XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

ANA CLAUDIA FARRANHA SANTANA

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

MARLI MARLENE MORAES DA COSTA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos sociais e políticas públicas III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Ana Claudia Farranha Santana, Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann, Marli Marlene Moraes Da Costa – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-185-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

Apresentação

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI – BRASILIA-DF, realizado em parceria com a Universidade de Brasília, apresentou como temática central " Direito e desigualdades: um diagnóstico e perspectivas para um Brasil justo". Esse tema suscitou intensos debates desde a abertura do evento e desdobramentos ao decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias. Particularmente, a questão da desigualdade social mereceu destaque no Grupo de Trabalho "Direitos Sociais e Políticas Públicas III", na medida em que inequivocamente são os direitos sociais aqueles que mais se acercam do princípio da dignidade da pessoa humana e da plenitude da cidadania, na medida em que propendem a redução das desigualdades entre as pessoas, que podem proporcionar os indivíduos as mais completas e dignas condições de vida.

Sob a coordenação das Profa. Pós-Dra. Edna Raquel Hogemann(UNESA/UNIRIO), Profa. Dra. Ana Claudia Farranha Santana (UNB) e Profa. Dra. Marli Marlene Moraes da Costa (USCS), o GT "Direitos Sociais e Políticas Públicas III" promoveu sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade das temáticas abordadas pelos expositores.

Eis uma breve síntese dos trabalhos apresentados:

Sob o título "Programa jovem aprendiz: inclusão ou inserção social através do trabalho", a autora Michelli Giacomossi investiga as atividades desempenhadas e a relação do exercício profissional com a formação oferecida pelo programa; a receptividade do empregador quanto a imposição legal da contratação; identificar se ocorre capacitação profissional, efetividade do programa e adequação à legislação.

Amanda Tavares Borges e Priscila Mara Garcia apresentaram o trabalho "Políticas ativas e passivas de mercado de trabalho: desafios para o crescimento e o emprego em que analisam o funcionamento do Sistema Público de Emprego Brasileiro, de 2004 a 2014 e de 2014 para 2015".

"Professor readaptado: perspectivas de proteção" é o titulo do trabalho apresentado por Mariana Carolina Lemes e Daniel Roxo de Paula Chiesse que propõe-se a responder de que forma um professor se torna readaptado, apresentando-se como hipótese a necessidade de políticas públicas para salvaguarda dos direitos do professorado.

Claudia Socoowski de Anello e Silva discorreu sobre "Trabalho, gênero e políticas públicas: um estudo da experiência feminina no polo naval de Rio Grande" buscando analisar de que forma se deu a ocupação de postos de trabalho gerados no Polo Naval de Rio Grande-RS pelas mulheres.

"O lugar ocupado pela educação brasileira na exclusão/inclusão das identidades trans" é o título da apresentação de Luciana Barbosa Musse e Roberto Freitas Filho. O artigo enfrenta o problema da promoção, via educação, do reconhecimento das identidades trans como sujeitos de direito que fogem às normas de gênero, através de políticas públicas que garantem seu pleno desenvolvimento.

Ana Carolina Greco Paes discorreu sobre a "Educação democrática e políticas públicas de promoção ao direito à liberdade de crença no currículo escolar do ensino religioso no estado de Minas Gerais."

"Controle judicial das políticas públicas na área da educação: disponibilização de cuidadores na rede pública de ensino para alunos portadores de necessidades especiais como efetivação do direito social à educação" é o título do artigo apresentado por Larissa Ferreira Lemos e Jéssica Oliveira Salles que analisa os aspectos de legalidade do ato administrativo, busca meios de compelir o Estado ao cumprimento forçado dos preceitos violados, efetivando o direito social à educação dos alunos portadores de necessidades especiais.

Vicente Elísio de Oliveira Neto é o autor de "O conflito estado/terceiro setor e a educação das pessoas com deficiência", artigo que trata das premissas constitucionais das relações estado/mercado/terceiro setor, direcionadoras da conjugação de forças tendentes à implementação progressiva dos direitos sociais.

"A luta pela consagração do direito de tentar à luz dos direitos fundamentais" é o título do artigo apresentado por Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Simone Alvarez Lima enfoca a relação entre os avanços da união ciência e tecnologia e novos direitos fundamentais. Promove uma reflexão sobre as discussões no Congresso Nacional relativas à fosfoetanolamina sintética, sem registro na Anvisa - a “pílula do câncer”, envolvendo o direito de tentar.

Meire Aparecida Furbino Marques e Simone Letícia Severo e Sousa enfocaram "O direito fundamental social à saúde e a medicina baseada em evidência – MBE como instrumento de verificação da (im)possibilidade de fornecimento de fosfoetanolamina na via judicial."

"Políticas e ações públicas: conceitos, atores e regulação diante do ordenamento jurídico brasileiro" foi apresentado por Caroline Helena Limeira Pimentel Perrusi e Annuska Macedo Santos De França Paiva. Nesse artigo as autoras buscam trabalhar com conceitos de políticas e ações públicas a partir da concretização de problemas sociais, e esclarecem quem são os atores, os quais podem variar conforme o tipo de política e seus destinatários.

Edith Maria Barbosa Ramos e Ines Alves De Sousa são as autoras do ensaio intitulado "Direito à saúde, gênero e desigualdade: uma análise inicial da (in) visibilidade da endometriose" no qual promovem análise da endometriose, patologia que acomete seis milhões de mulheres no Brasil, e que aparece, no estudo, como símbolo da invisibilidade das doenças exclusivamente femininas.

"O paradoxo da eficácia dos direitos humanos" foi apresentado por Leilane Serratine Grubba , Márcio Ricardo Staffen. O artigo tem por objeto os direitos humanos e objetiva analisar a existência de um paradoxo específico no discurso tradicional-onusiano.

