, proporcional e razoável dos enunciados normativos que embasam o pedido, sobretudo constitucionais, visando a transformação da realidade prisional para fornecer condições minimamente dignas aos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro
 CEP: 01501-020 - São Paulo - SP
 Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

presos, notadamente fornecimento de banho em temperatura adequada ao clima.

- facticidade processual.

O artigo 143 da Constituição Estadual de 1989 estatui que a legislação penitenciária estadual *assegurar*á o respeito às regras mínimas da Organização das Nações Unidas para tratamento de reclusos.

No entanto, nem o Poder Legislativo Estadual nem o Poder Executivo Estadual atuaram para dar efetividade ao referido enunciado normativo.

Já o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (conselho com participação da sociedade civil), subordinado ao Ministério da Justiça, editou a Resolução 14/94, com base no artigo 64, II, da Lei de Execução Penal de 1984, cujo artigo 10, inciso IV, prevê banho em temperatura adequada ao clima como dever prestacional material do Estado.

Ao sabor ainda do discurso dos direitos humanos que começara por aqui no início da década de 1980 – a própria LEP de 1984 adveio nesse contexto, depois de uma CPI do sistema prisional na câmara federal -, o Conselho Nacional acolheu, na prática, as regras mínimas da ONU para o tratamento dos presos, aprovadas em 1957, cuja regra 13 assegura banho em temperatura adequada ao clima, de acordo com a estação do ano e a região geográfica. Mais recentemente, em dezembro de 2015, a Resolução 70/175 da ONU (Regras de Nelson Mandela), atualizou as regras anteriores, reiterando *ipsis litteris* a regra 13 (regra 16).

O Estado confessa que apenas fornece banho aquecido às presas e aos presos enfermos, debilitados e "faxina".

Com isso, a lide processual factual cinge-se se o fornecimento de banho em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro

CEP: 01501-020 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

temperatura ambiente, não aquecido, à maioria dos presos atenderia à regra mínima da ONU e do Conselho Nacional acima, editada com base nos princípios humanitários constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem e outros consignados em tratados, pactos e convenções das quais o Brasil é signatário.

O Poder Executivo diz que sim, uma vez que a região geográfica do estado é de clima tropical.

O certo é que, a despeito disso, as temperaturas médias durante o ano no estado, em consulta ao site do INMET (ano de 2018), são bem inferiores à normotermia (em torno de 37°), sobretudo as mínimas nos meses de inverno.

De outro lado, conforme parecer médico da Dra. Mônica Corso Pereira, Presidenta da Sociedade Paulista de Pneumologia e Tisiologia (fls. 137/139), "o resfriamento exagerado do corpo, seja por meio de inalação de ar frio ou imersão em água fria pode causar respostas no sistema respiratório, tanto com estreitamento dos brônquios (vias aéreas) quanto dos vasos sanguíneos. Tais efeitos são potencialmente mais prejudiciais em pessoas portadoras de doenças prévias pulmonares (asma, DPOC, rinite) ou cardíacas (insuficiência cardíaca, hipertensão arterial sistêmica, hipertensão arterial pulmonar)" (fls. 137/139).

Em levantamento apresentado pelo Estado, em 2014 foram realizados em torno de 327 mil atendimentos médicos nos estabelecimentos prisionais paulistas. Porém, em 144 mil não se descreveu, por razão desconhecida, a doença (44%). Em relação aos atendimentos que a anotaram, temos 12.551 relacionados ao sistema respiratório (tuberculose, pneumonia, infecção das vias aéreas superiores, doenças pulmonares, doenças respiratórias, doenças do aparelho respiratório, asma, bronquite, sinusite e amigdalite), sendo destes 11.386 relativos à tuberculose.

No que atine às doenças cardiovasculares, os atendimentos referentes à



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro

CEP: 01501-020 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

hipertensão atingiram a soma de 143.396 (44% de todos os atendimentos de 2014).

Portanto, nesse contexto fático, somado às manifestas condições físicas insalubres das penitenciárias decorrentes em grande medida da superlotação prisional, é mais do que razoável admitir que o banho em temperatura ambiente, não aquecido, desencadeia ou agrava inúmeras doenças respiratórias (principalmente tuberculose) e cardiovasculares (especialmente hipertensão), sem falar que muitos presos são portadores de HIV/AIDS, cuja imunidade baixa os torna ainda mais vulneráveis a essas doenças.

A alegação pertinente à necessidade da adaptação física dos prédios, nos quais funcionam os estabelecimentos prisionais, para o fornecimento de banho aquecido, como dito acima, interfere com o tempo para o cumprimento do julgado (ou da tutela) à vista do grau de complexidade das obras de engenharia, somada à necessidade constitucional e legal da prévia licitação, mas não cria situação de impossibilidade material de seu cumprimento. Não é crível que a engenharia atual não consiga adaptar prédios para fornecimento de água aquecida. Obviamente o custo pode ser mais alto, mas isso também será analisado no incidente de cumprimento. De toda forma, o Estado só alegou e nada provou nesse sentido, sequer requerendo produção de prova no momento processual adequado (fl. 299).

Também restou apenas como argumento, sem demonstração factual, que a remoção de presos, no contexto de superlotação prisional, seria um impedimento para obras de engenharia necessárias à instalação de equipamentos visando o fornecimento de água aquecida. Ao contrário, a Defensoria Pública demonstrou nos autos que presídios passaram recentemente por reformas sem a necessidade de grande remoção de presos, a ponto de preocupar a segurança pública, como obtemperado pelo Estado.

Frise-se, ademais, que a superlotação provocada pela desídia histórica, no mínimo, do Estado, não pode ser apresentada agora em seu benefício para desobriga-lo a entregar prestação positiva sobretudo quando relacionada ao mínimo existencial da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro
 CEP: 01501-020 - São Paulo - SP
 Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

dignidade humana.

- facticidade prisional.

A Constituição Federal de 1988, por sua abrangência temática e amplo catálogo de direitos fundamentais, colocou o Estado Brasileiro, agora Democrático de Direito, no momento histórico-social-político-jurídico denominado tanto pela nossa doutrina constitucional quanto pela estrangeira de neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo, além de uma nova jurisdição constitucional que mencionaremos abaixo, mas exatamente por isso, enseja a necessidade de uma abordagem jurisdicional do conflito, à luz da realidade sociopolítica que se pretende modificar. Daí, e considerando que esse reposicionamento do Poder Judiciário demandará recursos orçamentários para dar eficácia social a direitos fundamentais e a princípios fundamentais do Estado, impõe-se que a argumentação jurídica, a qual dá legitimação à decisão, extrapole à facticidade processual, para, ao menos, contextualizar social e politicamente, a demanda.

