

**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

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 Napolini 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



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

Apresentação

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI – BRASÍLIA-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 título 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 pobreza", 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)

RESERVA DO POSSÍVEL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E AUTO CONTENÇÃO DOS PODERES: UMA NOVA PERSPECTIVA

PROVISO OF THE POSSIBLE, FUNDAMENTAL RIGHTS AND SELF-RESTRAINT OF POWERS: A NEW PERSPECTIVE

Victor Roberto Corrêa de Souza

Resumo

O presente texto acadêmico 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. Almeja superar o viés argumentativo relacionado a limitações orçamentárias e financeiras que tem preponderado na doutrina nacional. Ilustra o raciocínio com precedentes do Supremo Tribunal Federal atuais. Com isso, pretende delinear novos contornos para a reserva do possível enquanto idoneidade dos atos administrativos, judiciais e legislativos, na proteção e promoção de direitos fundamentais e seu mínimo existencial.

Palavras-chave: Possível, Autocontenção, Proporcionalidade, Razoabilidade, Confiança, Idoneidade

Abstract/Resumen/Résumé

This academic paper aims to illustrate questions about the relationship between the proviso of the possible and fundamental rights, answering them from the perspective of constitutional theories as self-restraint of powers, trust, confidence, proportionality and reasonableness. Aims to overcome argumentative points of view related to budgetary and financial constraints that have been prevailed. Illustrates the reasoning with recent precedents of the Brazilian Supreme Court. This is intended to outline new contours to the reserve as possible while suitability of administrative, judicial and legislative acts on the protection and promotion of fundamental rights and their existential minimum.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Possible, Selfrestraint, Proportionality, Reasonableness, Confidence, Suitability

1. INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido a respeito da atuação do Poder Judiciário em relação ao controle de atos administrativos e legislativos. Polos opostos do debate acentuam seus argumentos, ora afirmando que a Justiça precisa ser menos ativista e atentar para a segurança jurídica e os impactos econômicos e financeiros de suas decisões, à luz da reserva do possível; ora afirmando que o Judiciário precisa concretizar o valor justiça, protegendo o mínimo existencial dos direitos e garantias individuais e sociais do cidadão, promovendo-os em lugar dos demais poderes, se for necessário.

De um lado, nota-se um Supremo Tribunal Federal atuando na concessão direta de tratamento medicamentoso ao cidadão, como no recente caso das pílulas de fosfoetanolamina sintética para tratamento do câncer, produzidas em caráter experimental na USP² (Pet 5828), na análise da concessão de medicamentos sem registro na ANVISA (RE657718/SL 815) e na constatação de um Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário nacional, com determinação de medidas administrativas³ (ADPF 347); de outro lado, outro Supremo Tribunal Federal adota medidas mais restritivas a direitos fundamentais, como se percebe na interpretação de conceitos como coisa julgada para a execução penal⁴ (HC 126292) e direito adquirido perante a Administração Pública (Súmula Vinculante n. 3)⁵; posturas judiciais que se correlacionam, por outro lado, com argumentos financeiros como aumento/redução de despesas públicas nos sistemas penitenciários (ADPF 347 e HC 126292), no Sistema Único de Saúde (Pet 5828 e RE657718/SL 815) e nos regimes previdenciários (SV nº 3), todos controlados pela Administração Pública.

Então, afinal, qual é o alcance e a possibilidade de argumentos financeiros impedirem o controle jurisdicional de atos legislativos e administrativos, em relação ao modo e ao tempo em que foram praticados? Há um mínimo existencial geral ou específico para cada direito fundamental alegado, a justificar uma demanda judicial?

² Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=203&dataPublicacaoDj=09/10/2015&incidente=4862592&codCapitulo=6&numMateria=148&codMateria=2>. Acesso em 24/03/2016.

³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>. Acesso em 24/03/2016.

⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>. Acesso em 24/03/2016.

⁵ “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.”

O ponto de partida para este artigo será a introdução do texto “*É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais?*” de autoria do professor Ricardo Perlingeiro. Segundo o professor:

“...a ideia de que direitos sociais devem ser implantados apenas na medida do possível leva, no Brasil, a doutrina e jurisprudência, inclusive do STF, a divergirem sobre os reflexos dessa reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) no fenômeno que se denominou ‘judicialização das políticas públicas’ sociais. Seria a reserva do possível realmente um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas? Oponível a políticas públicas ou a direitos fundamentais? Teria a reserva do possível relação com prestações sociais originadas diretamente da Constituição? Seria ela admissível tratando-se de implantação judicial de direitos sociais por omissão legislativa e também por omissão administrativa? Qual a relação da reserva do possível com o orçamento público e os recursos financeiros da Administração? Aplicável aos direitos fundamentais denominados procedimentais, ou apenas aos direitos fundamentais substantivos? Seria possível suscitar a reserva do possível tanto na fase cognitiva quanto na fase executiva de um processo judicial? Afinal, qual o alcance da expressão reserva do possível?” (PERLINGEIRO, 2013, p. 165).

No desenvolvimento do texto, buscaremos atualizar as inquietudes delineadas por Ricardo Perlingeiro, diante dos precedentes do STF supracitados e outras discussões acadêmicas, especialmente diante da ponderação entre o argumento reserva do possível e temas como direito adquirido, coisa julgada, direito à saúde e a situação do sistema penitenciário nacional; e investigar em que medida a autocontenção dos poderes e os princípios da proteção da confiança, da proporcionalidade e da razoabilidade poderiam colaborar na solução destes dilemas.

Ao fim, as conclusões pessoais do artigo tentarão iluminar as indagações do texto supracitado, buscando cotejá-las com as novas interpretações dadas aos direitos fundamentais, pelo constitucionalismo moderno, no Brasil e nas sociedades ocidentais com organização institucional semelhante.

2. O QUE É RESERVA DO POSSÍVEL?

Inicialmente, é necessário realizar algumas distinções conceituais, especialmente entre políticas públicas e direitos fundamentais.

Política pública é um conjunto de decisões interconectadas, tomadas por um ator político ou por um conjunto de atores, correlacionado à seleção de objetivos e meios necessários para alcançá-los.

Seu agente primário é o Estado, por meio de seus representantes políticos ou servidores públicos permanentes. Referem-se a iniciativas governamentais, e não

àquelas tomadas por instituições beneficentes, grupos sociais de interesses e de pressão, empresas ou indivíduos.