Sérgio Tibiriçá Amaral e Mário Coimbra são os autores do artigo intitulado "As doenças da dengue, chikungunya e zica virus, a desobediência ao princípio da proibição da proteção deficiente e a responsabilidade civil do Estado" cujo objeto foi a discussão a respeito da culpa objetiva dos entes federativos e a cabível a reparação dos danos materiais, inclusive dano moral difuso.

"Discriminação positiva e ações afirmativas: uma necessidade no regime jurídico brasileiro para promover a inclusão dos negros", apresentado por Tacianny Mayara Silva Machado e Sandra Lúcia Aparecida Pinto trata da importância da discriminação positiva aliada as ações afirmativas para promover a inclusão social de grupos vulneráveis da sociedade brasileira, em especial, os negros, além de uma análise do conceito de ação afirmativa e discriminação positiva, verificando a forma que os institutos são aplicados no atual ordenamento jurídico brasileiro.

Luana Nunes Bandeira Alves e Girolamo Domenico Treccani são os autores do ensaio intitulado "As comunidades quilombolas e o reconhecimento territorial: a busca pela efetivação de um direito humano que analisa o direito territorial das comunidades remanescentes de quilombo enquanto um direito humano assegurado em esfera internacional,

por meio da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho e nacional através do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias."

Partindo do pressuposto de que as Políticas públicas são programas do governo que influenciam diretamente na vida dos cidadãos e que na formulação e implementação dessas políticas públicas, tem-se a presença dos atores políticos e privados, Diolina Rodrigues Santiago Silva apresentou o artigo "Os beneficiários finais atores pouco atuantes e influentes nas decisões em políticas públicas no Brasil."

"Reserva do possível, direitos fundamentais e auto contenção dos poderes: uma nova perspectiva", da autoria de Victor Roberto Corrêa de Souza, tem por objetivo ilustrar indagações sobre a relação entre a reserva do possível e os direitos fundamentais, respondendo-as sob a perspectiva de teorias constitucionais como autocontenção dos poderes, confiança, proporcionalidade e razoabilidade.

Em "A perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais na elaboração de políticas públicas", Isabela Bentes De Lima analisa o conteúdo dos direitos fundamentais, por meio de uma análise histórica de seu surgimento, especificando as perspectivas jurídica-subjetiva e jurídico-objetiva.

Paulo Roberto De Souza Junior discorre sobre o tributo ambiental, chamado de ICMS - Verde ou Ecológico, destinado à remuneração dos municípios que optarem pela conservação ambiental em seu artigo intitulado "O Conselho Municipal do Meio Ambiente e sua função dentro da política ambiental do Município De Nova Iguaçu/RJ."

"O controle de políticas públicas na perspectiva do orçamento: uma análise da atuação do STF no RE n. 592.581" é o artigo que aborda um estudo de caso, correspondente ao recurso extraordinário n. 592.581, no qual o Supremo Tribunal Federal determinou a promoção de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, para assegurar a integridade física e moral de detentos, de autoria de Ricardo Schneider Rodrigues.

Fernando Rocha Palácios analisa até que ponto as políticas de financiamento educacional FUNDEF/FUNDEB podem ser caracterizadas como cooperativas em seu ensaio intitulado "Relações intergovernamentais cooperativas no federalismo brasileiro. Uma análise da política pública FUNDEF/FUNDEB e sua repartição de receitas."

O sistema “S” é objeto de análise no artigo intitulado "A atuação dos serviços sociais autônomos como agentes de promoção de políticas públicas", objetivando a diminuição das

desigualdades sociais e o desenvolvimento econômico sustentável, de autoria de Abimael Ortiz Barros , Viviane Coêlho de Séllos Knoerr.

Ruth Maria Argueta Hernández promove uma análise dos programas de transferência condicionada, que representam o mais recente em políticas públicas na América Latina, com a sua presença em 20 países da região e um alto número de beneficiários que apresentam condições de vida marcadas pela pobrez", em seu artigo intitulado "Programas de transferências condicionadas: bolsa família no Brasil e outros na América Latina."

Por derradeiro, Ana Paula Meda e Renato Bernardi apresentaram o artigo intitulado "Direito Fundamental à moradia e a sentença T-025/2004 da Corte Constitucional da Colômbia: estado de coisas inconstitucional no Brasil", no qual promovem a análise de um julgado da Corte colombiana que trata da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no país que se refere aos deslocados internos.

De posse destas análises, desejamos uma boa leitura ao/a leitor/a.

Profa. Dra. Ana Claudia Farranha Santana (UNB)

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann (UNIRIO / UNESA)

Profa. Dra. Marli Marlene Moraes Da Costa (UNISC)

O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA PERSPECTIVA DO ORÇAMENTO: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO STF NO RE N. 592.581

CONTROL OF PUBLIC POLICIES ON BUDGET PERSPECTIVE: AN ANALYSIS OF THE SUPREME COURT APPEAL N. 592.581

Ricardo Schneider Rodrigues [1]

Resumo

Este artigo refere-se a um estudo de caso, correspondente ao recurso extraordinário n. 592.581, no qual o Supremo Tribunal Federal determinou a promoção de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, para assegurar a integridade física e moral de detentos, vedando a invocação da reserva do possível. A tese foi fixada em sede de repercussão geral e deverá ser observada pelas demais instâncias em outros casos análogos. A partir dos fundamentos invocados pelo Tribunal no acórdão, verificou-se que as regras orçamentárias não foram devidamente observadas, não sendo adequado estabelecer, a priori, a restrição quanto à invocação da reserva do possível.

Palavras-chave: Políticas públicas, Controle judicial, Orçamento

Abstract/Resumen/Résumé

This is a case study corresponding to the appeal n. 592,581, in which the Supreme Court ruled the promotion of emergency buildings in prisons, to ensure the physical and moral integrity of prisoners, forbidding the use of the theory of reserve possible. The thesis was fixed at general repercussion and therefore should be observed by the other instances in other similar cases. From the reasons given by the Court in its judgment, it found that the budget rules were not properly observed and it is not appropriate to set a priori restriction on the invocation of reserve possible.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public policies, Judicial review, Buget

[1] Doutorando em Direito pela PUC/RS. Mestre em Direito Público pela UFAL. Professor do Centro Universitário CESMAC. Procurador do Ministério Público de Contas de Alagoas.