Em relação à possibilidade de conhecimento da realidade prisional, algumas dificuldades: variabilidade constante, excesso de informações desconstruídas e desatualização da fonte oficial (DEPEN- INFOPEN – levantamento de 2017). Mesmo assim, é possível gizá-la de forma aproximada neste momento.

Dados do CNJ publicados em meados de 2019, referentes à população carcerária brasileira, revelam aproximadamente 812 mil presos, sendo 41,5% de provisórios, isto é, que aguardam julgamento definitivo. Há quase 400 mil mandados de prisão a serem cumpridos. Enquanto isso, o número de vagas disponíveis, destinadas a presos definitivos e provisórios, fica em torno de 430 mil. Isto é, superlotação prisional.

Anote-se o crescimento do encarceramento entre 1990 e 2019, de 90 para



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro

CEP: 01501-020 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

812 mil presos, alcançando o Brasil à terceira posição mundial, somente atrás dos EUA (2,1 milhão) e da China (1,6 milhão). Nesse ritmo de crescimento, em 2025, teremos em torno de 1,5 milhão de detentos. O DEPEN prevê até 2022 a criação de novas vagas entre 100 e 150 mil. Ou seja, perspectiva de agravamento da superlotação prisional.

Outros dados aproximativos: 64% são negros; 55% tem entre 18 e 29 anos de idade; 95% são homens; a maioria não completou o ensino fundamental ou educação básica. Altíssima reincidência, em torno 70%, reforçando a expectativa acima.

Ao se fazer uma comparação com a população brasileira aparece o perfil dos nossos presos: jovens negros de baixa escolaridade. Ao perfil das prisões acrescenta-se: superlotação, quase metade dos presos sem condenação definitiva e altíssima reincidência.

No que se refere à estatística dos crimes cometidos: um terço relacionado ao tráfico de drogas ilícitas; outro terço aos roubos e furtos, geralmente correlatos ao comércio e consumo de drogas ilícitas. Aqui, levantamento de 2015 da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo mostra algo parecido: 38% estão presos por tráfico; 34% por roubos; 8% por furtos, 7% por homicídios. Em relação especificamente às mulheres, o percentual referente ao tráfico de drogas eleva-se para 72%.

Se não bastasse a superlotação, é notório que as condições físicas dos estabelecimentos penais brasileiros são insalubres e degradantes, em suma, desumanas. Isso fora reconhecido pelo STF em 2017 em liminar na ADPF 347/DF. Ainda em 2017, a Corte Suprema no julgamento do RE 580252, com repercussão geral, reconheceu novamente a situação precária e cruel do sistema prisional, condenando o Estado de Mato Grosso do Sul a indenizar preso em cela superlotada.

A realidade do sistema prisional paulista não diverge disso: superlotação, com *deficit* em torno de 56%, conforme dados constantes do *site* do CNJ; e condições físicas precárias.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro

CEP: 01501-020 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

Por sinal, as condições desumanas das prisões paulistas nas décadas de 70 e 80, aliadas a outros fatores de ordem política, econômica, social e administrativa - logo depois da morte de 111 presos da Casa de detenção de São Paulo, conhecido nacional e internacionalmente como massacre do Carandiru -, ensejaram a criação do PCC, maior organização criminal do Brasil, em 1993 no interior do Anexo da Casa de Custódia de Taubaté (“Piranhão”), local que era destinado ao castigo dos presos indóceis do sistema.

A literatura sociológica brasileira dos últimos anos aborda a gênese dessa facção, sua figuração social prisional inicialmente, enfatizando sobretudo as condições sociais, econômicas e políticas que propiciaram seu monopólio de poder ilegal, econômico e político, dentro das prisões. (Camila Caldeira Nunes Dias, *in* PCC, hegemonia nas prisões e monopólio da violência, Editora Saraiva)

O caldo social, econômico e político, inclusive político-institucional que ensejou o nascimento do PCC é complexo. No entanto, há uma correlação entre o tratamento dado aos presos pelo Estado e as políticas, criminal e penitenciária, isto é, as decisões político-administrativas nas últimas décadas.

Histórica desigualdade social intocada pelo poder político brasileiro, que não fora reduzida mesmo depois da redemocratização (Pedro H. G. Ferreira de Souza, *in* Uma história de desigualdade, a concentração de renda entre os ricos no Brasil 1926-2013) – 1% dos mais ricos possuem em torno de 23% da renda nacional em 2013, enquanto nos países desenvolvidos isso varia de 5% a 15%, exceto nos EUA em torno de 20%. O coeficiente de GINI de 2019 mostra aumento da desigualdade de renda no Brasil. Algumas políticas sociais recentes reduziram minimamente a miséria, mas muitas delas findaram apenas na transformação das pessoas em consumidores (*homo consumens*), endividados (*homo oeconomicus neoliberal*), com pouca ou nenhuma ascensão social. Permanência de uma insuficiente cidadania para a população pobre, a maioria negra.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro

CEP: 01501-020 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

Desenvolvimento econômico lastreado na industrialização nacional e na substituição das importações no pós-2ª guerra mundial, sobretudo nas décadas de 60 e 70, com o crescimento desenfreado e caótico da urbanização (São Paulo capital saltou de aproximadamente 2,6 milhões em 1950 para 14,5 milhões em 1991). Modernização agrícola sem alteração da estrutura fundiária. Êxodo rural. Urbanização segregacionista, contrariando a ideia moderna ocidental de que as cidades seriam espaços de integração social e cultural. Marginalização territorial-espacial. Estigmatização. Favelas. Crescimento populacional sem inclusão. Violência urbana. Carência de serviços públicos. Recalque social e histórico do poder político.

Como dizia o urbanista italiano Bernardo Secchi (*in* “a cidade dos ricos e a cidade dos pobres”, editora Âyiné), há uma estreita relação entre a questão urbana, e a economia e a sociedade. Quando estas mudam, aquela também. Hoje, vive-se a “sociedade líquida” (Bauman), a “sociedade do risco” (Beck), a “era do acesso” (Rifkin). Economia neoliberal. Precarização. Redução de direitos. Avanço do mercado na regulação dos conflitos sociais em detrimento do Estado. Neoextrativismo do agronegócio. Ortodoxia econômica que aplica sempre o mesmo remédio a patologias diferentes (Albert O. Hirschman *in* A moral secreta do economista, Editora UNESP). A forma-empresa (empreendedor de si mesmo) como modo de vida. Condomínios fechados. Segurança privada. Carros blindados. Militarização das cidades. A sociedade de controle (Foucault).

