

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
MATHEUS PRESTES TAVARES DUARTE

**A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL APLICADA AO SISTEMA
PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: Reflexões acerca da delimitação de seu âmbito
de incidência sob a óptica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

Juiz de Fora
2020

MATHEUS PRESTES TAVARES DUARTE

**A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL APLICADA AO SISTEMA
PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: Reflexões acerca da delimitação de seu âmbito
de incidência sob a óptica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, na área de concentração Direito Público, sob a orientação do Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes.

**Juiz de Fora
2020**

FOLHA DE APROVAÇÃO**MATHEUS PRESTES TAVARES DUARTE****A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL APLICADA AO SISTEMA
PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: reflexões acerca da delimitação de seu âmbito
de incidência sob a óptica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, na área de concentração Direito Público, submetido à Banca Examinadora composta pelos seguintes membros:

Orientador: Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA:

- () APROVADO
() REPORVADO

Juiz de Fora, 20 de novembro de 2020.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a cláusula da reserva do possível, construção teórica de origem alemã que foi, posteriormente, transladada ao ordenamento jurídico brasileiro, onde, recepcionada, passou a ser recorrentemente invocada por representantes do Poder Executivo para, no exercício de suas atribuições administrativas, justificar, pelo argumento da escassez de recursos financeiros, a efetivação de determinada pretensão relacionada à concretização de direitos fundamentais sociais. Nesse contexto, o estudo em questão tem por objetivo precípuo realizar uma análise sistêmica do enfrentamento da aludida cláusula pela ordem jurídica pátria, adotando-se, para tanto, como procedimentos metodológicos qualitativos, a revisão da bibliografia atinente à temática, bem como a consulta a fontes legislativas e jurisprudenciais, sobretudo dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal (STF). Feito isso, a presente pesquisa tomará como foco a aplicação da teoria da reserva do possível ao sistema prisional brasileiro, apurando, na ocasião, violações a direitos fundamentais de titularidade dos presos nele experimentadas, as quais, em virtude de sua recorrência, acarretaram o reconhecimento, pelo STF, do Estado de Coisas Inconstitucional, cujos pressupostos serão oportunamente investigados. Por fim, o estudo em questão pretende, ainda, demonstrar, por meio do exame do acórdão de Recurso Extraordinário nº. 592.581/RS, que as atuais condições dos presídios e demais estabelecimentos penais implicam, também, transgressão ao denominado direito fundamental à boa administração, situação que, com vistas a efetivar garantias constitucionalmente asseguradas e a concretizar o postulado da dignidade da pessoa humana, de modo a tutelar o que se entende por mínimo vital, reclama a atuação do Poder Judiciário no sentido de impor ao Poder Executivo, quando omissivo, obrigação de fazer e implementar determinadas políticas públicas aptas a imprimirem eficácia aos comandos constitucionais, o que, em sede de conclusão, não configura, desde que respeitados os limites de sua interveniência, violação ao princípio da separação de poderes.

Palavras-chave: Cláusula da reserva do possível. Direito fundamental à boa administração. Direitos fundamentais sociais. Estado de coisas inconstitucional. Separação de poderes. Sistema prisional.

ABSTRACT

The present work deals with the clause of the reserve of the possible, theoretical construction of German origin that was later transferred to the Brazilian legal system, where, received, it began to be repeatedly invoked by representatives of the Executive Power to, in the exercise of its administrative duties, justify, by the argument of the scarcity of financial resources, the realization of a certain claim related to the realization of fundamental social rights. In this context, the study in question aims to perform a systemic analysis of the confrontation of the adcluded clause by the homeland legal order, adopting, for both, as qualitative methodological procedures, the revision of the bibliography related to the theme, as well as the consultation of legislative and jurisprudential sources, especially the Superior Courts and the Supreme Court (STF). Once this is done, this research will focus on the application of the theory of the reserve of the possible to the Brazilian prison system, investigating, at the time, violations of fundamental rights of ownership of the prisoners experienced in it, which, due to its recurrence, resulted in the recognition, by the Supreme Court, of the Unconstitutional State of Affairs, whose assumptions will be appropriately investigated. Finally, the study in question also seeks to demonstrate, by examining the judgment in Extraordinary Appeal No. 592.581/RS, that the current conditions of prisons and other penal establishments also imply transgression of the so-called fundamental right to good administration, a situation that, with a view to implementing constitutionally assured guarantees and to implement the postulate of the dignity of the human person, in order to protect what is meant by the vital minimum, demands the action of the Judiciary in order to impose on the Executive Power, when omitted, obligation to make and implement certain public policies capable of imprinting effectiveness to constitutional commands, which, in the process of conclusion, does not configure, provided that the limits of its intervention are respected, a violation of the principle of separation of powers.