Tratando-se de decisões públicas, os atos governamentais comportam medidas ativas ou omissivas. Como exemplo de decisão “negativa” (ou omissiva) temos as decisões econômicas de não aumentar impostos ou taxas de juros, por conselhos deliberativos governamentais. Ou seja, nas decisões omissivas de políticas públicas, importa perceber a existência de uma deliberação estatal intencional, o que é fácil de se extrair, através de atas e demais documentos públicos. Importa, assim, perceber um processo governamental deliberativo intencionado para se identificar, com precisão, uma política pública.

O conteúdo de qualquer política pública, por outro lado, compreende a seleção de objetivos e meios, em um processo dinâmico, do qual participam os atores públicos vocacionados e legitimados, de acordo com o problema social a ser abordado pela política pública (policy-making). (HOWLETT; RAMESH; PERL. 2013, p. 5-9).

Já definir o conceito de direito fundamental é matéria complexa, pois depende do alinhamento temporal do Estado com as circunstâncias sociais, culturais e econômicas do conjunto de indivíduos a que se dirigem tais direitos fundamentais.

Fácil, contudo, é perceber que direito fundamental é conceito distinto ao de política pública. Assim Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco descrevem a complexidade do processo de identificação de um direito fundamental:

O catálogo dos direitos fundamentais vem-se avolumando, conforme as exigências específicas de cada momento histórico. A classe dos direitos que são considerados fundamentais não tende à homogeneidade, o que dificulta uma conceituação material ampla e vantajosa que alcance todos eles. Tampouco a própria estrutura normativa dos direitos fundamentais não é coincidente em todos os casos. Descobrir características básicas dos direitos fundamentais, contudo, não constitui tarefa meramente acadêmica e pode revelar-se importante para resolver problemas concretos. O esforço é necessário para identificar direitos fundamentais implícitos ou fora do catálogo expresso da Constituição. [...]

Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. Nessa medida, há de se convir em que ‘os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem

ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana. Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana.” (BRANCO; MENDES, p. 158/159).

De outro lado, não há distinção entre direitos fundamentais provenientes diretamente da Constituição, ou por meio da legislação infraconstitucional. Ou o direito é substancialmente fundamental ou não é, sendo irrelevante a esta caracterização a topografia normativa que detém, no ordenamento. Conforme Ingo Sarlet afirma:

“Nesta quadra, importa observar que nem o elevado número de direitos consagrados na Constituição, nem mesmo a relativa falta de sistematização do texto constitucional são, por si sós, incompatíveis com a noção de um sistema de direitos e deveres fundamentais. Assim, segue atual a lição de Konrad Hesse, que, embora reconheça a existência de certas vinculações de natureza sistêmica (relação de especialidade e generalidade entre alguns direitos fundamentais, bem como similitudes no que concerne ao seu conteúdo), entende ser impossível sustentar o ponto de vista de um sistema autônomo e fechado, portanto isento de lacunas, integrado pelos direitos fundamentais da Constituição. Com efeito, inviável, também entre nós, a concepção segundo a qual os direitos fundamentais formam um sistema em separado e fechado no contexto da Constituição, do que dá conta, dispensando maior digressão, a abertura material consagrada pelo art. 5º, §2º, da CF. Além disso, a diversidade do catálogo dos direitos fundamentais impede, em princípio, que se estabeleçam critérios abstratos e genéricos que possam demonstrar uma identidade de conteúdos, inclusive no sentido de uma construção baseada numa relação de generalidade e especialidade. Outrossim, também os direitos fundamentais de nossa Constituição não radicam, em sua totalidade, ao menos não de forma direta, no princípio da dignidade da pessoa humana, havendo que reconhecer, neste sentido, no mínimo relevantes distinções quanto ao grau desta vinculação. Postas estas questões preliminares, há como concluir, desde já, que o sistema de direitos fundamentais (em verdade, o subsistema) não pode ser compreendido como um sistema lógico-dedutivo, autônomo e autossuficiente, mas sim como um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante. (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, p. 185).

Isto não obstante, nos parece lógico que um direito fundamental, ainda que não esteja previsto diretamente na Constituição, um direito deve ser entendido como fundamental pelo simples fato de que ontologicamente possui fundamentação baseada em outros direitos fundamentais já existentes na Constituição, como o direito à segurança jurídica (base do direito fundamental à proteção da confiança) e os direitos fundamentais de acesso à informação e de razoável duração do processo administrativo (bases do direito fundamental à boa administração). Argumentando sob a ótica da Constituição alemã, assim Robert Alexy analisa a possibilidade de direitos fundamentais atribuídos (fora da Constituição):

“A discussão sobre direitos fundamentais é, em grande parte, uma discussão sobre que normas devem ser atribuídas às normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional. Devem ser consideradas como asserções sobre normas de direitos fundamentais todas as asserções sobre normas que forem levantadas nessa discussão? Mesmo aquelas que são rejeitadas por quase todos e aquelas cuja fundamentação é deficiente? Nesse caso, até mesmo um enunciado externado por uma pessoa qualquer, de forma não muito séria, como ‘com base no art. 13 da Constituição alemã, deve a Administração disponibilizar a cada estudante um apartamento de dois cômodos perto da universidade’, expressaria uma norma de direito fundamental. Essa dificuldade só é superável se houver um critério que permita, dentro da classe potencialmente ilimitada de candidatos à atribuição, diferenciar entre aqueles que são normas de direitos fundamentais e aqueles que não o são. Pode-se pensar, de um lado, em um critério empírico e, de outro, em um critério normativo. Escolhe um critério empírico aquele que afirma que normas de direitos fundamentais atribuídas são aquelas que são de fato atribuídas pela jurisprudência e pela Ciência do Direito às normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional. Mas, a partir da perspectiva de uma teoria jurídica dos direitos fundamentais, um tal critério empírico não se mostra adequado. Para esta teoria a questão sobre quais atribuições podem ser corretamente levadas a cabo é uma questão constitutiva. Para responder a essa pergunta, ainda que precedentes e consensos dogmáticos desempenhem uma função relevante, simples referências àquilo que já foi decidido ou afirmado não são suficientes.