Crescimento econômico como condição para reduzir a desigualdade. A "teoria do bolo". O milagre econômico -que o sociólogo Pedro H. G. Ferreira de Souza, pesquisador do IPEA, demonstrou não ter dividido o “bolo”-, produziu arrocho salarial, desemprego. Obras faraônicas. Endividamento externo do Estado Brasileiro. Inflação galopante. Veio a CF de 1988, albergando um Estado Democrático de Direito, nesse contexto social e econômico. Tardamente, pode-se dizer, pois a onda neoliberal internacional desmontou – tem desmontado com sucessivas reformas constitucionais- o castelo jurídico-político dos direitos fundamentais e dos direitos sociais, impedindo em muitas situações a sua própria construção. Democracia substancial, modernidade e seus



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro

CEP: 01501-020 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

valores humanitários: impedidas. Manutenção de um estado real de desigualdade e miséria sociais. O IPEA apontou no ano passado aumento da desigualdade social, com pequena redução da racial, que se mantém altíssima.

De outro lado, a globalização econômica (desregulamentação de mercados, liberdade de fluxo de mercadorias e capitais, menos de pessoas), símbolo do neoliberalismo, trouxe facilidades para o crime internacional. A política norte-americana de “guerras às drogas”. Hipervalorização das drogas ilícitas como mercadoria. A cocaína entrou em pauta. Sua chegada em São Paulo deu-se na década de 1980, quando o Brasil virou também rota do tráfico internacional de drogas ilícitas. Depois, veio o *crack*.

A queda do muro de Berlim inundou o mundo com armas de guerra, vendidas ilegalmente por ex-repúblicas soviéticas do leste europeu ao crime organizado, ao tráfico de drogas. A tecnologia, o celular, que facilitou a comunicação entre o mundo de fora e o de dentro das prisões.

Em resumo: histórica desigualdade social e racial; segregação urbana; inexistência de direitos sociais; desemprego; perda da esperança de ascensão social por meio do trabalho a partir de 1990; inflação altíssima; corredor internacional do comércio de droga como a cocaína e maconha a partir de 1970; aumento da oferta e do consumo, inclusive no Brasil; o pagamento das drogas por veículos roubados e furtados, expansão dos crimes conexos; tráfico de armas, expansão a partir da queda do muro de Berlim. A violência urbana aumentou. Conflitos entre a polícia e os criminosos. Aumento das prisões, dos processos e do encarceramento. Morosidade da Justiça e falta de estrutura do sistema prisional.

A resposta estatal ao aumento da criminalidade e da violência urbanas, condizente com seu recalque social e histórico, mesmo à vista da narrativa dos direitos humanos de muitos, foi a lei de crime hediondos (tráfico como crime hediondo), redução da progressão da pena, investimentos pesados na militarização (armas e viaturas), nova lei



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro

CEP: 01501-020 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

de tráfico, RDD. Encarceramento em massa. Expansão do sistema prisional. Persistência da criminalidade e da violência. Logo, percepção cínica de que a prisão como privação da liberdade, - castigo aos desviantes sociais, na lógica cristã, criada no bojo dos valores individuais da sociedade industrial burguesa do século XVIII, não condizentes com a pena de morte, a tortura e o exílio, entre outros castigos medievais -, não promove a propalada ressocialização, nem diminui a criminalidade, assumindo de vez o caráter racista do encarceramento, uma criminalização da miséria, de certa forma em complemento à insegurança social e individual, mais do que criada (efeitos colaterais), cultivada pelo neoliberalismo e sua governamentalidade biopolítica, segundo o sociólogo alemão Thomas Lemke (Foucault, Governamentalidade, e crítica, Editora Politeia): “o liberalismo – e, agora, o neoliberalismo- cultiva o perigo, ele sujeita o perigo a um cálculo econômico, pesando suas desvantagens contra seus custos. O resultado dessa cultura de insegurança social é o governo do medo”. Medo, que o urbanista Bernardo Secchi, em 2013, de certa forma predizendo o nosso tempo digital, “produz intolerância, desfaz a solidariedade e desintegra a sociedade, substitui a cidadania e a virtude cívica, faz com que, manzonianamente, o bom senso se esconda com medo do senso comum” (ob. cit. p.40).

Na realidade, a sociedade sabe que a prisão ou encarceramento em massa não tem resolvido a criminalidade, muito ligada ao tráfico de drogas e aos crimes patrimoniais que lhe são correlatos, exatamente por isso, o constante avanço e recuo legislativos que apenas empurram o problema social e político da violência a bens fundamentais à existência humana, isso não só no Brasil.

Até que isso não seja posto, de forma democrática, na mesa política, com todo o custo político negativo, como bem apontou o Ministro Marco Aurélio Mello no voto da ADPF 347, que, ao menos, discuta-se o fim do tratamento desumano aos presos, seja pela superpopulação seja pelas condições insalubres do encarceramento (abuso sexual, consumo de drogas, doenças sexuais etc.), até porque não será com afronta à dignidade humana do preso, se fosse permitido constitucionalmente, que se obterá a sua reinserção social. Os dados da reincidência mostram isso. É de se pensar, ainda, se antes mesmo da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro

CEP: 01501-020 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

prisão, o "mundo estatal" não teria - ou tem falhado - na sua inserção ou integração social, perdendo território para o "mundo do crime". Isso reforça a necessidade da discussão sobre as causas da delinquência, à luz de uma criminologia crítica. A questão do proibicionismo das drogas assume importância vital, pois, como vimos, no Estado de São Paulo, em torno de 70% dos presos cometeram crimes de tráfico de drogas e patrimoniais correlatos ao tráfico. Isso sem mencionar nas milhares de mortes todo ano, sobretudo de jovens negros, correlacionadas ao tráfico de drogas.

O paradigma médico-legal das substâncias psicoativas ilícitas, segundo estudos divulgados pela revista britânica *Lancet*, não tem evidência científica. Em outros termos, a justificativa para a regulamentação diferenciada entre drogas ilícitas (maconha, cocaína etc.), lícitas medicinais (antidepressivos, ansiolíticos etc.) e lícitas recreativas (tabaco, álcool) não “obedece a nenhum critério objetivo de maior ou menor nocividade, toxicidade ou potencial de criação de dependência” (Henrique Carneiro, *Drogas, a história do proibicionismo*, Editora Autonomia Literária, p. 45). Para a historiadora norte-americana Virginia Berridge, citada por Henrique Carneiro, o proibicionismo iniciado com o tabaco no século XIX, consolidou-se com bases em “interesses econômicos, dos estados, do ativismo, das instituições profissionais, das agências internacionais e nas tensões locais nacionais” (ob. cit. p. 45). Por isso mesmo, alguns países (Países Baixos, Portugal, Canadá, Uruguai, alguns estados estadunidenses), para além do uso medicinal terapêutico de certas drogas ilícitas, substituíram a política repressiva pela regulatória, enquanto política de redução de danos, ainda que isso mantenha a "normalização" do indivíduo, como bem aponta Pablo Ornelas Rosa (*Drogas, Políticas Públicas e Consumidores*, org. Beatriz Caiuby Labate e outros, NEIP, editora Mercado Letras, pp. 371/394).