Keywords: Clause of the reserve of the possible. Fundamental right to good administration. Fundamental social rights. Unconstitutional State of Affairs. Separation of powers. Prison system.

DUARTE, Matheus Prestes Tavares.

A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL APLICADA AO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: reflexões acerca da delimitação de seu âmbito de incidência sob a óptica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – 2020, 30 f..

Orientador: Prof. Dr. Cleverton Raymundo Sbarzi Guedes.

Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito, 2020.

1. Cláusula da reserva do possível; 2. Direito fundamental à boa administração; 3. Direitos fundamentais sociais; 4. Estado de Coisas Inconstitucional; 5. Separação de Poderes; 6. Sistema prisional.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL	10
2.1. Considerações iniciais	10
2.2. Definição, pressupostos de aplicação e âmbito de incidência	11
2.3. Controle dos atos administrativos e separação de poderes	14
2.4. Aplicação no ordenamento jurídico pátrio	16
3. O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	19
3.1. Panorama de violações aos direitos fundamentais dos apenados	19
3.2. Estado de Coisas Inconstitucional e ADPF nº. 347/DF	24
3.3. Análise do acórdão de Recurso Extraordinário nº. 592.581/RS	26
3.4. Direito fundamental à boa administração pública	29
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	32
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	35

A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL APLICADA AO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: Reflexões acerca da delimitação de seu âmbito de incidência sob a óptica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Matheus Prestes Tavares Duarte¹

1 INTRODUÇÃO

Como é cediço, o Estado possui recursos financeiros limitados para satisfazer inesgotável multiplicidade de interesses dos cidadãos a ele subordinados, o que permite alcançar a conclusão lógica de que as necessidades dos administrados não podem ser todas satisfeitas, simultaneamente, em sua plenitude. Cabe, portanto, ao administrador público, a incumbência de, em conformidade com as leis orçamentárias vigentes, colocar em prática o programa de governo democraticamente escolhido nas urnas, processo em que não deve o detentor de mandato eletivo se olvidar da imperatividade das normas constitucionais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), documento jurídico-normativo máximo de nosso ordenamento, ao qual todos os demais devem se compatibilizar, enceta, mais precisamente em seus artigos 5º e 6º, um rol exemplificativo de garantias e direitos fundamentais, cuja observância condiciona todos os entes federados, em qualquer dos três Poderes constituídos, e que, de acordo com a preleção do jurista Karel Vasak, proferida na aula inaugural dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, de 1979 e contida na obra do constitucionalista de Paulo Bonavides (2014), subdividem-se em três diferentes dimensões, as quais equivalem, respectivamente, aos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, extraídos do lema da Revolução Francesa, de 1789.

Destacam-se, nesse sentido, os direitos de segunda dimensão, os quais, diferentemente daqueles de primeira, não exigem, para sua efetivação, apenas uma postura absenteísta por parte do Estado, mas, pelo contrário, necessitam de prestações positivas do Poder Público para que sejam implementados, tratando-se, pois, de direitos

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). E-Mail: matheuspreststd@gmail.com.

sociais, veiculados, por sua vez, por normas que, a despeito de programáticas, têm aplicação imediata, conforme expressa disposição do artigo 5º, §1º, da CRFB/1988.

Entre os direitos de segunda dimensão, encontra-se, previsto no inciso XLIX do retromencionado dispositivo constitucional, o direito, de titularidade dos presos, à sua integridade física e moral, garantia também assegurada por Tratados Internacionais de Direitos Humanos e por normas infraconstitucionais, a exemplo do Pacto de San José da Costa Rica, *ex vi* de seu artigo 5º, item 2, bem como da Lei nº. 7.210/1990 (Lei de Execuções Penais – LEP), diploma legal que assevera, a partir de seu artigo 10, ser dever do Estado a assistência ao preso e ao internado, assistência essa que comporta múltiplas facetas, a saber, material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, o que se dá, inclusive, pela necessidade de serem observadas as finalidades preventiva e ressocializadora da pena, e não apenas a retributiva, nos moldes do que preconiza o artigo 1º da LEP.