1 INTRODUÇÃO

O denominado ativismo judicial tem provocado sérias críticas pela forma que interfere em outras políticas públicas, podendo inviabilizar o planejamento e as escolhas pela administração.[1] Na área da saúde, por exemplo, pesquisas demonstram que montante considerável do orçamento público vem sendo destinado ao atendimento de decisões judiciais em favor de parcela restrita da população e em detrimento de políticas públicas mais abrangentes.[2]

Não se pode dizer que haja consenso na doutrina e na jurisprudência quanto à (in)observância das regras de Direito Financeiro, quando se trata da intervenção judicial para resguardar direitos fundamentais, em especial, os relacionados à saúde. Muitas vezes o orçamento é visto como uma "questão menor" a ser superada pela defesa do direito à vida, ética e juridicamente superior.[3]

Neste contexto, no presente trabalho será realizado um estudo de caso, para analisar como o Supremo Tribunal Federal (STF) tratou da "questão orçamentária" no recente acórdão do recurso extraordinário (RE) n. 592.581. A escolha do julgado se justifica pela potencial influência que exercerá sobre toda a magistratura diante do reconhecimento da existência de repercussão geral. Ademais, a tese fixada autoriza o Judiciário a impor à Administração Pública obrigação de fazer relacionada à promoção de medidas ou 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".[4]

É dizer, o referido precedente não será utilizado apenas nos casos extremos, em que as condições precárias da unidade prisional ameaçarem a vida do preso, mas também quando violarem a sua moral. Além disso, inúmeras outras situações poderão ser abarcadas sob o manto da dignidade da pessoa humana, comportando ampla utilização em processos judiciais futuros.

---

[1] FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade. **Dados – Revista de Ciências Sociais**. 2009, vol. 52, n.1, p. 223-251. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/dados/v52n1/v52n1a07.pdf >. Acesso em: 26 out. 2015.

[2] CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. **Rev. Saúde Pública**. 2010, vol. 44, n. 3, p. 421-429. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/rsp/v44n3/05.pdf >. Acesso em: 26 out. 2015.

[3] AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti Timm (Coord.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 79-99.

[4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no recurso extraordinário n. 592.581. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowiski. Brasília, 13 ago. 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, 01 fev. 2016.

Ademais, na ocasião, o STF afastou a possibilidade de se utilizar os argumentos da reserva do possível e do princípio da separação dos poderes em tais casos, o que torna o tema bastante relevante para o exame do controle judicial de políticas públicas sob o viés orçamentário.

Pretende-se apurar se o Supremo Tribunal Federal, ao determinar a implementação de políticas públicas, analisa de forma adequada o impacto orçamentário de sua decisão, conforme preconizam as regras de Direito Financeiro. O exame do caso será realizado, portanto, a partir da perspectiva orçamentária, sendo este o ponto de partida do presente trabalho. Em seguida serão analisados os fundamentos da decisão, tecendo-se as críticas relacionadas à in(observância) das regras de Direito Financeiro. Será objeto de estudo em apartado o *case* Brown v. Plata, da Suprema Corte americana, invocado pelo STF como reforço de argumentação na decisão que estabeleceu ao poder público a obrigação de implementar políticas públicas.

2 O CONTROLE DOS GASTOS PÚBLICOS SOB O VIÉS ORÇAMENTÁRIO: A RECONDUÇÃO DO GESTOR AO SEU PAPEL

O problema da escassez dos recursos e da ampla gama de direitos fundamentais acobertados no texto constitucional, a exemplo da saúde (art. 196) e da educação (art. 208, § 1º), traz para o debate – ou ao menos deveria trazer – a compreensão e aplicação das regras relacionadas ao ciclo orçamentário.

É interessante notar que, embora o Direito Constitucional Financeiro tenha por "objeto o conjunto de normas do sistema constitucional que regulam, direta ou indiretamente, a atividade financeira do Estado",[5] a discussão relativa à concretização de direitos fundamentais – os quais, há muito se sabe, exigem recursos públicos consideráveis, sejam eles considerados direitos de defesa, sejam eles direitos prestacionais[6] – passa ao largo de qualquer aprofundamento maior das regras atinentes ao orçamento.

Élida Graziane Pinto percebe com clareza a importância e a necessidade de, na quadra atual, dar a devida relevância ao aspecto orçamentário do controle de políticas públicas. O ideal seria que a atuação judicial nesses casos, além de conferir determinada prestação, como um medicamento ou a matrícula numa creche, também repercutisse na administração pública "pela via

---

[5] TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 54.

[6] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights.** New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 48.

regular e universal da previsão legal de recursos suficientes no corresponde programa de ação governamental".[7]

Contudo, na prática observa-se um grande volume de ações individuais, com forte impacto sobre o planejamento e orçamento públicos, acirrando os discursos favoráveis e contrários à judicialização de políticas públicas. Com efeito, é imprescindível voltar os olhos para a capacidade de se controlar o orçamento público pelo viés jurídico-constitucional,[8] pois:

> Se o único modo constitucionalmente adequado e legitimo de alocar recursos públicos no Brasil passa pela natureza das leis de plano plurianual. Diretrizes orçamentárias e orçamento anual, a execução de tais leis não pode desbordar dos limites legais, nem frustrar aquela normatividade, impondo-lhe mero sentido retórico [...][9]

Em verdade é preciso afastar a ideia do Direito Financeiro como um obstáculo à realização de políticas públicas, para estudá-lo como um instrumento essencial ao planejamento da atividade estatal. Com razão Heleno Taveira Torres ao asseverar a impossibilidade de se aplicar a Constituição ou promover as suas ações, programas e políticas públicas sem valer-se dos meios e conteúdos do Direito Financeiro, integrando-se, pois, a Constituição Financeira e as Constituições Econômicas, Político-Federativa e Social.[10]