Uma atribuição correta ocorre quando a norma atribuída pode ser classificada como válida. Para classificar as normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional basta a referência à sua positivação. No caso das normas atribuídas isso é, por definição, excluído. Logo, sua identificação por meio do critério jurídico de validade não é possível. O mesmo vale para os critérios sociológico e ético. Que uma norma seja válida social ou eticamente não significa que ela possa ser corretamente atribuída a uma norma de direito fundamental diretamente estabelecida. Portanto, nenhum dos três critérios de validade é adequado para identificar normas de direito fundamental atribuídas. Mas todos eles são levados em consideração no âmbito do seguinte critério: uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. (ALEXY, 2012, pp. 73-74). (grifo nosso)

Já a percepção de que haveria direitos fundamentais substantivos e direitos fundamentais procedimentais, em nosso entendimento, não possui relevância dogmática. Tal distinção se assenta na classificação dogmática dos direitos fundamentais em direitos de defesa (abstenção, não intromissão do Estado), de prestação (materiais ou jurídicas) ou de participação (caráter misto, de defesa e de prestação). Porém, é possível que um determinado direito substancial tenha por substrato um direito fundamental procedimental (prestação jurídica) ou também que uma determinada garantia processual tenha por embasamento um direito substancial (o que é mais comum). Assim, tal distinção tem caráter meramente instrumental, sendo mais importante aferir como o Estado dará cumprimento aos direitos fundamentais de quaisquer espécies, sendo irrelevante se o direito é procedimental ou substantivo.

Pode ser constatado, no âmbito doutrinário e jurisprudencial brasileiros, que a reserva do possível vem sendo tratada como um argumento, aventado em geral pela Administração Pública, no intuito de demonstrar que o Estado, em algumas situações, não poderia arcar com as despesas financeiras do que for a ele demandado no Poder Judiciário, tendo em vista que os recursos financeiros são finitos e devem ser compatibilizados com as políticas públicas escolhidas pelos representantes políticos, por meio do orçamento estatal. Segundo Odete Medauar:

“No exame do controle jurisdicional das políticas públicas, ao se cogitar dos custos, despesas ou recursos para a sua concretização, emerge uma expressão de recente ingresso no vocabulário do Direito Administrativo, do Direito Constitucional e dos estudos dos Direitos Fundamentais: reserva do possível. A literatura sobre políticas públicas indica os usos precedentes da locução em matéria orçamentária (como limite de despesas) e em decisão do Tribunal Constitucional alemão num caso de restrição de acesso de alunos a curso superior em área médica (início da década de 70 do século XX), imposta por uma universidade. Em decisões dos tribunais brasileiros e nas contestações das autoridades administrativas, invoca-se a chamada cláusula da reserva do possível, para afirmar dificuldades de concretização de direito individual ou de políticas públicas, por ausência ou insuficiência de recursos, ausência de previsão orçamentária explícita ou em virtude de eventual desequilíbrio orçamentário.” (MEDAUAR, 2012, p. 221).

Do mesmo modo, Ada Pellegrini Grinover: *“A implementação de uma política pública depende, em primeiro lugar, de disponibilidade financeira - a chamada reserva do possível. E a justificativa mais usual da administração para a omissão reside exatamente no argumento de que inexistem verbas para implementá-la.”* (GRINOVER, 2011, p. 138).

Parte da doutrina, por outro lado, também entende que reserva do possível deve ser compreendida como a medida da razoabilidade das pretensões individuais perante o Estado, determinando o que é possível ou não exigir-se da sociedade e do Estado. Neste sentido é a reflexão de Ingo Sarlet:

“A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.” (SARLET, 2008, p. 307).

Neste aspecto, contudo, Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento argumentam que, em eventual debate sobre a eficácia de direitos fundamentais perquiridos pelos cidadãos em face do Estado, não poderíamos falar de aplicação da razoabilidade:

“Na Filosofia Política contemporânea, John Rawls construiu um conceito próprio de razoabilidade, que ele associou à reciprocidade. Nas palavras de Rawls, ‘as pessoas são razoáveis (...) quando (...) se dispõem a propor princípios e critérios que possam constituir termos equitativos de cooperação e quando se dispõem, voluntariamente, a submeter-se a eles, dada a garantia de que os outros farão o mesmo’. Pessoas razoáveis se empenham para que a vida pública seja regida por normas que possam ser aceitas por todos, e não pelas regras que sejam mais convenientes aos seus próprios interesses, ou mais compatíveis com as doutrinas religiosas ou filosóficas que professem. Rawls enfatiza que é justamente a razoabilidade que permite a cooperação social. Quem delibera deve lançar mão apenas de argumentos que também possam ser aceitos pelos demais participantes de um esforço cooperativo. Em um de seus últimos textos, “A ideia de razão pública revisitada”, Rawls refina essa dimensão intersubjetiva da razoabilidade ao utilizar a noção de ‘reciprocidade’, segundo a qual “nosso exercício do poder político é adequado apenas quando acreditamos sinceramente que as razões que ofereceríamos para as nossas ações políticas (...) são suficientes, e pensamos razoavelmente que outros cidadãos também poderiam aceitar razoavelmente essas razões”. Esta exigência de razoabilidade, voltada para a ação de cada cidadão nas deliberações públicas, pode até ser um ideal a ser perseguido, mas ela não tem como ser juridicamente imposta a cada indivíduo, sob pena de grave restrição às liberdades individuais, como o próprio Rawls reconhece. Porém, em relação ao Estado e à ação dos agentes públicos é diferente. A exigência de razoabilidade torna-se juridicamente exigível para limitar o uso da autoridade estatal, e envolve a necessidade de que cada ato dos poderes públicos esteja amparado por argumentos ‘razoáveis’, isto é, por argumentos que sejam aceitáveis para todos os cidadãos, por não se basearem em idiosincrasias, em interesses econômicos ou corporativos de grupos próximos aos governantes, ou em compreensões particulares de natureza religiosa ou filosófica dos detentores do poder.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 488). (grifo nosso)

Nesse contexto, é preciso divergir em relação à terceira dimensão do conceito de “reserva do possível”, posto não ser possível compreendê-la como a medida da razoabilidade de um pleito individual em face do Estado, mas sim fixá-la simplesmente como um argumento acerca da disponibilidade fática e jurídica de recursos materiais e humanos para a implementação de direitos individuais, cujo alcance deverá ser aferido por meio do devido processo legal e pelas medidas de implementação e tutela desses direitos, em cada caso específico.