Ocorre que a materialização plena da referida assistência apenas pode ocorrer mediante a efetiva adoção de políticas públicas voltadas à população carcerária, as quais, por sua vez, incumbem ao administrador público, que, todavia, no complexo exercício da gestão de recursos, deixa, não raramente, sobretudo em face de sua escassez, de alocá-los ao sistema penitenciário, o que o faz, muitas vezes, invocando a cláusula da reserva do possível, instituto que será oportunamente abordado pela presente pesquisa.

Como consequências das escolhas políticas que ignoram as pungentes necessidades do sistema penitenciário pátrio, tem-se observado, no Brasil, diversos gargalos sociais atinentes ao cárcere, entre os quais ganha destaque a superlotação dos presídios e demais estabelecimentos penais, que, além de deixar de oferecer, não raramente, qualquer possibilidade de estudo ou trabalho aos presos, não contam com infraestrutura mínima para abrigar, dignamente, os apenados, que são, muitas vezes, submetidos a condições degradantes e insalubres, não sendo isolados os casos de inobservância de garantias constitucionalmente asseguradas em presídios por todo o país.

Trata-se, pelo contrário, de grave, permanente e generalizada violação dos direitos fundamentais da população carcerária, fato que acarretou, inclusive, o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADPF nº. 347/DF, do denominado “Estado de Coisas Inconstitucional” no que diz respeito ao sistema penitenciário brasileiro, o que denota a concretude do desrespeito aos ditames da CRFB/1988, que tem sua força normativa tolhida diante de tal situação, evidenciando, assim, a necessidade de que estudos sejam empreendidos no sentido de avaliar as causas

e possíveis soluções jurídicas às retromencionadas mazelas que assolam grande parte dos estabelecimentos penais brasileiros.

Assim, demonstrada a relevância social do problema acima exposto, justifica-se a presente pesquisa, a qual tem por objetivo precípua analisar, por meio de revisão à bibliografia e consulta à jurisprudência pátria, mormente do Supremo Tribunal Federal, como o Poder Judiciário, sob a óptica do princípio da separação de poderes e do fenômeno do ativismo judicial, tem se posicionado em relação às violações de direitos fundamentais da população carcerária decorrentes da escassez de políticas públicas a ela direcionadas, bem como avaliar a plausibilidade da utilização, pelo Poder Executivo, da cláusula da reserva do possível para justificar a carência de recursos destinados a esse vulnerável segmento da sociedade.

2 A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

2.1. Considerações iniciais

Realizada a contextualização acerca do problema a ser analisado pelo presente trabalho, cumpre investigar, inicialmente, a origem e o contexto de surgimento da denominada “cláusula da reserva do possível”, tese jurídica que, conforme explanado anteriormente, é, comumente, invocada pelos administradores no exercício da gestão de recursos públicos para condicionar a efetivação de políticas públicas à sua disponibilidade.

Ressalta-se, nesses termos, que a expressão “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) foi empregada, pioneiramente, no ordenamento jurídico alemão, por sua Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), em 1972. É nesse sentido que os autores Sarlet e Figueiredo (2008), ao averiguar os aspectos históricos e o contexto de surgimento da cláusula em estudo, assevera ter a construção teórica da reserva da possível origem na Alemanha, especialmente a partir dos anos 1970.

Cuidou a Corte Constitucional Alemã de julgar o representativo caso que, mais tarde, ficou conhecido como “*Numerus Clausus Entscheidung*”, em que candidatos a vagas de faculdades públicas de medicina do país, não logrando sua aprovação em decorrência das limitações de ingresso existentes, buscaram, acionando o Poder Judiciário, acesso ao ensino superior nas vagas pretendidas, isto com fulcro no artigo 12, inciso I, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, comando constitucional

de acordo com o qual todos os alemães têm direito de eleger livremente sua profissão, seu local de trabalho e o de aprendizagem.