Antes de se cogitar da outorga da prestação jurisdicional, é preciso apurar a existência de uma política pública, conforme bem assevera Vanice Regina do Valle.[11] Para autora, a própria obrigação de formular uma política pública pode ser objeto da medida judicial e não apenas o efeito ou produto dessa, até porque a atuação tópica não tem um compromisso maior com as etapas de implementação e de resultados, não sendo, portanto, a melhor forma de controle de políticas públicas.[12]

Destarte, uma atuação inicial mais recomendável seria a de fazer com que o gestor cumpra o seu papel de planejamento por meio das leis orçamentárias, prevendo os meios para concretizar os direitos fundamentais. Em seguida, não permitir a discricionariedade na execução do orçamento em relação aos programas essenciais à concretização dos direitos fundamentais, salvo o

---

7 PINTO, Élida Graziane. **Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação.** Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 21.
8 *Ibidem*, p. 21.
9 *Ibidem*, p. 22.
10 TORRES, *op. cit.*, p. 161.
11 VALLE, Vanice Regina do. **Políticas Públicas, Direitos fundamentais e Controle Judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 150.
12 *Ibidem*, p. 154.

contingenciamento justificado pela demonstração de que se atende a outros direitos de igual ou equivalente importância.

Deve haver progressividade – vedação ao retrocesso, portanto – dentro do orçamento possível e não apesar dele, pois a limitação dos recursos públicos será sempre um limite objetivo e intransponível para o Estado atender a todas as demandas que lhe são cobradas.

Percebe-se, cada vez mais, a necessidade de se compelir o poder público a concretizar os direitos fundamentais, mas sem que, desta forma, sejam subvertidas as regras orçamentárias. Não há como, pois, prescindir do ato de planejar e escolher prioridades, sob pena das consequências adversas contrariarem a realização de outros direitos de igual ou superior estatura, muitos até com densidade normativa suficiente a autorizar, sem maiores esforços hermenêuticos, a conclusão pela existência de verdadeiros direitos públicos subjetivos, como ocorrem em alguns casos relacionados à saúde e à educação.[13]

Não se defende aqui a adesão irrestrita à reserva do possível, já criticada pela doutrina há algum tempo pela sua utilização muitas vezes equivocada, por desconsiderar as diferenças marcantes entre o desenvolvimento econômico e social existente no país onde foi concebida e o brasileiro.[14] Em relação a determinados direitos fundamentais, como saúde e educação,[15] ou, mais especificamente, quanto àqueles direitos subjetivos definitivos relacionados ao mínimo existencial, é defensável a superação das restrições decorrentes da reserva do possível.[16] Contudo, é preciso considerar que a reserva do possível também pode atuar como garantia dos direitos fundamentais, nos casos de conflitos de direitos, quando a invocação da indisponibilidade de recursos estiver fundamentada na proteção do núcleo essencial de outro direito fundamental.[17] Daí a importância do princípio da proporcionalidade, em sua dupla dimensão de proibição do excesso e de insuficiência. Os responsáveis pela concretização de direitos fundamentais devem atentar para os critérios parciais da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, e respeitar o núcleo essencial do direito restringido, entretanto "não poderão, a pretexto de promover algum

---

[13] SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 252-253.

[14] KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os descaminhos de um direitos constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

[15] *Ibidem*, p. 56.

[16] SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM; Luciano Benetti Timm (Coord.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 36.

[17] *Ibidem*, p. 30.

direito, desguarnecer a proteção de outro(s) no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito".[18]

Por tais razões, o julgado do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário n. 592.581 deve ser examinado com a devida cautela, na medida em que afastou, *a priori*, a possibilidade de o poder público invocar em demandas judiciais futuras a aplicação da teoria da reserva do possível, como argumento para impedir ou limitar a imposição judicial de obrigações de fazer que repercutam no orçamento público. Desta forma, sem considerar as possíveis nuances de fato que poderão ocorrer em outros casos relacionados à proteção à integridade física e moral do detento no ambiente prisional, até porque seria impossível prever todas as possibilidades de imediato, o STF já definiu que esse argumento não poderá mais ser invocado pelo poder público. Diante disso, é necessário estudar o caso, para compreender se a fundamentação invocada pelo Tribunal justifica uma decisão tão abrangente.

3 O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DO RE 592.581

Inicialmente, convém destacar que a jurisprudência do STF e a doutrina processual civil reconhecem a atual tendência de transformar os julgamentos em sede de recurso extraordinário num instrumento de controle difuso e abstrato de constitucionalidade, ensejando a aplicação da tese firmada em sede de repercussão geral em outros casos que versem sobre a mesma matéria.[19] Não foi outro o entendimento quando o próprio relator do recurso extraordinário n. 592.581 assentou que "as teses nele fixadas servirão de baliza à atuação das demais instâncias do Judiciário em casos análogos".[20] O novo Código de Processo Civil manteve essa tendência ao disciplinar a repercussão geral e o julgamento dos recursos repetitivos em seus arts. 1.035 a 1.041, bem como ao estabelecer o dever de os tribunais observarem as decisões do STF em sede de recursos extraordinário repetitivos (art. 927).

A tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário n. 592.581, processado sob as regras da repercussão geral, e que deverá ser observada pelas diversas instâncias do Poder Judiciário, ficou assentada desta forma:

> É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais

---

[18] *Ibidem*, p. 33.

[19] DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 3. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 271.

[20] BRASIL, *op. cit.*, p. 9.

> 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.

O processo teve origem em ação civil pública deflagrada pelo Ministério Público em face do Estado do Rio Grande do Sul. No primeiro grau, a demanda foi julgada procedente e determinou-se ao ente público que, em 06 (seis) meses, realizasse reforma geral no Albergue Estadual de Uruguaiana.

O Tribunal de Justiça gaúcho reformou o julgado para julgar improcedente a ação, ao argumento de que existiria norma de cunho programático, não sendo possível impor ao Poder Executivo uma obrigação de fazer que importasse gastos sem previsão orçamentária. Aduziram-se, ademais, as notórias dificuldades financeiras do Estado e a cláusula da reserva do possível.