Esta aferição da reserva do possível, por exemplo, não pode obstar a que, por meio do devido processo legal, o Poder Judiciário adote medidas de caráter coletivo e igualitário, com vistas a sanar omissões legislativas ou administrativas, seja por meio de ações civis públicas para proteção de direitos metaindividuais, seja por meio de ações

originárias no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins assim argumentam:

“Assim sendo, o intérprete e o aplicador do direito não devem se preocupar com a figura da reserva do possível, e sim com a determinação rigorosa da área de proteção de cada direito. A pergunta crucial é saber o que exatamente garante a Constituição ao titular de certo direito fundamental prestacional ou social. Isso se relaciona com a baixa densidade normativa dos direitos sociais que atribuem ao legislador um amplo poder de concretização. Assim, por exemplo, a garantia genérica do direito à saúde não significa a obrigação estatal de oferecer tudo aquilo que deseja o interessado ou recomendam seus médicos. Tendo estabelecido a área de proteção do direito de maneira rigorosa, cabe ao Estado realizar a prestação, sendo as alegações de ‘impossibilidade’ irrelevantes, tal como é irrelevante a alegação do contribuinte de que se encontra na impossibilidade de pagar seus impostos. A alegação de impossibilidade de cumprimento do dever estatal pode ter relevância jurídica no momento da execução judicial de condenações à prestação pelo Estado de um direito social, tendo em vista a ordem de cumprimento das prestações em face de critérios orçamentários. Mas nesse caso temos um clássico problema de tratamento desigual de titulares de direitos fundamentais, e não uma justificativa da reserva do possível como forma de relativizar a aplicação imediata dos direitos sociais.” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 101).

Nesta aferição, portanto, não se vislumbra como poderia o Judiciário decidir pela procedência ou improcedência do pedido de proteção de direitos fundamentais sob o pálio de que não seria razoável economicamente a postulação. Ao contrário. A análise de razoabilidade ou proporcionalidade deve estar muito mais atenta à conduta dos poderes públicos, como agentes promotores de igualdade e demais direitos fundamentais, que à conduta dos postulantes de determinada proteção (o que, claramente, não impede a análise de razoabilidade e proporcionalidade de tais pleitos, enquanto pressupostos processuais ou condições da ação).

3. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL, MÍNIMO EXISTENCIAL E PRIMADO DA IGUALDADE

Uma visão mais recente sobre essa particularidade da eficácia dos direitos fundamentais e a identificação correta da área de sua proteção, a superar o argumento da reserva do possível, é extraída do debate acerca do Estado de Coisas Inconstitucional. Trata-se de conceito abordado inicialmente pela Corte Constitucional da Colômbia (CCC)⁶ e se refere a hipóteses de omissões sistêmicas e falhas estruturais decorrentes da inércia estatal perante violações contínuas a direitos fundamentais específicos.

⁶ Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, em indispensável relato histórico sobre o Estado de Coisas Inconstitucional: “*Foi na Sentencia de Unificación (SU) – 559, de 1997 [5], quando a CCC declarou, em primeira oportunidade, o ECI. Na espécie, 45 professores dos municípios de María La Baja e Zambrano tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. A CCC voltou-se a*

Recentemente o Supremo Tribunal Federal aplicou a tese do Estado de Coisas Inconstitucional, diante das condições em que se encontra o sistema penitenciário nacional. Trata-se da medida cautelar concedida na ADPF 347, publicada no DJE de 19/02/2016, com a seguinte ementa:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação

investigar as falhas estatais por trás das violações dos direitos. Constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando um número amplo e indeterminado de professores além dos que instauraram a demanda, e que a falha não poderia ser atribuível a um único órgão, e sim que seria estrutural. Havia, segundo os juízes, uma deficiência da política geral de educação com origem na distribuição desigual dos subsídios educativos, feita pelo governo central, em favor das entidades territoriais. Ante o reconhecimento da complexidade da situação, além de assegurar os direitos específicos dos demandantes nos respectivos fundos previdenciários locais, a CCC dirigiu-se a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo. Cumprindo o que afirmou ser um “dever de colaboração” com os outros poderes, tomou decisão que não se limitou às partes do processo: declarou o ECI; determinou aos municípios, que se encontrassem em situação similar, a correção da inconstitucionalidade em prazo razoável; e ordenou o envio de cópias da sentença aos Ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos Governadores e Assembleias, aos Prefeitos e aos Conselhos Municipais para providências práticas e orçamentárias. A CCC também declarou o ECI para reduzir a mora da Caixa Nacional de Previdência em responder petições de aposentados e pensionistas dirigidas a obter recálculos e pagamentos de diferenças das verbas previdenciárias; determinar a realização, em âmbito nacional, de concurso público para notário ante a omissão do Estado em organizar o certame; ordenar a confecção de políticas públicas eficientes de proteção dos defensores de direitos humanos no país; e remediar o atraso sistemático no pagamento, por entidades territoriais, das verbas de aposentadoria. Em todos esses casos, verificando a violação generalizada de direitos e a existência de falhas estruturais, a CCC decidiu em favor não apenas dos demandantes e nem contra somente as autoridades demandadas. Ao declarar o ECI, procurou beneficiar todos aqueles em situações similares, dirigindo ordens em face de todas as autoridades públicas cujas ações seriam necessárias para corrigir as falhas sistêmicas e estruturais. Sem embargo, são dois os casos mais espetaculares de declaração do ECI: o do sistema carcerário e o do “deslocamento” de pessoas em razão da violência interna. Em uma de suas mais importantes decisões, a CCC declarou o ECI relativo ao quadro de superlotação das penitenciárias do país. Na Sentença de Tutela (T) – 153, de 1998, esteve em jogo o problema da superlotação e das condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín. A Corte, todavia, apoiada em dados e estudos empíricos, constatou que o quadro de violação de direitos era generalizado na Colômbia, presente nas demais instituições carcerárias do país. Os juízes enfatizaram que a superlotação e o império da violência no sistema carcerário eram problemas nacionais, de responsabilidade de um conjunto de autoridades. A CCC acusou a violação massiva dos direitos dos presos à dignidade humana e a um amplo conjunto de direitos fundamentais, o que chamou de “tragédia diária dos cárceres”. Ante a mais absoluta ausência de políticas públicas voltadas, ao menos, a minimizar a situação, a CCC: declarou o ECI; ordenou a elaboração de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias; determinou que o Governo nacional providenciasse os recursos orçamentários necessários; exigiu aos Governadores que criassem e mantivessem presídios próprios; e requereu ao Presidente da República medidas necessárias para assegurar o respeito dos direitos dos internos nos presídios do país. A execução dessas ordens não alcançou, todavia, grande sucesso ante a falta de monitoramento, pela própria CCC, da fase de implementação da decisão. Ao fim, o papel da Corte foi, principalmente, o de chamar a atenção para o tema.” Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 22.03.2016.

massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 09/09/2015, publ. 19/02/2016)

Um estado de coisas inconstitucional, portanto, refere-se a casos em que restou comprovada que a atuação massivamente ineficiente do Estado na proteção e promoção de direitos fundamentais não respeitou o mínimo existencial para parcela da sociedade, identificado enquanto conteúdo nuclear e essencial de um direito fundamental⁷. Desrespeitou, com isso, a igualdade material entre uma parcela da sociedade prejudicada diretamente pela atuação ineficiente do Estado e todos os outros cidadãos que possuem o mesmo direito fundamental, e que se encontram protegidos.