Para além da polarização proibicionismo e antiproibicionismo, o jornalista Johann Hari sinaliza o fracasso da política penal repressiva no combate às drogas (Na Fissura, Editora Companhia das Letras). Apesar da resistência dos empreendedores morais e dos religiosos, tem surgido apoiadores da descriminalização do consumo em um espectro político insuspeito: o economista neoliberal da Escola de Chicago (ganhador do prêmio



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro
 CEP: 01501-020 - São Paulo - SP
 Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

Nobel de economia), Gary Becker, que defendia a legalização com taxação; o ex-presidente FHC, que se manifestou pela legalização do porte de pequena quantidade de drogas, e o economista pesquisador sênior do Ludwig Von Mises Institute, Mark Thornton (Criminalização, a análise econômica da proibição das drogas, editora LVM Editora), que mostra que os custos sociais da proibição são maiores do que os benefícios.

No contexto factual de que a política repressiva que dura trinta anos não reduziu o tráfico nem o consumo, só elevando o encarceramento (em torno de 70% dos presos relacionados com os crimes de tráfico de drogas e roubo), e que estes alimentam financeiramente as facções criminosas, o poder político junto com a sociedade civil deveria ao menos debater a possibilidade da descriminalização das drogas, como já ocorreu em outros países, seja enquanto política de redução de danos, seja como política de livre mercado com taxação, ou ambas, sem olvidar que isso não afastaria a continuidade da política repressiva contra os traficantes.

Portanto, no que nos importa, há uma estreita relação entre a proibição das drogas, o aumento da criminalidade violenta e do encarceramento em massa, criando uma realidade carcerária desumana pela superlotação, que só tende a se agravar, reconhecida cautelarmente pelo STF como “estado de coisa inconstitucional” na ADPF 347, da qual nasceu a facção criminal PCC, que, segundo o sociólogo Gabriel Feltran (*in* Irmãos -uma história do PCC, Editora Companhia das Letras), por conta de sua estruturação como uma irmandade secreta, além das dimensões empresarial e militar de qualquer facção, conseguiu inicialmente uma “pacificação”, com uso da violência extrema (decapitação), no interior das prisões e, depois, ocupando os espaços de ausência do Estado, diluiu-se translucidamente na vida da periferia urbana, com controle da população pobre, do tráfico de drogas e dos crimes contra o patrimônio, enfim, “do mundo do crime”.

Aqui, a condição precaríssima dos presídios e do tratamento em geral dado aos presos pelo sistema estatal prisional, ainda na década de 1990, segundo Gabriel Feltran, foi utilizado pela facção para organizar e canalizar a reação dos presos contra o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro

CEP: 01501-020 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

sistema, mas também regular a relação entre os próprios presos, com “políticas expressas de interdição do estupro, do homicídio considerado injusto e, posteriormente, do crack dentro das prisões sob seu regime” (ob. cit. p. 284). Curioso e triste, ao mesmo tempo, é como as políticas criminal (tráfico como crime hediondo etc.) e penitenciária (construção de dezenas de estabelecimentos penais espalhados pelo Estado) da mesma época, de crescente encarceramento, logo após a redemocratização política, serviram de alimento ao poder da facção, primeiro, dentro, depois fora das prisões, sobretudo nas periferias urbanas. Muito embora não se possa estabelecer como causa exclusiva, segundo Gabriel Feltran, quase certo que a taxa de homicídio no Estado de São Paulo em queda desde 2001 tenha como concausa, ou se correlaciona com a “bandeira branca das quebradas” imposta pela facção, concretização legitimada por parcela da sociedade, mas equivocada, da “fórmula mágica da paz” (“a malandragem de verdade é viver”) dos Racionais MC's, cantada em meados da década de 1990, “época das guerras” (Racionais MC's, *Sobrevivendo no inferno*, Editora Companhia das Letras, pp. 121/132). Na contramão, o aumento da criminalidade do tráfico e dos roubos (bancos, caixas eletrônicos, veículos, etc.).

Por sinal, o *Rap*, como canção tensionada o tempo todo como a realidade que canta, aproxima-se em parte do neoconstitucionalismo, pois também busca modificar o mundo dos fatos, na medida que traz o “quinto elemento” do *Hip Hop*, preconizado por Afrika Bambaataa (os quatro outros- DJ, MC, Break e grafite): o conhecimento, ou seja, a música chama atenção de um fato para transformar a realidade (Ricardo Teperman, *Se liga no som, as transformações do Rap no Brasil*, editora Clarenigma). Se a música “clássica” de Bach, escrita de tradição camerística e sinfônica, servia à missa, o *Rap* (segunda geração – Emicida – AmarElo: “permita que eu fale, não as minhas cicatrizes”; Criolo – Boca de Lobo: “é que a indústria da desgraça pro governo é um bom negócio”; Rashid - Estereótipo: “quando a definição de suspeito vem com uma tabela de cores”), escrita poética de dicção temática via de regra, pode servir ao Papa Francisco, à sua “ecologia integral”, crítica da degradação social e ambiental, da violência, da exploração humana, do consumismo exacerbado, da injustiça com os excluídos (Encíclica *Laudato Si*). Até porque a canção, além, por seu componente melódico e musical, de constituir a memória coletiva



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro

CEP: 01501-020 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

da sociedade, ao mesmo tempo, que também nela se constitui, fator que lhe dá um papel fundamental na formação dos nossos modos de pensar, de estar e de ser no mundo, serve como lugar de argumentação social, muitas vezes bloqueado pela mídia aliada do capital político e econômico, sendo um forte instrumento de persuasão para alteração do “estado de coisas apresentado” pela mobilização de paixões decorrente da articulação de sua retórica (orador e discurso sobre determinado tema) com os seus aspectos musicais. (Adriano Dantas de Oliveira e Lineide do Lago Salvador Mosca, *in* Retórica e Canção, Editora Espaço Acadêmico)

Nesse contexto fático é que se deve analisar o pedido formulado na inicial, que interfere com a política penitenciária (princípio da separação dos poderes e a consequente discricionariedade político-administrativa) e com orçamento público ("reserva do possível"), já que o seu atendimento importa necessariamente em despesa pública (envolve instalação de equipamentos que demandam obras públicas de reforma).