Na Suprema Corte foi apontado como fato incontroverso que a situação do Albergue Estadual de Uruguaiana era efetivamente atentatória à integridade física e moral de seus detentos. Vasta fundamentação no voto do relator foi dedicada à violação à dignidade da pessoa humana que tais condições precárias ensejavam, de modo a malferir inclusive normas internacionais.

Em diversas passagens o STF revela uma preocupação em demonstrar que não está a invadir seara constitucionalmente reservada aos outros Poderes. Não obstante, ao enfrentar o argumento central oposto ao controle judicial, consubstanciado nas limitações objetivas para a implementação de políticas públicas, a análise da Corte restringiu-se a afirmar a existência de recursos públicos no Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), que teria, até junho de 2015, arrecadado a considerável importância de R$2.324.710.885,64.

Daí a primeira surpresa em relação ao julgado. Para afastar o argumento da ausência de previsão orçamentária e de recursos públicos necessários à realização das obras em estabelecimento prisional estadual, considerou-se a existência de recursos públicos em um fundo federal, asseverando que para dar solução ao problema prisional bastaria à União e aos Estados conjugarem esforços para resolvê-lo. Ocorre que a União não integrava o polo passivo da demanda[21] e, obviamente, não poderia ser compelida por este julgado a firmar convênios com qualquer Estado, em especial com o Rio Grande do Sul.[22]

---

[21] A União não era parte na demanda, mas manifestou-se no feito como *amicus curiae*, ao lado de outros Estados.

[22] Em sessão realizada em 09/09/2015, o STF deferiu medida cautelar na ADPF n. 347, determinando à União que liberasse as verbas do (FUNPEN) e se abstivesse de realizar novos contingenciamentos.

Além disso, no ano de 2015 esse Estado passou a enfrentar uma grave crise fiscal, que repercutiu em seus compromissos com os servidores públicos estaduais e com a própria União, impedindo-o de receber transferências voluntárias, tais como as decorrentes do Funpen, por força do art. 25, § 1º, IV, "a", da Lei complementar n. 101/2000 (LRF).[23]

Outro óbice ao cumprimento imediato da decisão da Suprema Corte decorre do art. 72 da Lei n. 4.320/1964, segundo o qual a aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a fundos especiais depende da existência de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais (princípio orçamentário da legalidade).[24] Contudo, não há qualquer menção no julgado quanto à existência de previsão no plano plurianual, na lei de diretrizes orçamentárias ou na lei orçamentária anual, seja da União, seja do Estado, de dotação referente ao Albergue de Uruguaiana, cuja reforma geral, de acordo com a sentença restaurada pelo STF, deveria ocorrer no prazo de 6 (seis) meses.

Ainda que se advogue a tese de que, no caso concreto, diante da gravidade das violações aos direitos humanos seria justificável a superação das regras orçamentárias constitucionais, é preciso atentar para o fato de que a decisão se deu em sede de repercussão geral. Percebe-se, portanto, que mais do que solucionar o problema da unidade prisional de Uruguaiana, a partir da constatação da existência de recursos orçamentários federais no Funpen, a decisão do STF fixou tese de ampla abrangência, capaz de repercutir em políticas públicas de todos os entes da federação. Isto porque, conforme assentado anteriormente, o entendimento corrente é favorável à aplicação da tese firmada pelo STF em outros casos análogos, pelas demais instâncias do Judiciário.

A partir de agora, os Estados poderão ser alvo de demandas judiciais destinadas a "dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral", mas com uma ressalva: não poderão mais aduzir a existência de limitações materiais objetivas relacionadas à ausência de recursos orçamentários e financeiros, pois o STF afastou, *a priori*, a possibilidade de se opor a cláusula da reserva do possível.

Durante os debates da Corte, o Min. Edson Fachin chegou a ponderar que a tese deveria ser firmada de outra forma, para assegurar a possibilidade de, caso a caso, ser "oponível à decisão o argumento da reserva do possível somente em decorrência de justo motivo, objetivamente

---

[23] RIO GRANDE DO SUL (Estado). Poder Executivo**. Nota sobre o bloqueio das contas do Estado**. Disponível em: < http://www.rs.gov.br/conteudo/222393/nota-sobre-o-bloqueio-das-contas-do-estado/termosbusca=* >. Acesso em: 10 abril 2016.

[24] Assim, também, exige o art. 165, § 5º, inc. I, da CF, e o art. 25, § 1º, I, da LRF.

aferido".[25] Argumentou que o magistrado não poderia substituir o gestor público, mas compeli-lo, através de medidas eficazes, conforme as escolhas políticas do próprio gestor, a adotar o programa que assegurasse a dignidade dos que estão encarcerados.

Em sentido parecido, mas sem discordar da proposta inicial do relator, o Min. Luís Roberto Barroso assentou que a regra geral a ser seguida nessas situações, mas excepcionada no caso concreto, seria a seguinte: "o Judiciário pode impor ao Poder Executivo que realize o diagnóstico da situação e que apresente um plano adequado para sanar aquela omissão sob monitoramento do Poder Judiciário", porque "a apresentação de um plano, permite, naturalmente, a realização de um cronograma, a estimativa de custos e um exame de como se vai custear aquela demanda social, inclusive com recursos estaduais ou com recursos federais", e em situações-limite defende até que o Poder Judiciário determine a inclusão de verba em orçamento.[26] Essa proposta (diagnóstico, projeto e monitoramento da execução) é interessante e muito parecida com a solução adotada nos Estados Unidos, conforme será abordado adiante. Ao final, o Ministro acompanhou o relator e não aplicou a "sua" regra geral por entender que no caso concreto o diagnóstico já havia sido feito e apresentada uma proposta de solução adequada para superar os problemas, mas o Executivo teria permanecido inerte. Além disso, entendeu que a formulação da tese estaria restrita à realização de obras emergenciais, pontuais.