Na ocasião, apreciando o pleito dos estudantes, o Tribunal Alemão deixou de reconhecer a pretensa incompatibilidade da restrição de acesso efetuada pelas universidades públicas questionadas com os ditames constitucionais, uma vez que entendeu estar a plena efetivação dos direitos sociais condicionada à reserva do possível, isto é, à disponibilidade e, inclusive, à razoabilidade dos recursos financeiros a serem despendidos para que sejam eles implementados em sua completude. Sobre isso, dispõe o jurista de Sarlet (2015, p. 295), que a Corte Constitucional Alemã alcançou as seguintes conclusões:

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável [...].

Verifica-se, assim, que a Corte acabou por afastar a alegada violação à norma constitucional em virtude da premissa de que o Estado, por ser responsável por atender a um número infundável de demandas e interesses, não poderia ser compelido a conceder uma vaga no ensino superior a cada candidato individualmente considerado, sob pena de comprometer a alocação de recursos públicos em áreas diversas e, por via reflexa, o próprio princípio da igualdade, em seu aspectos formal e material.

Destaca-se, ainda, que o Tribunal não se pautou única e exclusivamente na limitação financeira dos recursos públicos para afastar a pretensão dos candidatos, mas invocou, também, a ausência de plausibilidade na alocação de recursos em uma área para a qual já teriam sido direcionados consideráveis investimentos, o que colocaria em risco políticas públicas a serem implementadas em outras áreas, tão importantes quanto a educação.

Ressalta-se, todavia, que, a despeito do pioneirismo alemão, a tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde a Roma Antiga, está arraigada à tradição jurídica ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida, não podendo ser considerada a insuficiência de recursos orçamentários mero instrumento retórico, haja visto o caráter prestacional dos direitos sociais, também conhecidos como direitos fundamentais de segunda dimensão.

2.2. Definição, pressupostos de aplicação e âmbito de incidência

Conforme abordado nos tópicos anteriores, conclui-se que a cláusula da reserva do possível encontra-se intimamente conectada à noção de escassez, a qual, por sua vez, pressupõe, necessariamente, desigualdade, eis que bens escassos são aqueles que não são passíveis de serem usufruídos por todos. Ocorre que tal escassez decorre de um processo de escolhas, uma vez que, diante da insuficiência de recursos, o administrador público, ao investir em certa área, deixa de direcionar políticas públicas a outras que não foram contempladas com tais recursos.

Nesse sentido, embora de difícil conceituação pela doutrina e jurisprudência, não se tratando sua definição de tema pacificado, o autor Sarlet (2015), aduz que a reserva do possível pode ser compreendida como a possibilidade e o poder de disposição por parte do destinatário da norma dos recursos.

Acerca disso, cumpre mencionar que, via de regra, por atribuição constitucional, compete ao Poder Executivo definir os programas de governo prioritários, os quais, num Estado Democrático de Direito, foram democraticamente escolhidos pelo povo por meio do sufrágio universal, manifestando-se, assim, o princípio majoritário, o qual, todavia, não é o único a ser observado em uma democracia, na qual deve, obrigatoriamente, se pautar na vinculatividade e no acatamento dos direitos fundamentais, cujo núcleo essencial não pode ser, em qualquer hipótese, ainda que por força de limitações orçamentárias, preterido.

Verifica-se, portanto, que, não obstante o processo de escolhas encetado pelo administrador público no exercício de suas atribuições, a observância e a implementação dos direitos fundamentais não se submetem a qualquer juízo de discricionariedade por parte dos governantes, não se tratando de matéria sujeita unicamente à sua conveniência política.

Isso porque, a despeito de serem os direitos fundamentais veiculados, em sua maioria, por normas programáticas, estas consideradas de aplicabilidade mediata, indireta e, muitas vezes, dependente de complementação legislativa para sua plena implementação, prevalece a hermenêutica constitucional de que, em observância ao princípio da máxima efetividade, sua aplicação, a qual não se confunde com a referida aplicabilidade, deve ser imediata, devendo o Poder Público zelar pela eficácia concreta das normas constitucionais. É o que preconiza Sarlet (2015, p. 278):

[...] Levando-se em conta esta distinção, somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5o, §1o, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando- a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, entendimento este sustentado, entre outros, no direito comparado, por Gomes Canotilho e compartilhado, entre nós, por Flávia Piovesan [...].