Com isso, às questões jurídicas: princípio da separação dos poderes; discricionariedade político-administrativa; lei orçamentária - "reserva do possível".

Cuida-se de ação coletiva que objetiva impor uma prestação material ao Estado, consistente na instalação de equipamentos para fornecimento de banho em temperatura adequada ao clima aos presos, fundado especialmente no artigo 143 da Constituição Estadual, que assegura as regras mínimas da ONU no tratamento de presos.

Tal dispositivo constitucional agasalha norma jurídica (regra ou princípio) de proteção ao mínimo da dignidade da pessoa humana.

Todos, a Constituição Estadual (1989), as Regras Mínimas da ONU (1957) e a Resolução 14/94 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, surgiram depois do fracasso do positivismo jurídico, notadamente Kelseniano, na contenção da barbárie das duas guerras mundiais no coração da civilização ocidental na primeira metade



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro
 CEP: 01501-020 - São Paulo - SP
 Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

do século XX.

Em resposta à banalidade do mal, os países europeus e os EUA remodelaram o sistema político internacional, substituindo a Liga das Nações pela ONU. No âmbito desta, tratados, convenções, pactos de direitos humanos. Alguns países europeus proclamaram novas constituições, com amplo catálogo de direitos fundamentais e princípios fundamentais do Estado (especialmente dignidade humana). Por aqui, em razão da ditadura civil-militar, isso só apareceu, tardiamente, com a redemocratização política em 1985 e a proclamação da Constituição Federal de 1988.

Neste novo contexto político e social, a Constituição assume vital importância na ordem política e se aproxima da democracia. Estado constitucional democrático. Por conseguinte, com a constitucionalização de direitos fundamentais, em novo contexto filosófico-político-jurídico, a política e o direito se entrelaçam, com repercussão evidente na atuação dos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário. Estado Democrático de Direito.

O neoconstitucionalismo (ou pós-positivismo), ou juspositivismo eclético ou ético (Alisson Leandro Mascaro, *in* Filosofia do Direito, Editora Atlas), como vimos, foi uma resposta à ineficácia social do juspositivismo estrito (Kelsen), ante à desumanidade das duas guerras mundiais, ensejando especulações filosóficas (Dworkin, Rawls, Alexy, Habermas), na segunda metade do século XX, “em favor do uso ético do direito positivo”, ou seja, novo ecletismo juspositivista (introdução da moral no fenômeno jurídico) agora, usando a visão ética liberal como meta, e não mera origem do direito positivo (ob.cit. p. 322). No âmbito nacional, a meu ver, um dos representantes desse pensamento é Ricardo Lobo Torres, com seu livro paradigmático “O direito ao mínimo existencial”, editora Renovar.

O neoconstitucionalismo, assim, foi uma reação do mundo do direito à selvageria da primeira metade do século XX com o retorno da ideia dos valores, de justiça



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro
 CEP: 01501-020 - São Paulo - SP
 Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

e da humanidade, para além da normatividade, que se colhem da existência humana, enfim, na experiência civilizatória.

Aqui, sem avanços para posições mais críticas do Estado, da Política e do direito, incabíveis na amplitude de uma sentença, fiquemos com o juspositivismo eclético, e o neoconstitucionalismo dele derivado, suficientes para o julgamento da demanda.

Segundo consenso doutrinário, o novo constitucionalismo tem como características: supremacia da CF; normatividade dos princípios; centralidade e essencialidade dos direitos fundamentais (direitos humanos); enunciado normativo constitucional como regra (norma) ou princípio, entre outras.

Esse novo constitucionalismo, além da remodelação com expansão da jurisdição constitucional e da nova dogmática de exegese constitucional, repercutiu nos limites político-legislativo e político-administrativo dos poderes Legislativo e Executivo, respectivamente, e, por conseguinte, no da atuação do Poder Judiciário.

Nesse contexto de supremacia normativa, imperatividade, da Constituição Federal, notadamente dos princípios fundamentais do Estado, entre eles, o da dignidade da pessoa humana -artigo 1º, III-, e dos direitos fundamentais (no que nos interessa – artigo 5º, III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; artigo 5º, XLVII, e – não haverá penas cruéis; artigo 5º, XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral), a atuação ou omissão política dos poderes Legislativo e Executivo encontra limites de validade no respeito ao mínimo existencial, ao menos, destes direitos e princípios.

Aqui, com bem esclarece Luis Roberto Barroso, Ministro do STF, *in* Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: "*relativamente ao legislativo, a constitucionalização limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das lei em geral, e impõe-lhe determinados deveres de atuação para*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro

CEP: 01501-020 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

realização de direitos e programas constitucionais; no tocante à Administração Pública, além de igualmente limitar-lhe a discricionariedade e impor a ela deveres de atuação, ainda fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente de interposição do legislador ordinário" (ob. cit. p. 30) (grifos meus)

E ao Poder Judiciário, o novo modelo constitucional impôs-lhe o dever de considerar os princípios fundamentais do Estado e dos direitos fundamentais no exercício do controle de constitucionalidade, incidental ou concentrado, além de condicionar a interpretação de todas as normas do sistema.

Na presente ação, faz-se um controle de constitucionalidade incidental e difuso de ato administrativo omissivo do Poder Executivo (o do Legislativo só seria possível em mandado de injunção), na execução de sua política penitenciária, consistente no fornecimento de banho em temperatura ambiente aos presos.

Portanto, no contexto acima, *resta evidente que a ação e a omissão do Poder Executivo Estadual, no seio de sua política penitenciária, podem – ou melhor, devem- ser controladas, do ponto de vista constitucional, pelo Poder Judiciário, sem que isso importe em violação ao princípio da separação dos poderes, ou mesmo à discricionariedade político-administrativa, inclusive no que toca à elaboração e à execução orçamentárias.* Vejamos.

Como vimos anteriormente, o Poder Executivo (e também o Poder Legislativo), ao desrespeitar à norma insculpida no artigo 143 da Constituição Estadual, não fornecendo banho em temperatura adequada ao clima, desencadeia ou agrava inúmeras patologias, cardiovasculares ou respiratórias, prejudicando a saúde dos presos, com risco, em última instância, à sua própria vida.