No transcorrer dos debates, prevaleceu a redação proposta pelo relator, aprovada por unanimidade, e que, peremptoriamente, afasta a invocação da reserva do possível. Os Ministros entenderam que por se tratar de medidas ou execução de obras emergenciais, seria legítimo afastar os argumentos de ofensa à separação de poderes e a cláusula da reserva do possível.

Ocorre que a Suprema Corte não definiu o que seriam as obras emergenciais que autorizam o afastamento da reserva do possível. É razoável supor que a solução do problema das condições mínimas necessárias à existência digna em uma unidade prisional também passa pelo respeito de sua capacidade máxima de lotação. Este é, sem dúvida, um dos principais problemas apontados quando se aborda a questão da qualidade de vida no cárcere. A prevalecer esse entendimento, seriam emergenciais as reformas e obras necessárias à criação do número de vagas suficiente para acabar com a superlotação nos presídios, não podendo o poder público invocar a

---

[25] BRASIL, *op. cit.*, p. 67.
[26] BRASIL, *op. cit.*, p. 99.

reserva do possível em eventual demanda que venha a impor ao Estado a observância da capacidade máxima das unidades prisionais.

Importante considerar que dados do Conselho Nacional de Justiça[27] indicam que o Brasil possui 2.770 estabelecimentos prisionais e 383.799 vagas, que acolhem 619.311 presos. É de 235.512 vagas, portanto, o déficit brasileiro (ou seja, 61% das vagas atuais). Destarte, pode-se imaginar que, mesmo para solucionar situações "emergenciais", não será pequeno o impacto da construção e reforma de unidades prisionais nos orçamentos do Funpen/União e dos próprios Estados, que, independentemente da União, poderão ser diretamente condenados com base na tese fixada no RE n. 592.581.

O mais grave é que não se sabe ao certo qual será o impacto orçamentário e financeiro dessa decisão. Essa avaliação não foi feita porque a Corte decidiu um caso concreto, mas fixou tese que poderá ser aplicada a todos os demais Estados da federação. Tampouco se teve em mente a provável repercussão que a realização de tais despesas poderá ter em relação a outras políticas públicas necessárias à realização do princípio da dignidade humana de milhões de brasileiros que não estão no cárcere.

Um dos pilares da Lei de Responsabilidade Fiscal é o controle dos gastos públicos por meio da estipulação de metas fiscais no anexo da lei de diretrizes orçamentárias (art. 4º, § 1º, da LC n. 101/2000). Nesse anexo é avaliada, também, a situação financeira dos fundos públicos. As metas fiscais influenciam, por exemplo, a execução orçamentária. Caso se verifique ao final de um bimestre que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no referido anexo, os Poderes e o Ministério Público deverão promover, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, a limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias (art. 9º da LRF).

Em outras palavras, pode-se afirmar que caso seja vedado o contingenciamento de um fundo com mais de R$2,3 bilhões, estar-se-á a conferir a tal fundo o mesmo tratamento das obrigações constitucionais e legais da União (art. 9º, § 2º, da LRF), tais como as despesas obrigatórias previstas no Anexo III da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO/2015) para o orçamento do exercício atual (Lei n. 13.080/2015).

---

[27] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Dados das Inspeções nos Estabelecimentos Penais. **Base de dados geopresídios.** Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php >. Acesso em: 27 out. 2015.

Desta forma, num cenário de queda de arrecadação e aumento de despesas obrigatórias, fatalmente o Poder Executivo será compelido a contingenciar outras despesas como forma de alcançar as metas fiscais estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias. Haverá, portanto, uma forte repercussão em outras políticas públicas, que sofrerão o contingenciamento de recursos como efeito da decisão do STF, passando ao largo da análise da Corte qualquer aspecto relacionado a tal consequência.

Outra possível consequência decorrente da referida decisão será a potencial utilização indiscriminada de contratações diretas, em detrimento da realização de licitações, com fulcro no art. 24, inc. IV, da Lei n. 8.666/93 (contratações emergenciais). Isto porque a tese fixada menciona "obras emergenciais", que poderão ser consideradas como tais todas aquelas necessárias à superação da situação de violação dos direitos fundamentais nos presídios brasileiros.

É de se questionar, portanto, a eficiência desse tipo de controle judicial porque confere um status aos gastos relacionados a obras em estabelecimentos prisionais que não se observa, por exemplo, em outras situações, relacionadas a direitos sociais expressamente previstos no texto constitucional no título correspondente aos direitos e garantias fundamentais, tais como o direito à alimentação, ao trabalho, à moradia e ao transporte (art. 6º, *caput*).

Não se quer com isso afirmar que todos os gastos relacionados a tais direitos deveriam ser considerados obrigatórios, mas apenas que a inclusão de novas despesas sob essa denominação – obrigatórias – limita significativamente a margem de liberdade dos Poderes Legislativo e Executivo para definição das escolhas públicas necessárias à consecução dos programas governamentais para cuja implementação foram eleitos.

É dizer, a simples existência de recursos públicos num fundo não pode servir como justificativa para superar a cláusula da reserva do possível sem uma reflexão quanto aos efeitos que o "descontigenciamento" imposto judicialmente poderá acarretar noutras políticas públicas igualmente relevantes.

Afinal, a cifra de mais de R$2 bilhões de reais é significativa e impacta consideravelmente o orçamento da União, sem mencionar o orçamento dos demais entes federativos que poderão ser judicialmente acionados para a realização de obras em estabelecimentos prisionais sem que, necessariamente, possam contar com tais recursos federais, por força das restrições previstas na LRF.

É imprescindível, pois, verificar, em cada caso concreto, se há a possibilidade de o poder público arcar com os custos de determinada política pública sem comprometer outras necessidades igualmente relevantes. Somente oportunizando-lhe a chance de justificar a razão de não ter adotado determinada política pública, em cada caso concreto, será possível assegurar que outras necessidades tão ou mais relevantes, do ponto de vista dos direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente, não serão prejudicadas. Recusar, *a priori*, a possibilidade de se argumentar com base na cláusula de reserva do possível é, portanto, equivocado e arriscado, além de conferir aos direitos fundamentais de parcela da população (detentos) uma supremacia em relação ao restante da população.