Trata-se do primado da igualdade como ponto de partida para a análise do respeito material ao núcleo essencial de um direito fundamental, para fins de proteção estatal. (ALEXY, 2012, p. 427-428).

Vejamos se ocorre violação a núcleo essencial de direitos fundamentais, quando estamos a tratar de temas como a mutação constitucional propiciada pelo Plenário do STF no conceito de coisa julgada para a execução penal (HC 126292) ou no conceito de direito adquirido perante a Administração Pública (Súmula Vinculante n. 3).

Não parece ofender a igualdade fática entre os cidadãos que sejam réus de uma causa penal, entender que o direito a ser preso passa a ocorrer após a condenação em segunda instância. O núcleo essencial do direito a ser preso apenas após o trânsito em julgado deve acompanhar a mutação constitucional que reconheceu que há atividade

⁷ Importante a transcrição das acepções sobre “mínimo existencial”, segundo Virgílio Afonso da Silva: “Não é o caso, aqui, de fazer uma aprofundada análise do chamado mínimo existencial; mas é preciso ter em mente, em primeiro lugar, que o conceito de mínimo existencial é usado com diversos sentidos, e pode significar: (1) aquilo que é garantido pelos direitos sociais – ou seja, direitos sociais garantem apenas um mínimo existencial; (2) aquilo que, no âmbito dos direitos sociais, é justificável – ou seja, ainda que os direitos sociais possam garantir mais, a tutela jurisdicional só pode controlar a realização do mínimo existencial, sendo o resto mera questão de política legislativa; e (3) o mesmo que conteúdo essencial – isto é, um conceito que não tem relação necessária com a justiciabilidade e, ao mesmo tempo, não se confunde com a totalidade do direito social.” (SILVA, 2014, p. 204/205).

instrutória apenas até a segunda instância, e que eventuais recursos ao STJ e ao STF só podem discutir matéria de direito, do contrário restaria ofendido o direito fundamental à razoável duração do processo, inserido expressamente na Constituição Federal, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004. Ao contrário, houve uma mutação que permitiu maior igualdade fática entre aqueles que tinham sido condenados em primeira e segunda instância, não recorreram ao STJ ou ao STF e já estavam cumprindo suas penas, com aqueles condenados que se utilizaram de tais expedientes e não estavam cumprindo suas penas. O mínimo existencial atinente a tal direito fundamental, portanto, foi prestigiado.

Já em relação ao conceito de direito adquirido perante a Administração Pública, cerne da Súmula Vinculante nº 3, o núcleo mínimo de tal direito fundamental restou alterado, pois depreende-se de sua leitura que, quando da decisão administrativa do TCU a respeito da apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, não será necessário respeitar contraditório ou ampla defesa ou mesmo a legítima confiança depositada pelo cidadão na correção de sua aposentadoria, e a qualquer tempo. Com a decisão do STF, os núcleos mínimos do direito à segurança jurídica e do conceito de direito adquirido mudaram sensivelmente. Um universo incalculável de cidadãos está desprotegido, pois a revisão, pelo TCU, dos atos de concessão de suas aposentadorias ou pensões pode ocorrer a qualquer tempo, e sem respeito a contraditório ou a ampla defesa. O que é isso, senão a afirmação de que, especificamente perante o TCU, o cidadão não possui qualquer direito adquirido ao seu benefício? Não há sequer a previsão de um prazo mínimo para que a Corte de Contas exerça o seu mister. Mesmo superado o prazo decadencial para a revisão do benefício pela entidade administrativa que o concedeu, pode o TCU desrespeitar a segurança jurídica e determinar a anulação ou revogação de tal ato. O mínimo existencial atinente a tal direito fundamental, em nosso entendimento, foi desrespeitado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, carecendo de reforma tal Súmula Vinculante (o que está em discussão e pode vir a ocorrer no RE 636.553⁸, com repercussão geral reconhecida).

⁸ “Recurso extraordinário. 2. Servidor público. Aposentadoria. 3. Anulação do ato pelo TCU. Discussão sobre a incidência do prazo decadencial de 5 anos, previsto na Lei 9.784/99, para a Administração anular seus atos, quando eivados de ilegalidade. Súmula 473 do STF. Observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Repercussão geral reconhecida. Rel. Min. Gilmar Mendes, Julg. Em 23/06/2011).

Portanto, um controle político e orçamentário acerca das políticas públicas e da finitude dos recursos financeiros estatais é prerrogativa que não se deve excluir do Congresso Nacional e da Administração Pública, não havendo, a priori, fundamento para atuação direta do Poder Judiciário em torno de políticas públicas *stricto sensu*. O controle jurisdicional da administração não pode alcançar a seleção dos objetivos escolhidos democraticamente pelos outros poderes, sob pena de ofensa à separação de funções estatais.

Mas o mesmo raciocínio não se aplica quando se está diante de direitos fundamentais, violados ou omitidos, apresentados processualmente ao Poder Judiciário. O argumento da reserva do possível aventado por representantes estatais, diante da ofensa direta a direitos fundamentais detectada em processos jurisdicionais, com flagrantes de falhas estruturais e equívocos sistêmicos em desrespeito aos ditames decorrentes de direitos fundamentais – mesmo aqueles não extraídos diretamente da Constituição como o direito à boa administração, definitivamente não é um argumento oponível, por não se sustentar por si só, e ofender a inafastabilidade do Poder Judiciário quando ocorrer uma lesão ou ameaça de lesão a direito fundamental (art. 5º. XXXV, da Constituição Federal).