Enfim, em interpretação sistemática, é certo dizer que a referida omissão



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro
 CEP: 01501-020 - São Paulo - SP
 Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

também viola o princípio da dignidade humana, fundamento do Estado Brasileiro, e os direitos fundamentais estampados no artigo 5º, incisos III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLVII, *e* - não haverá penas cruéis; e XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, ambos ainda que nos seus patamares mínimos (mínimo existencial).

Na realidade, o artigo 143 da Constituição Estadual, a meu ver, traz enunciado normativo de regra constitucional, imperativa e de imediata aplicação (artigo 5º, parágrafo 1º, da CF), portanto, conformadora da atuação político-administrativa do Poder Executivo.

Como vimos, um das características do neoconstitucionalismo é a divisão dos enunciados normativos entre regra e princípio.

No caso, como regras mínimas da ONU já eram conhecidas pelo legislador originário, quando da promulgação da Constituição Estadual, os efeitos no mundo real pretendidos pelo enunciado eram determinados, na proteção da dignidade humana, em seu conteúdo essencial. Em outros termos, conheciam-se desde então as condições necessárias para realização concreta desses efeitos, no caso específico, instalação de equipamentos para o fornecimento de banho em temperatura adequada ao clima. A Resolução do CNPCP, de 1994, apenas reafirma esse conteúdo essencial da dignidade humana no tratamento dos presos.

Portanto, não havendo indeterminação dos efeitos pretendidos pela norma constitucional no mundo dos fatos, trata-se de regra jurídica e, enquanto tal, como qualquer outra (constitucional, legal), imperativa (imperatividade) e de imediata aplicação (artigo 5º, parágrafo 1º, CF). E mais, segundo doutrina constitucionalista prevalecente desde a segunda metade do século passado, de superioridade hierárquica.

Desta forma, a omissão sistemática do Poder Executivo é inconstitucional, e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro
 CEP: 01501-020 - São Paulo - SP
 Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

grave, por violar regra jurídica constitucional que assegura o mínimo de respeito à dignidade da pessoa humana.

Ainda que se entenda que o enunciado normativo contido no artigo 143 da CE contemple princípio, por descrever efeitos na realidade relativamente indeterminados, tais como metas, fins, valores, o que envolveria uma escolha decisória de natureza política (discricionariedade), dentre os efeitos e as respectivas condutas possíveis para realização destes, como sustenta o Estado em sua defesa, mesmo assim, ante à normatividade dos princípios fundamentais do Estado, em especial o da dignidade humana, e dos direitos fundamentais, ainda que no patamar mínimo (direito ao mínimo existencial), como limitadores e validadores da ação (ou omissão) do Poder Executivo, haveria contumaz e séria ofensa constitucional.

No seio do neoconstitucionalismo, a teoria dos direitos fundamentais ganhou relevo e como subsistema desta a do mínimo existencial, que, no Brasil, teve como doutrina paradigmática o jurista carioca Ricardo Lobo Torres (livro O direito ao mínimo existencial, Editora Renovar).

Para Ricardo Lobo Torres o direito ao mínimo existencial "é o núcleo essencial dos direitos fundamentais", ancora-se na ética e tem como fundamentos as liberdades, os princípios da dignidade humana, da igualdade e do Estado democrático de direito. É o direito ao mínimo de bens materiais para uma existência digna, que não se encontra submetido à regra da maioria parlamentar; é condição inicial para o exercício das liberdades, visando otimizar os direitos sociais prestacionais, mediante cidadania reivindicatória e democracia deliberativa.

O mínimo existencial, segundo referido doutrinador, nem é um valor, embora se deixe "tocar e imantar permanentemente pelos valores da liberdade, da justiça, da igualdade e da solidariedade", nem é um princípio, já que não pode ser ponderado, sopesado, sendo irreduzível por definição, pois é o conteúdo essencial dos direitos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro
 CEP: 01501-020 - São Paulo - SP
 Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

fundamentais. E mais, para sua garantia, constitui-se em regra jurídica, portanto, direitos definitivos, cuja prestação positiva pode ser exigível do Estado (ob. cit. pp. 83/84) (grifos meus).

Portanto, ainda que interpretado como princípio, sob ótica do direito ao mínimo existencial, núcleo essencial do princípio da dignidade humana, o artigo 143 da Constituição Estadual contempla também regra jurídica constitucional e, assim, imperativa, de aplicação imediata, e sindicável (eficácia jurídica simétrica ou positiva), sobretudo em ação coletiva na qual se busca proteger interesse ou direito difuso.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, *in* Dignidade (da Pessoa) Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, Editora Livraria do Advogado, 10ª edição, pp. 89/90: "nesse contexto, não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos), contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência, vale dizer, inclusive contra agressões oriundas de outros particulares, especialmente – mas não exclusivamente – dos assim denominados poderes sociais (ou poderes privados). Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), *mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos*".

Anote-se que essa exegese, acolhendo o mínimo existencial do princípio da dignidade humana, que é fundamento ou razão de ser do nosso Estado, é, a meu ver, a mais emancipatória da realidade social, política e econômica traçada anteriormente. A que tenta, valendo-se de um neologismo, a "dessimbolização" da norma constitucional, lembrando-se do conceito de "constituição simbólica" do jurista Marcelo Neves, dentro do qual a noção de legislação-álibi, a meu ver, encaixa-se bem a regulação da nossa realidade criminal e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro
 CEP: 01501-020 - São Paulo - SP
 Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

prisional nas últimas décadas.

Frise-se que a nova posição do Poder Judiciário (conhecida como ativismo judicial a partir da postura da Suprema Corte dos EUA nas décadas 50 e 60 na proteção dos direitos dos negros e dos presos), garantidora dos direitos fundamentais, à luz de um dos fundamentos do Estado, a saber o da dignidade da pessoa humana, entre outros, no interior do neoconstitucionalismo, possui nítido papel político contramajoritário. Até porque, como é sabido, há temas sensíveis que não encontram apoio ou consenso na pauta política tradicional, como me parece o caso da defesa da dignidade humana de presos, a exigir do Poder Judiciário, quando acionado pela sociedade civil, uma resposta jurisdicional não kelseniana, adequando as ações e omissões políticas às diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal.

Por isso mesmo, a regra da maioria parlamentar, a separação dos poderes e a discricionariedade político-administrativa, incluindo a orçamentária, no regime democrático, são limitadas pelo conteúdo mínimo dos direitos fundamentais estampados na CF. No que nos interessa, pelo princípio da dignidade humana, ainda que seja no seu patamar mínimo. Em outros termos, a mínimo existencial da dignidade humana não pode ser deixado, ou escapa, ao (do) arbítrio das maiorias parlamentares ou políticas.