A rigor, o ideal é que o próprio gestor público, que detém a competência para realizar as escolhas políticas, cumpra com o seu dever de planejamento, conforme as possibilidades orçamentárias e financeiras do Estado, justificando sempre a sua omissão. A invocação genérica da cláusula de reserva do possível, desprovida de qualquer comprovação quanto à efetiva impossibilidade de atuação do Estado, conduz o Judiciário a, cada vez mais, afastar o acolhimento da referida teoria. Contudo, o equívoco do poder público não pode justificar uma decisão que possa gerar maiores distorções no orçamento, como já se vem observando em relação às demandas envolvendo prestações relacionadas à saúde.[28]

Interessante notar que a forma de atuação do Poder Judiciário americano é muito mais amena do que a observada no caso ora estudado. Somente se toma medidas mais concretas após esgotadas as tentativas de forçar a administração pública a exercer seu mister. Desta forma, embora na fundamentação do julgado o STF tenha invocado precedentes da Suprema Corte americana relativos ao tratamento dos detentos no cárcere, entende-se que tais julgados, em verdade, não vão ao encontro da postura adotada no Brasil, muito mais intervencionista, conforme será aprofundado a seguir.

4 A EXPERIÊNCIA AMERICANA NO CASO BROWN V. PLATA

No julgado do Supremo Tribunal Federal objeto desse estudo foi citado como reforço de argumentação os *prison reform cases.* Consta no voto do relator que a Justiça americana, quando confrontada com violações de direitos dos presos, "lançou mão de princípios morais e constitucionais genéricos para, ante a ausência de lei ou de precedentes judiciais, criar uma nova

[28] CHIEFFI; BARATA, *op. cit.*

doutrina para solucionar os problemas das prisões". Recentemente, em 2011, a orientação jurisprudencial decorrente dessa doutrina seria percebida, segundo o relator, no caso Brown v. Plata, em que a Corte americana, com fundamento na oitava emenda, que veda punições cruéis,[29] teria começado a reforma do sistema prisional americano.

O caso Brown v. Plata foi apreciado nos termos do *Prison Litigation Reform Act of 1995* (PLRA), que corresponde a uma resposta do Poder Executivo e do Parlamento americanos ao considerável aumento da litigância envolvendo presos que alegavam a privação de seus direitos constitucionais.[30] Nos debates que precederam a aprovação do PLRA no Senado, vários parlamentares criticavam a postura dos juízes federais americanos, que estariam tornando as prisões demasiadamente confortáveis para os presos.[31]

Destarte, em princípio, o PLRA apresenta-se mais como uma forma de limitação do denominado "ativismo" judicial americano, a restringir a atuação do Poder Judiciário, do que uma consagração da atuação interventiva desse Poder em políticas públicas relacionadas à população carcerária.

No caso Brown v. Plata,[32] por exemplo, os fatos comprovam a diferença da abordagem americana em relação àquela adotada pela Suprema Corte brasileira. A demanda originou-se no Estado da Califórnia, que possuía aproximadamente 80.000 vagas, mas contava com quase o dobro de prisioneiros. Em razão disso, foram propostas duas ações coletivas. Na primeira, o caso Coleman v. Brown, iniciada em 1990, a Corte distrital apurou a existência de prisioneiros com doenças mentais sérias e que não recebiam os cuidados adequados. Um *Special Master* foi designado pela Corte para verificar os esforços empreendidos pelo Estado após 12 anos e verificou que a assistência médica mental havia piorado na Califórnia devido ao aumento da superlotação.

---

[29] "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted." ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição dos Estados Unidos. **Senado**. Disponível em: < http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_8_%281791%29 >. Acesso em: 02 nov. 2015.

[30] BENNETT, Katherine; DEL CARMEN, Rolando V. A review and analysis of Prison Litigation Reform Act court decisions: solution or aggravation? **Prison Journal**. 77.4 (Dec. 1997). P. 405. Disponível em: < http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA20448217&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=394f0dbcff14dde99c309f9e0fe13e0b >. Acesso em: 28 out. 2015.

[31] *Ibidem.*

[32] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Syllabus. Brown, Governor of California, *et al.* V. Plata *et al*. Appeal from the United States District Courts for the Eastern and Northern Districs of California n. 09-1233. 23 maio 2013. Disponível em: < http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf >. Acesso em: 28 out. 2015.

No processo Plata v. Brown, iniciado em 2001, o Estado da Califórnia admitiu que as deficiências com os cuidados médicos dos prisioneiros teriam ferido os seus direitos constitucionais assegurados pela oitava emenda e estipulou medidas corretivas. Ao verificar que o Estado não teria adotado as medidas assumidas em 2005, a Corte indicou um *Receiver* para apurar as medidas tomadas pelo Estado, concluindo, após 3 anos, que as falhas decorrentes da superpopulação continuavam.

Os demandantes do caso Plata v. Brown, ao verificarem que os problemas decorrentes da assistência médica e mental prestada pelos presídios tinham por causa o excesso de prisioneiros, solicitaram a convocação de três juízes (*three-judge court*), previsto no PLRA, como exigência para se obter judicialmente a redução da população carcerária.

Após ouvir testemunhos e fazer uma extensa análise dos fatos, a Corte ordenou ao Estado da Califórnia que reduzisse a população carcerária para 137,5% da capacidade prevista, no prazo de 2 anos. Caso a redução demandasse a construção de novos presídios, a Corte ordenou ao Estado que formulasse um plano de conformidade a ser submetido ao tribunal para aprovação.

Por cinco votos (Kennedy, Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kahan) a quatro (Scalia, Thomas, Alito e Roberts), a Suprema Corte entendeu que a decisão da Corte distrital estava correta.