Assim, conquanto seja legítima a aplicação da cláusula da reserva do possível, o próprio Tribunal Alemão que a concebeu reconheceu que a mesma não é oponível à tese jurídica do “mínimo existencial”, segundo a qual, mesmo na impossibilidade de efetivação plena dos direitos sociais, os indivíduos não podem ser privados de condições mínimas a uma vida digna, tese que se compatibiliza com o princípio da dignidade da pessoa humana, tida como fundamento da República Federativa do Brasil, em conformidade com o que determina o artigo 1º, inciso III, da CRFB/88.

Assenta-se, ainda, a ideia de mínimo existencial na denominada teoria dos limites dos limites (*Schranken-Schranken*), que preconiza a preservação e a intangibilidade de um núcleo essencial dos direitos fundamentais, que, embora comportem relativização, o que decorre, inclusive, de sua natureza principiológica, devem ter preservado seu conteúdo primordial, o qual não comporta qualquer supressão, ainda que parcial. É o que preleciona a autora Barcellos (2002, p. 245-246) ao afirmar que:

[...] a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível [...].

Resta fixado, assim, o âmbito de incidência da cláusula da reserva do possível, bem como os limites à sua aplicação, a qual não pode se dar de forma indistinta, cabendo aos Poderes Constituídos, de forma dialógica, exercer, quando for ela invocada, o

controle, em cada caso concreto que se apresentar, quanto ao preenchimento de seus requisitos.

2.3. Controle dos atos administrativos e separação de poderes

É imperioso destacar, nesse sentido, que, embora se trate a gestão de recursos, via de regra, de atribuição do Poder Executivo, caso os entes estatais deixem de atuar e de alocar investimentos na promoção dos direitos sociais ou atuem com negligência, desídia ou em contrariedade às garantias fundamentais, as quais detêm, inclusive, no ordenamento pátrio, o status de cláusulas pétreas, vide disposição contida no artigo 60, §4º, inciso IV, da CRFB/88, exsurge a necessidade de que se manifeste, quando instado, o Poder Judiciário.

Conclui-se, assim, que a inobservância da eficácia concreta dos direitos fundamentais pelo gestor estatal torna legítima a atuação do Poder Judiciário, quando provocado, no controle dos atos administrativos, sejam eles omissivos ou comissivos.

Isto porque o Poder Judiciário, considerado, por atribuição constitucional, guardião da Magna Carta e do Estado Democrático de Direito, constitui-se como verdadeira instância de deliberação democrática, atuando como interventor e, também, como transformador da realidade social e jurídica, especialmente quando os demais Poderes constituídos falham na efetivação dos direitos fundamentais, encontrando-se, portanto, igualmente vinculado às regras e aos princípios que regem o ordenamento pátrio, o que se dá, inclusive, por determinação do Constituinte originário de 1988, que no artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/1988, dispôs acerca da inafastabilidade da jurisdição, no sentido de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Acerca da atuação do Poder Judiciário quando da violação de direitos fundamentais, ressalta-se que se trata de atuação legítima, que não viola o princípio da separação de poderes, inicialmente concebido pelo filósofo iluminista Montesquieu, mas, pelo contrário, a ele se compatibiliza à medida que atribui ao Judiciário a importante função de fiscalizar e controlar os atos administrativos, de modo a adequá-los às previsões constitucionais, isso sem chamar para si a função política inerente aos Poderes Legislativo e Executivo, concretizando, assim, o mecanismo de freios e contrapesos a ele atinente.

Nesses termos, ao suprir as omissões estatais e inconstitucionais dos demais Poderes, determinando a adoção de medidas que tem por intento restaurar a vinculatividade e a força normativa da Constituição, o Poder Judiciário nada mais faz do que cumprir sua missão institucional, não havendo que se falar em invasão de competências, haja vista que não pode ele assistir, passivamente, a qualquer afronta à dignidade da pessoa humana, princípio por cuja implementação deve ele zelar.