Assim, definido o conteúdo essencial do princípio da dignidade humana, no seu âmbito, suprime-se a vontade da maioria e a discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo. Aliás, o século XX (fascismo, nazismo, stalinismo), antes mesmo da nova visão filosófica do direito, mostrou bem o risco à democracia quando patamares mínimos de direitos não são respeitados pelo consenso da maioria formada no poder político-institucional. Por isso, o Estado Democrático tem também como fundamento o pluralismo político (não institucional). Evita-se, ou tenta-se evitar, o totalitarismo, infelizmente, muitas vezes acreditado, ao menos, pela maioria do povo.

De outro lado, o desrespeito ao direito do mínimo existencial possibilita sua



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro
 CEP: 01501-020 - São Paulo - SP
 Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

sindicabilidade. Aqui, como bem preceitua Ana Paula de Barcellos, *in* A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais, editora Renovar, p. 243, este mínimo, ou núcleo de condições materiais impõe-se como uma regra ou norma jurídica que, se violada, possibilita que se busque judicialmente a concretização dos efeitos por ela pretendidos, reforçando entendimento doutrinário anteriormente citado.

Com isso, resta-nos verificar o qual seria conteúdo essencial material do direito ao mínimo existencial. É definido por consenso histórico e social? Ricardo Lobo Torres, novamente, bem esclarece que o conteúdo essencial do mínimo existencial se desenvolveu em torno de questões ligadas às restrições a direitos fundamentais (ob, cit.p. 85).

Escapando do *decisionismo*, no processo civilizatório ocidental, em seu atual estágio histórico, econômico, social e cultural, não se discute que a dignidade da existência humana passa, inevitavelmente, primeiro, pela preservação da vida biológica e, por conseguinte, pela sobrevivência e manutenção do corpo, dimensão primeira do mínimo existencial. Há também outra dimensão, a espiritual e intelectual, cujo o mínimo deveria ser fornecido aos cidadãos para que pudessem, dentro do possível na sociedade capitalista, exercer suas liberdades no desenvolvimento pessoal e social.

No caso, como vimos, o fornecimento de banho em temperatura ambiente, a depender da estação do ano, afeta negativamente a saúde (doenças respiratórias e cardiovasculares), colocando em risco a própria vida do detento, cuja integridade física e moral o Estado tem o dever constitucional de proteger. Ademais, a saúde é dever constitucional do Estado, sobretudo as ações de medicina preventiva, como direito fundamental social, em sua proteção mínima, como é o caso. O STF, no excelente voto do Ministro Celso de Mello, já reconheceu isso em diversas ações individuais para fornecimento de medicamentos.

Neste ponto, Ricardo Lobo Torres, editora Renovar, p. 36, definindo o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro

CEP: 01501-020 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

direito existencial: “não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a situações existenciais dignas. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. *A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados*”.

O Ministro Luis Roberto Barroso (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, Revista de Direito Administrativo 225:3-37, 2001) esclarece que "núcleo material elementar da dignidade humana é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade".

Anote-se que, no caso, protege-se, em última instância, a mínima segurança de existência dos presos, mais do que propriamente a sua qualidade de vida. "Ce n'est pas la quadrature du cercle". Em tempos de estado mínimo, direito mínimo. Estado de respeito começa por respeitar a dignidade da pessoa humana de todos, inclusive dos presos, ainda que em patamar mínimo.

Também não se mostra desproporcional nem desarrazoada a prestação material pedida na inicial, já que envolve apenas fornecimento de banho em temperatura adequada ao clima. Não se pede, por exemplo, "one man, one shower", ao estilo "one man, one cell", negado pela Suprema Corte dos EUA, em 1979, quando reconheceu como direito constitucional a integralidade física e mental dos presos (Bell v. Wolfisch, 441, U.S. 520), com base nos princípios da igualdade, da não discriminação e da moralidade.

Portanto, à vista das facticidades prisional e processual, em respeito ao direito mínimo existencial, o Poder Judiciário pode impor ao Estado de São Paulo, por omissão no cumprimento da regra constitucional contida no artigo 143 CE, que instale equipamentos para fornecimento de água aquecida aos presos, sem que isso importe em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro

CEP: 01501-020 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

violação ao princípio da separação dos poderes ou à regra da maioria parlamentar. No contexto da atual constitucionalização, pelo contrário, revela o funcionamento harmônico entre os poderes (Ana Paula de Barcellos, ob, cit. p. 272). Como dito, não há opção política majoritária que viole o mínimo existencial.

A questão orçamentária, que nos resta analisar, já que o cumprimento do julgado importará em despesa pública, demanda uma breve consideração sobre a expressão "reserva do possível".

A "reserva do possível" não é princípio nem norma jurídica. Nasceu do julgamento pelo Tribunal Constitucional Alemão de demanda em que se discutia a criação de vagas para estudantes habilitados no vestibular de faculdade de medicina. O TCA, basicamente, entendeu que o pedido sujeitava-se à reserva do possível "no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão" (citação de Jürgen Schwabe, Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Editora Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 663/664, por Ricardo Lobo Torres, ob. cit. p. 104).

Portanto, como bem ensina Ricardo Lobo Torres, é um "conceito heurístico aplicável aos direitos sociais" e "equivale a 'reserva democrática', no sentido de que as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária do legislador. Não se confunde com a expressão 'reserva do orçamento', à qual pode se incorporar se a pretensão ao direito social vier a ser concedida pelo legislador".

É evidente que a "reserva do possível", por sua gênese jurisprudencial, guarda relação apenas com os direitos sociais, já que na Alemanha estes não se confundem com os direitos fundamentais, escapando da "reserva do orçamento", via de regra, e, ainda nesse âmbito referindo-se apenas a direitos sociais.

Exatamente, por isso, prossegue Ricardo Lobo Torres: "não é aplicável ao



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro

CEP: 01501-020 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

mínimo existencial, que se vincula à reserva orçamentária e às garantias institucionais da liberdade, plenamente sindicáveis pelo Judiciário nos casos de omissão administrativa ou legislativa" (ob. cit. p. 105/106).

Esse entendimento doutrinário é confirmado por julgados do STF (ADPF 45/DF -de cunho doutrinário, pois houve perda do objeto – voto do Ministro Celso de Mello; AI 564.035, Ministra Carmen Lúcia) e do STJ (REsp 898.458, Ministra Eliana Calmon). No próprio julgamento liminar da ADPF 347, o voto do Ministro Marco Aurélio Mello.