Podemos observar, de plano, que há pouquíssima similaridade entre a forma como a justiça americana lidou com degradação do tratamento dado aos presidiários, que chegava a gerar doenças mentais graves em decorrência da superpopulação carcerária. Foram dados prazos razoáveis – até amplos demais – de 12 anos no caso *Coleman* e mais 5 anos no caso *Plata*, além de se ter adotado medidas judiciais menos invasivas antes da ordem final de redução.

A intervenção na política pública foi limitada àquele caso concreto e cingiu-se a conferir um novo prazo – de 2 anos – para que o próprio gestor resolvesse a situação, mediante a redução da população carcerária. Caso fosse necessário construir novas unidades prisionais, a proposta deveria ser submetida à Corte para acompanhar.

Interessante notar que nos dois casos a Corte se valeu das figuras dos *Special Masters* e dos *Receivers* para proceder ao acompanhamento das medidas a serem adotadas pelo Estado da Califórnia.

A forma de atuação nos EUA, portanto, não se assemelha à construção feita pelo STF no RE n. 592.581. Afastou-se a possibilidade de se invocar a cláusula da reserva do possível, impondo-se uma obrigação de fazer, sem qualquer exigência de medidas preliminares menos gravosas e que

permitissem ao gestor, dentro das possibilidades orçamentárias do ente que administra, vir a solucionar tais problemas num prazo razoável. Em verdade, a postura americana é consentânea com o entendimento manifestado pelo Min. Luís Roberto Barroso, durante o referido julgamento, no sentido de impor ao gestor público, como regra geral, a apresentação do diagnóstico do problema e de um projeto para solucionar a questão, cabendo ao Poder Judiciário o monitoramento da execução do plano. Como visto, não foi essa a visão que prevaleceu no julgado ora estudado.

5 CONCLUSÃO

É preciso repensar a forma como o controle de políticas públicas vem sendo feito pelo Poder Judiciário no Brasil. Soluções que, num primeiro momento, possam representar um grande avanço para a concretização de direitos fundamentais, poderão repercutir negativamente no futuro, em detrimento de outros direitos de importância equivalente. A doutrina, há algum tempo, vem chamando a atenção para a relevância do aspecto orçamentário quando o Poder Judiciário atua em políticas públicas.

O julgamento do recurso extraordinário n. 592.581 pelo STF é sintomático da pouca atenção dada atualmente ao orçamento. A tese fixada afasta, de plano, a utilização da cláusula da reserva do possível para situações potencialmente amplas, relacionadas à preservação da dignidade humana dos presidiários, e não apenas quanto ao direito à vida, mas também no aspecto moral, conceitos esses que comportam interpretação amplíssima.

Essa interferência gera distorções graves, mormente por não fazer qualquer avaliação quanto ao impacto da decisão nos orçamentos dos entes subnacionais, tampouco os efeitos negativos que poderão ocorrer para a realização de outras políticas públicas de caráter igual ou mais relevante. Com efeito, "o sistema financeiro é um sistema de vasos comunicantes, para se gastar de um lado precisa-se retirar dinheiro de outro. E aí será feito aquilo que no ditado popular se diz como 'se descobrir um santo para cobrir outro'".[33]

Na linha da doutrina americana, citada pelo próprio STF, e dos autores brasileiros antes referidos, defende-se que, em tais situações, a primeira medida deveria ser a de compelir os Poderes Legislativo e Executivo a inserirem nas leis orçamentárias as dotações necessárias à recuperação

[33] SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti Timm (Coord.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 152-153.

dos presídios brasileiros, acompanhando a sua execução. O passo inicial deveria se dar no sentido de promover o planejamento e o respeito às regras atinentes ao orçamento.

Deve-se dedicar a atenção aos mecanismos que possibilitem o restabelecimento da atividade do legislador e do administrador público no sentido de realizarem os atos de sua competência, no âmbito do Direito Financeiro, seja pela via judicial, seja pela perspectiva de outros agentes, ainda pouco estudados, tais como os Tribunais de Contas, cujas competências e instrumentos previstos no texto constitucional restaram devidamente fortalecidos a partir de 1988.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti Timm (Coord.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 79-99.

BENNETT, Katherine, DEL CARMEN, Rolando V. A review and analysis of Prison Litigation Reform Act court decisions. **Prison Journal**. 77.4 (Dec. 1997). Disponível em: < http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA20448217&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=394f0dbcff14dde99c309f9e0fe13e0b >. Acesso em: 28 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no recurso extraordinário n. 592.581. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowiski. Brasília, 13 ago. 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, 01 fev. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Dados das Inspeções nos Estabelecimentos Penais. **Base de dados geopresídios.** Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php >. Acesso em: 27 out. 2015.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. **Rev. Saúde Pública**. 2010, vol. 44, n. 3, p. 421-429. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/rsp/v44n3/05.pdf >. Acesso em: 26 out. 2015.

DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 3. Salvador: Juspodivm, 2007.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição dos Estados Unidos. **Senado**. Disponível em: < http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_8_%281791%29 >. Acesso em: 02 nov. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Syllabus**. Brown, Governor of California, et al. v. Plata et al. Appeal from the United States District Courts for the Eastern and Northern Districs of California n. 09-1233. 23 maio 2013. Disponível em: < http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf >. Acesso em: 28 out. 2015.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade. **Dados – Revista de Ciências Sociais**. 2009, vol. 52, n.1, p. 223-251. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/dados/v52n1/v52n1a07.pdf >. Acesso em: 26 out. 2015.

HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os descaminhos de um direitos constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

PINTO, Élida Graziane. **Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação.** Belo Horizonte: Fórum, 2015.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Poder Executivo**. Nota sobre o bloqueio das contas do Estado**. Disponível em: < http://www.rs.gov.br/conteudo/222393/nota-sobre-o-bloqueio-das-contas-do-estado/termosbusca=* >. Acesso em: 10 abril 2016.

SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti Timm (Coord.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 13-50.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti Timm (Coord.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 133-153.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VALLE, Vanice Regina do. **Políticas Públicas, Direitos fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.