Assim o Ministro Reinhard Gaier, do Tribunal Constitucional Federal alemão, descreveu reserva do possível e suas origens alemãs, em evento no Brasil:

Também atos de império conformes ao direito podem desencadear o direito à indenização contra o Estado, como no caso de desapropriação. Créditos oriundos dessas situações de responsabilidade do Estado ou de direito indenizatório devem ser cumpridos sem maiores indagações. E não podem ser recusados em virtude de uma precedência do legislador orçamentário ou mesmo apenas postergados. Que aqui ocorre uma ruptura com o Princípio da Separação dos Poderes, é difícil negar, pois o Judiciário decide, afinal, sobre competências do Legislativo. Não se verifica, no entanto, uma situação inconstitucional, pois, na ordem constitucional alemã, a Separação dos Poderes não é percebida como um absoluto isolamento dos Poderes estatais, nem se determina que seja assim. Além disso, encontram-se institutos específicos da responsabilidade civil do Estado – também com fundamento na Constituição, nomeadamente a responsabilidade estatal – no art. 34 CF, enquanto outros deveres de indenizar podem ser fundamentados pela Garantia da Propriedade (art. 14, inc. 1, da CF)⁶. Ademais, poderia também o Princípio do Estado de Direito da Constituição (art. 20, inc. 3, da CF) exigir um dever de indenizar geral do Estado para atos ilícitos. O conflito na Alemanha entre os princípios da responsabilidade civil fundada na Constituição, de um lado, e a prerrogativa orçamentária do Parlamento, de outro, não deve ser, assim, resolvido de modo a se permitir ao legislador, por conta da referida prerrogativa, a retenção pelo Estado de recursos financeiros para prestações indenizatórias e compensatórias. A prerrogativa orçamentária deve, assim, ceder, desde e na medida em que permita impedir o cidadão o gozo de seus direitos a prestações contra o Estado fundados na Constituição.

Assim, reserva do possível trata-se de um argumento como qualquer outro utilizado no meio jurídico, que não pode ser descontextualizado da interpretação constitucional mais adequada à eficácia dos direitos fundamentais, que demanda, por parte do Poder Judiciário, atenção para as medidas processuais pertinentes à tutela do bem da vida pretendido (seja ele uma garantia, uma prestação ou uma participação), corrigindo ou ratificando atos ou omissões legislativas e administrativas, para tanto manejando com afincos as diversas possibilidades de medidas processuais para cumprimento das obrigações determinadas em suas decisões e sentenças, tais como as apresentadas nos arts. 497 a 500 do Código de Processo Civil. Leia-se, neste sentido, a jurisprudência do STJ, no MS 21346 e no REsp 1488639.

O que se quer dizer com isso não é que o magistrado não deva observar a razoabilidade do pleito ajuizado ou as possibilidades financeiras correlatas. Deve, sim, estar atento às possibilidades de concretização de suas sentenças e decisões, mas no decorrer do processo e na medida em que encontre necessidades de implementá-las, sob pena de deslegitimá-las *a priori*; e, para tanto, há medidas como a tutela antecipada, ou a tutela pelo equivalente ou mesmo a inibitória, que poderão colaborar no implemento de direitos fundamentais e seu mínimo existencial em qualquer fase do processo, com base no primado da igualdade.

4. A RESERVA DO POSSÍVEL REDEFINIDA NO TEMPO E NO MODO DE ATUAÇÃO DOS PODERES. AUTOCONTENÇÃO. O QUE PODE VIR A SER A RESERVA DO POSSÍVEL.

Ultrapassando o debate sobre o alcance do argumento reserva do possível, acreditamos que, em uma perspectiva estatal relacionada a todos os poderes, é necessário redefinir os limites e o alcance da expressão, em relação ao tempo e ao modo de atuar dos representantes do Estado, mesmo por que a análise de razoabilidade do pleito ou das possibilidades financeiras deverá guiar o labor de qualquer dos agentes estatais de quaisquer poderes, e não apenas no controle jurisdicional da Administração.

Essa redefinição perpassa pela segurança jurídica (tempo) e pela interpretação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (modo).

A segurança jurídica é uma premissa do Estado Democrático de Direito e um direito fundamental ao qual os deveres dos agentes estatais estão necessariamente atrelados, e o momento de atuação dos órgãos estatais deve respeitá-la.

Em outras palavras: a desconsideração da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima das pessoas nos atos estatais, praticada por meio de atos que desrespeitam as possibilidades e os limites idôneos de atuação do Estado, pode gerar consequências financeiras prejudiciais a este mesmo Estado, com a possível condenação ao pagamento de verba indenizatória⁹ e estas, sim, devem ser preocupações de cunho orçamentário e financeiro, diárias, para os agentes do Estado.

Uma forma pela qual é possível discriminar os limites e possibilidades da atuação do Estado, em relação ao seu modo de atuar, é através da autocontenção. Os poderes constituídos podem e devem construir mecanismos e rotinas permanentes de autocontenção de seus atos.

Em relação ao Poder Judiciário, é imprescindível traçarmos pontos de distinção entre ativismo e judicialização, para fins de identificarmos meios de autocontenção judicial. Traçada essa distinção, entende-se que o fenômeno da judicialização de demandas questionando atos estatais em torno de direitos fundamentais não parece retroceder, leitura que, por outro lado, não é a mesma em relação ao ativismo judicial. Neste sentido, uma postura mais atenta e deferente à expertise técnica dos atos dos demais agentes estatais, nas relações de *checks and balances* entre os poderes, é que pode vir a aprimorar as relações institucionais.