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde, algumas aproximações, p. 37), em citação de Ricardo Lobo Torres (ob. cit. p. 108) entendem que a "reserva do possível" não se aplica às prestações vinculadas ao mínimo existencial, muito embora aplicável aos direitos fundamentais.

Ana Paula de Barcellos (ob. cit. P. 290), vai mais além dizendo que a alegação da reserva do possível (ainda que no contexto da fática) para deixar de atender a pretensão ligada ao mínimo existencial revelaria a "confissão de uma conduta inconstitucional anterior por parte da própria autoridade pública. Com efeito, se a alegação é real – isto é: se de fato não há recursos físicos ou alocados no orçamento – e ao mesmo tempo, condições elementares para a dignidade humana deixaram de ser asseguradas a um indivíduo (o autor da demanda) é porque os recursos públicos existentes foram alocados em desacordo com a prioridade estabelecida pela Constituição".

Na realidade, a "reserva do possível" fática como escassez ou finitude de recursos orçamentários não pode ser alegada em face de demanda que envolve respeito ao mínimo existencial, como é o caso. Aqui, frise-se que na origem a expressão não tinha essa extensão, relacionada à exaustão de recursos. Referia-se à "reserva democrática" e, quando escolhida, à "reserva do orçamento", chamada de jurídica.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro
 CEP: 01501-020 - São Paulo - SP
 Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

A "reserva do possível" jurídica, ou "reserva orçamentária", para efetividade ou eficácia social do princípio da dignidade humana e dos direitos fundamentais mencionados acima, nos seus patamares mínimos, como é o caso, também não pode ser invocada pelo Poder Executivo para se esquivar de dever constitucional de protegê-los, pois, do contrário, haveria "nulificação ou, até mesmo aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade" (voto do Ministro de Celso de Mello, na ADPF 45).

Assim, seria inócuo admitir a eficácia jurídica positiva ou simétrica desse princípio e desses direitos, no seu conteúdo material mínimo, como é quase consenso na doutrina e na maioria do STF, sem permitir ao Poder Judiciário que impusesse ao Poder Executivo a obrigação de proceder à abertura de créditos adicionais (artigos 166, parágrafo 3º, II, e 167, V, ambos da CF), se não houver dotação orçamentária, com anulação de despesas correspondentes aos recursos necessários, ou mesmo ao uso da verba destinada às despesas de natureza contingente, segundo LRF, em se tratando de comando liminar e não de julgado definitivo (Eduardo Appio, Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil, p. 179/181). Ou ainda à inclusão de crédito no orçamento (LOA) seguinte. No entanto, isso será melhor analisado no incidente de cumprimento.

Diversamente do alegado na contestação, este juízo não dispensará o Estado do cumprimento do artigo 167, e incisos, da CF, assim como da prévia licitação para contratação de obras de reformas das unidades prisionais (artigo 37, XXI, CF). Ocorre que, mesmo depois do restabelecimento da tutela pelo STJ, o Estado de São Paulo não fez qualquer movimento político-institucional para alteração da lei orçamentária, quando menos abertura de certame licitatório.

O Estado alega que prioriza na sua política penitenciária a construção de unidades para dar conta da demanda crescente da criminalidade. Porém, como se vê pelo atual *deficit* carcerário, nem esta prioridade conseguiu atingir, estando, pior, bem longe



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro
 CEP: 01501-020 - São Paulo - SP
 Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

disso.

Outrossim, em termos processuais, o Estado não provou a exaustão de recursos, em tempos de crise fiscal, tampouco como executa seu orçamento sobretudo na pasta SAP. Não comprova que a execução dos recursos orçamentários deu-se em atendimento às prioridades do legislador constituinte originário, e não do governo de plantão.

Em outros termos, as prioridades definidas na lei orçamentária e executadas pelo Executivo deveriam coincidir com as fixadas pela CF, sobretudo as pertinentes ao mínimo existencial dos direitos fundamentais e sociais, dando eficácia social ao princípio da dignidade humana.

Até porque não seria constitucional o Estado gastar, por exemplo, em publicidade, alegando não ter recursos para fornecer tratamento minimamente digno a seus detentos. Sem falar nos costumeiros desvios ou distorções na execução orçamentária, dentro da política do "presidencialismo de coalizão", praticada em todas as esferas de governo.

Concluindo, a alegação da "reserva do possível", na espécie, assumiu nitidamente caráter retórico, de mera barreira argumentativa-jurídica para o descumprimento sem sanção de regra constitucional, de direito ao mínimo existencial.

A eficácia social de todo direito, individual (liberdades, propriedade etc.) ou social (saúde etc.) tem um custo orçamentário. Portanto, não se sustenta mais a alegação de que somente a realização de direitos sociais importam em despesa. No nosso caso, nem se trata de direito social, e sim de custo para atender a patamar mínimo da dignidade humana.

Desta forma, não tendo havido prova da exaustão orçamentária (dimensão



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro

CEP: 01501-020 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

fática), o que tornaria o princípio da dignidade humana uma ficção constitucional, nem de que as prioridades orçamentárias estavam de acordo com as estabelecidas pelo legislador originário e, ainda, foram executadas assim, tal restrição (reserva do possível) como limite fático ao controle judicial de ato omissivo de política penitenciária não se sustenta.

Frise-se, por fim, que manter o preso em condições indignas, ainda que seja uma decisão político-administrativa, apoiada por muitos na sociedade civil, é absolutamente ilegítima, inconstitucional, violadora do mínimo existencial da dignidade humana, como reconhecido liminarmente pelo STF na ADPF 347, além de afrontar os princípios da isonomia, da não discriminação e da moralidade, podendo, no limite, ser o reconhecimento de que vivemos em estado de exceção, numa soberania marcada pela tanatopolítica ("fazer viver e *deixar morrer*").

Ante o exposto e o que mais consta dos autos, julgo procedente a ação, na forma do artigo 487, I, do CPC, para, em confirmando a tutela antecipada de urgência, condenar o Estado de São Paulo à *obrigação de fazer consistente no fornecimento de banho em temperatura adequada ao clima aos presos do seu sistema penitenciário, providenciando a instalação de equipamentos adequados para tanto*. Sem custas e verba honorária, por força de lei.

Anote-se, por fim, que a questão referente ao cumprimento da tutela antecipada, a despeito da não publicação do v. Acórdão do STJ que a restabeleceu em abril de 2017, será analisada no incidente digital já existente, após a vinda das notas taquigráficas do aludido julgamento já solicitadas àquela Corte em meados do ano passado.

P.I.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2020.

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907 - Centro
CEP: 01501-020 - São Paulo - SP
Telefone: 3242-2333r2037 - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br