Assim, não obstante as críticas direcionadas ao denominado fenômeno do Ativismo Judicial, esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário faz-se necessário, sobretudo na realidade brasileira, uma vez que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada indiscriminadamente, de modo a causar verdadeira estagnação da realidade social, a qual restaria condenada a permanecer aquém das disposições constitucionais. É essa a compreensão dos Tribunais Superiores pátrios:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. [...] 3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. 4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. 5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. 6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais

para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (REsp 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25.8.2009, DJe 16.9.2009).

2.4. Aplicação no ordenamento jurídico pátrio

Logo após a consolidação da cláusula da reserva do possível no ordenamento jurídico alemão, a tese em comento passou a ser incorporada, também, por outros sistemas, entre os quais o brasileiro. Cumpre ressaltar, no entanto, que, ao menos num primeiro momento, houve relativa mutação dos pressupostos de aplicação inicialmente concebidos pela Corte Constitucional Alemã, que assumiram contornos um pouco diferentes, haja vista que, *a priori*, apenas a questão da reserva do possível fática demonstrava-se relevante na ordem jurídica pátria.

Sobre isso, sobreleva pontuar que, quando de sua concepção, a cláusula em estudo apresentava dimensão tríplice, manifestando-se por meio de três pressupostos, quais sejam: (i) a reserva do possível fática, que por sua vez, denota a efetiva disponibilidade de recursos para a implementação dos direitos fundamentais, este aspecto contemplado, desde sua incorporação pelo ordenamento jurídico brasileiro; (ii) a reserva do possível jurídica, a qual denota a ausência de autorização orçamentária para que determinados recursos sejam direcionados a certa política pública e (iii) a proporcionalidade/razoabilidade da prestação social no que diz respeito à sua exigibilidade, aspecto que apenas passou a ser considerado pela doutrina e jurisprudência nos últimos anos, resgatando-se a amplitude originária da cláusula com os ensinamentos do jurista Sarlet (2015), que leciona que a reserva do possível não se limita unicamente à ausência de recursos materiais propriamente ditos indispensáveis à realização de direitos.

Ainda acerca da proporcionalidade da pretensão relativa a determinada prestação social, dita Filho (1998, p. 118) que:

[...] a proporcionalidade se relaciona com a ponderação de valores. Não há homogeneidade absoluta nos valores buscados por um dado Ordenamento Jurídico, pois é inevitável atrito entre eles. Pretender a realização integral e absoluta de um certo valor significaria inviabilizar a realização de outros. Não se trata de admitir a realização de valores negativos, mas de reconhecer que os valores positivos contradizem-se entre si. Assim, por exemplo, a tensão entre Justiça e Segurança é permanente em todo sistema normativo. A proporcionalidade relaciona-se com o dever de realizar, do modo mais intenso possível, todos os valores consagrados pelo Ordenamento Jurídico,

O princípio da proporcionalidade impõe, por isso, o dever de ponderar os valores.

Verifica-se, nesse sentido que, a despeito dos distintos contornos assumidos num momento inicial, bem como das críticas direcionadas ao traslado da teoria a ordenamentos jurídicos diversos daquele no qual foi ela concebido, críticas que decorriam, em sua maioria, de argumentos que versavam acerca das diferentes realidades sociais e econômicas dos sistemas alemão e latino-americanos, fato é que a cláusula foi efetivamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, sendo notória sua aplicação pelos Tribunais Superiores pátrios, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência constitui o foco de análise do presente trabalho.

Ressalta-se, nesses termos, que, muito embora haja certa instabilidade quanto à aplicação da cláusula nas Cortes Estaduais, que diferem, não raramente, em relação às suas interpretação e extensão, tem sido observado movimento diverso nos Tribunais Superiores, nos quais é possível constatar, não obstante a existência de decisões em sentido contrário, certa padronização no tratamento da cláusula em estudo, a qual tem sido avaliada em sua dimensão tríplice e limitada pela teoria do mínimo existencial, concluindo as Cortes Superiores se tratar legítima a intervenção do Poder Judiciário em casos em que os demais Poderes constituídos deixam de praticar ato essencial à implementação dos direitos fundamentais ou o praticam em desconformidade com os fins constitucionais, impedindo, assim, que o administrador invoque alegada insuficiência de recursos como subterfúgio ao acatamento dos ditames de nossa Magna Carta.