Neste diapasão, não se deve descurar do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos. Buscando calibrar essa presunção e o grau de ativismo judicial no controle de atos administrativos e legislativos, Daniel

⁹ Patricia Baptista ensina: “*Demonstrado que o princípio da proteção da confiança legítima presta-se a tutelar as legítimas expectativas que os administrados depositaram na permanência de uma regulamentação, faz-se necessário indicar os efeitos decorrentes dessa tutela. Em suma, deve-se investigar como as expectativas legítimas serão tuteladas diante de uma alteração do regime normativo em que se confiou. Segundo a doutrina e a jurisprudência comparadas, quatro em tese são as consequências possíveis: (4.1) o estabelecimento de medidas transitórias ou de um período de vacatio; (4.2) a observância do termo de vigência fixado para a norma revogada; (4.3) a outorga de uma indenização compensatória pela frustração da confiança; e (4.4) a exclusão do administrado da incidência da nova regulamentação, preservando-se a posição jurídica obtida em face da regulamentação revogada. A escolha de um dentre esses efeitos dependerá das circunstâncias do caso concreto, mediante um juízo de ponderação entre o interesse do particular na preservação da sua posição e o interesse público na aplicação imediata das novas regras. Deverá ser adotada a medida que imponha o menor grau de sacrifício aos interesses em jogo.*”

Sarmento e Claudio Pereira de Souza Neto propõem uma série de seis parâmetros não exaustivos a serem aferidos, para uma maior autocontenção judicial. Segundo os autores: 1) quanto maior o grau de legitimidade democrática do ato normativo, mais autocontido deve ser o Poder Judiciário; 2) a atuação pode ser menos autocontida, em se tratando de controle jurisdicional de atos que ofendam o funcionamento da democracia; 3) deve haver menor autocontenção diante da possibilidade de impactos negativos do ato a ser controlado, em minorias estigmatizadas; 4) menor autocontenção judicial deve existir quando se tratar de ato que restrinja direito fundamental ou o mínimo existencial; 5) maior autocontenção judicial deve existir quando se tratar de um ato técnico, de cuja expertise o Judiciário se ressinta; 6) menor autocontenção judicial deve existir de acordo com a época de edição do ato normativo, se anterior ou não à edição da Constituição Federal de 1988 (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 460/463). Obtém-se, com isso, um largo cabedal de diretrizes para um trabalho mais delimitado do Poder Judiciário, no controle de atos legislativos ou administrativos.

Já em relação aos atos da Administração e do Poder Legislativo e seu autocontrole, é possível uma maior autocontenção de seus atos, sem que haja conflito com o livre exercício de suas funções diante do dinamismo constitucional da atividade política e democrática. Para tanto, deve haver a análise permanente da proporcionalidade (e seus subprincípios) na realização de seus atos, bem como de sua razoabilidade e da segurança jurídica proporcionada.

Assim, deve haver maior autocontenção administrativa ou legislativa, na análise da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito de um ato administrativo ou legislativo. O legislador ou o administrador deve sempre observar, em seus controles internos, maior autocontenção, se perceber a possibilidade de que seu ato seja desnecessário (por ter optado por um meio mais gravoso que o imprescindível), inadequado (por ter optado por um ato ilegítimo ou inidôneo), ou desproporcional em sentido estrito (por ter restringido um direito demasiadamente em nome da promoção de um outro direito, mal compensada).

Deve pairar sobre o legislador e sobre o administrador a ideia de que sua atuação não pode proteger direitos fundamentais de modo deficiente, descompassado do respeito a padrões mínimos de proteção social. Ou seja, a proporcionalidade deve ser vista não só como medida de controle de excessos normativos ou administrativos, como também uma medida de promoção de direitos. Em outros termos: se a tutela de um

direito fundamental se mostrar ineficaz, deverá haver menor autocontenção administrativa ou legislativa, diante da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente. Neste sentido:

“O princípio da proporcionalidade é concebido tradicionalmente como um instrumento para controle de excessos no exercício do poder estatal, visando a conter o arbítrio dos governantes. Porém, no cenário contemporâneo, sabe-se que os poderes públicos têm funções positivas importantes para a proteção e a promoção dos direitos e a garantia do bem-estar coletivo. [...] A ideia de proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) desenvolveu-se no direito constitucional germânico a partir da concepção de que os direitos fundamentais não são meros direitos subjetivos negativos, mas possuem também uma dimensão objetiva, na medida em que tutelam certos bens jurídicos e valores que devem ser promovidos e protegidos diante de riscos e ameaças originários de terceiros. Reconheceu-se, portanto, um dever de proteção estatal dos direitos fundamentais – mesmo os de matriz liberal –, que se estende ao Legislativo, à Administração Pública e ao Poder Judiciário. Este dever de proteção é também chamado de imperativo de tutela.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 480/481).

Já a razoabilidade demandará maior autocontenção dos atos legislativos e administrativos, quanto maior e mais idônea for a fundamentação e publicidade de tais atos, quanto maior for sua coerência sistêmica, sua congruência fática e sua equidade em relação ao caso concreto, pois razoável é o ato que é fundamentado publicamente de modo independente em relação a todas as parcelas sociais existentes; que é coerente com o tratamento dado pelo ordenamento para situações análogas; que é congruente com a realidade e o seu suporte fático; e que é capaz de atenuar eventual rigidez e se adaptar às particularidades do caso concreto, equanimemente.

Como afirma Virgílio Afonso da Silva:

[...] não se trata, pura e simplesmente, de um debate maniqueísta sobre a possibilidade de realização de direitos sociais por meio de decisões judiciais, mas da imposição de ônus argumentativos ao legislador e ao administrador. Se toda não-realização de direitos que exigem uma intervenção estatal é uma forma de restrição ao âmbito de proteção desses direitos, a consequência natural, como ocorre em todos os casos de restrições a direitos fundamentais, é uma exigência de fundamentação. Restrição fundamentada é restrição possível; restrição não-fundamentada é violação. (SILVA, 2014, p. 250).

Conclui-se, portanto, que os princípios da proteção da confiança, da proporcionalidade e da razoabilidade determinam a legisladores, juízes e administradores maiores cuidados com as expectativas legítimas do cidadão, depositadas na atuação das diversas faces do Estado, bem como com a proporcionalidade e com a razoabilidade que se esperam de seus atos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Retornando aos julgados paradigmáticos do STF, mencionados na introdução, podemos concluir que, inegavelmente, no caso das pílulas de fosfoetanolamina sintética para tratamento do câncer, produzidas em caráter experimental na USP (Pet 5828), podemos afirmar que houve uma atuação judicial menos restritiva que se deveria, pois na fundamentação da decisão judicial não se percebeu o devido respeito à *expertise* dos órgãos administrativos que controlam a liberação de medicamentos, pois estes não recomendavam tais pílulas, e a decisão judicial, sob o argumento genérico de prevalência do direito à saúde, concedera aodadamente tratamento sem qualquer comprovação de eficácia, com encargos públicos¹⁰.

Já na análise judicial e determinação de medidas administrativas, nos casos da concessão de medicamentos sem registro na ANVISA (RE657718/SL 815) e na constatação de um Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário nacional (ADPF 347), não há como afirmar peremptoriamente que o Poder Judiciário tenha sido menos autocontido que deveria, pois a fundamentação das decisões judiciais em questão demonstrou claramente a possibilidade fática real de desrespeito ao mínimo existencial atinente aos direitos fundamentais violados – muito embora o RE 657718 ainda esteja pendente de decisão final; especialmente quando se está diante de medicamento que já tenha sido aprovado para protocolo clínico de algum tratamento, por órgão administrativo similar à ANVISA, como a FDA norte-americana.

Por outro lado, na interpretação de conceitos como coisa julgada para a execução penal (HC 126292) e direito adquirido perante a Administração Pública (Súmula Vinculante n. 3), podemos afirmar que se tratava de um Supremo Tribunal Federal menos autocontido que deveria, pois as decisões correlatas abordaram com intensidade o núcleo fundamental de direitos fundamentais como a segurança jurídica. Isto não obstante, entre os dois casos há uma sutil diferença, no que atine à reserva do possível tal qual a estamos propondo: no tratamento da coisa julgada para a execução penal, o STF observou adequadamente a mutação paradigmática relativa ao direito fundamental à razoável duração do processo, o que justificaria o controle jurisdicional embasada em importante mutação; não havendo, por outro lado, motivos claros que justifiquem a abordagem irrestrita que se levou a cabo no núcleo fundamental do conceito de direito adquirido, por ocasião da edição da súmula vinculante nº 3.

¹⁰ Neste sentido, atentar para a notícia: < <http://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2016/03/anvisa-vai-recomendar-que-dilma-vete-lei-para-liberacao-da-fosfoetanolamina.html>>. Acesso em 24/03/2016.

De todo modo, a despeito de todas as reclamações sociológicas sobre a impunidade criminal no país, observou-se que o Supremo Tribunal Federal não atentou para a proteção da confiança em relação à sua própria decisão no HC 126292, pois uma mudança jurisprudencial de tal monta não poderia atingir títulos judiciais transitados em julgado anteriormente ao julgamento do referido acórdão. Deveria o plenário do STF ter expressamente afirmado a partir de que momento estaria em vigor sua interpretação dos fatos, para fins de previsibilidade.

A reserva do possível não pode ser tratada como mais um mero argumento aventado pelo Estado, no sentido de que um determinado direito não pode ser efetivado por ausência de previsão orçamentária ou de recursos financeiros, nem como uma cláusula impeditiva da eficácia de políticas públicas adequadas à consecução de direitos. Deve, sim, ser utilizado como determinante de uma atuação destacada na proteção de direitos fundamentais, tais como o direito à segurança jurídica e o direito à boa administração, mas sem antolhar mutações interpretativas dos poderes constituídos.

Proponho, com isso, a seguinte modernização conceitual: a reserva do possível tal qual a conhecemos, é um mero argumento de ordem financeiro, utilizado pelos representantes do Estado; mas, modernamente, poderia ser interpretada como “*reserva do legislativamente idôneo*”, “*reserva do judicialmente idôneo*” e “*reserva do administrativamente idôneo*”. Não quero com isso dizer, repita-se, que estamos falando de “possibilidades” ou “impossibilidades” financeiras por parte de atos estatais. Estamos falando de “possibilidades” ou “impossibilidades” enquanto *idoneidade*.

Note-se que, conforme afirmou o Ministro Reinhard Gaier, no seminário supracitado, realizado no Brasil, a reserva do possível na Alemanha refere-se à realização de *distinguishes*, com precedentes jurisprudenciais de possíveis exceções ao dever de efetivação de direitos fundamentais por parte de órgãos do Estado. Portanto, entendo que estas distinções podem e devem ser verificadas em atos estatais de quaisquer poderes, e por parte dos próprios agentes estatais, em exercícios obrigatórios e permanentes de autocontenção, sempre com o objetivo de aferir o respeito ao direito fundamental à segurança jurídica e à proteção da confiança legítima do cidadão.

Neste sentido, é possível pensar, sem sombra de dúvidas, que um ato executivo, legislativo ou judicial inidôneo, que não respeita os limites de suas possibilidades, não autocontido, ao desrespeitar a segurança jurídica e a confiança do

cidadão, ou a proporcionalidade e a razoabilidade esperadas de seus atos, pode resultar em responsabilidade civil do Estado, com resultados objetivamente prejudiciais diretos ao Estado e à sociedade, e estas consequências é que devem ser observadas e evitadas pelos defensores da “reserva do possível” tal qual vínhamos utilizando.

Soa como uma advertência a qualquer agente de qualquer instituição estatal: *“Reserve-se ao administrativamente, legislativamente ou judicialmente idôneo, no cumprimento de seus deveres e na consecução dos direitos fundamentais dos cidadãos. Observe, bem e sempre, os limites idôneos de suas possibilidades de atuação para que não excedas o poder que lhe foi temporariamente concedido pelo poder constituinte e não afetes o direito fundamental à segurança jurídica e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sob pena de responsabilidade civil do Estado e ação regressiva contra si.”*. Esta deve ser a nova perspectiva da reserva do possível.

Em conclusão, quanto maior for o respeito a esta nova visão de “reserva do possível”, mais pacificada e segura estará a sociedade, mais legitimados estarão os agentes do Estado, reduzindo-se lides e insatisfações sociais; quanto menor tal respeito, menor concretização constitucional e maiores serão os problemas e convulsões sociais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BAPTISTA, Patricia. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no Direito Administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação do Direito Administrativo brasileiro**. E-book Kindle. 427p. Disponível em <http://www.amazon.com.br/Seguran%C3%A7a-Jur%C3%ADdica-Prote%C3%A7%C3%A3o-Confian%C3%A7a-Administrativo-ebook/dp/B00SRE1W80> . Acesso em 23/03/2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teorial geral dos direitos fundamentais**. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. **Política pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PERLINGEIRO, Ricardo. **É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais?** In Revista de Direito Administrativo Contemporâneo. São Paulo: RT, Vol. 2 (Set-out/2013), pp 163-185.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SEMINÁRIO INTERNACIONAL BRASIL – ALEMANHA, II, Thompson Flores, Porto Alegre/RS, 16 e 17 de junho de 2011/ Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Márcio Flávio Mafra Leal (coord.) – Brasília: CJF, **Série Cadernos do CEJ, n.º 27**, 2011.

SILVA, Virgilio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.