Tal involução tem se manifestado, inclusive, em diversos âmbitos, sendo seus mais notórios o da saúde, a exemplo da exigibilidade do fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, e o da educação, como ocorre quando é pleiteada a criação de vagas em creches. Destacam-se, nesse sentido, importantes julgados que versaram sobre as matérias:

VÍTIMA DE ASSALTO OCORRIDO EM REGIÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO AO QUAL SE ATRIBUI OMISSÃO NO DESEMPENHO DA OBRIGAÇÃO DE OFERECER À POPULAÇÃO LOCAL NÍVEIS EFICIENTES E ADEQUADOS DE SEGURANÇA PÚBLICA [...] RECUSA DO ESTADO DE PERNAMBUCO EM VIABILIZAR A CIRURGIA DE IMPLANTE DE REFERIDO MARCAPASSO, A DESPEITO DE HAVER SUPOSTAMENTE FALHADO EM SEU DEVER CONSTITUCIONAL DE PROMOVER AÇÕES EFICAZES E ADEQUADAS DE SEGURANÇA PÚBLICA EM FAVOR DA POPULAÇÃO LOCAL (CF, art. 144, “caput”) – [...] DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL (CF, arts. 196 e 197) – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-

CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS DA FEDERAÇÃO – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO DE PERNAMBUCO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – RECURSO DE AGRAVO PROVIDO (STA 223 AgR/PE, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, 14.4.2008. (STA-223), julgado em 14/04/2008, publicado no DJE em 09/04/2014).

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE

SEGUNDA GERAÇÃO) (ADPF 45 MC/DF, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 29/04/2004, publicação no DJU em 04/05/2004).

Nessas situações, o administrador público, invocando a cláusula da reserva do possível, alega a suposta inexistência de recursos financeiros aptos a promover política pública que seja suficiente a efetivar determinada pretensão e o Poder Judiciário, por meio de suas instâncias extraordinárias, extrapolado o âmbito de incidência da cláusula em estudo, afasta o argumento da escassez como óbice à efetivação da prestação pretendida, obrigando-o, configurada omissão ou atuação inconstitucionais, a efetuar-la, sob pena de violação ao núcleo essencial da garantia lesada ou sob perigo de lesão.

Cumprе ressaltar, todavia, que, conquanto a reserva do possível e seus desdobramentos sejam aplicados, na maioria das vezes, em questões relacionadas à saúde e à educação, verifica-se sua crescente aplicabilidade no campo do sistema carcerário brasileiro, o que se dá em decorrência do diminuto número de políticas públicas a ele direcionados, acarretando violações aos direitos fundamentais, as quais têm sido, por sua vez, apresentadas ao Poder Judiciário, tudo em conformidade com o que será exposto no próximo capítulo do presente trabalho, pontuando-se, desde já, que a análise do contexto penitenciário guiar-se-á por decisões judiciais que, embora não sejam as únicas que digam respeito à matéria, apresentando caráter meramente informador, ilustram as tendências relativas ao entendimento jurisprudencial vigente.

3 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

3.1. Panorama de violações aos direitos fundamentais dos apenados

Sobreleva mencionar, *ab initio*, que as mazelas inerentes ao sistema penitenciário brasileiro não constituem problemática recente em nossa ordem social, pelo contrário, remontam, até mesmo, aos tempos do Império, tendo os gargalos apenas se ampliado desde então.

Destaca-se, nesse sentido, que a própria Constituição de 1824 trazia, em seu artigo 179, inciso XXI, expressa previsão de que as cadeias seriam seguras, limpas e bem arejadas, bem como de que haveria diversos estabelecimentos para que se pudesse promover a separação dos apenados de acordo com as circunstâncias e as naturezas de seus crimes.

Não bastasse a previsão constitucional, o próprio Código Criminal de 1830 consignava, em sua redação, que a pena privativa de liberdade deveria ser acrescida de atividades laborais para que se pudesse alcançar a ressocialização dos apenados, o que significou verdadeira revolução na medida em que foram redefinidas as finalidades da pena, antes meramente retributivas.

No entanto, não obstante as retrorreferidas disposições normativas, os problemas carcerários já eram comuns mesmo naqueles tempos e, de lá para cá, apenas se maximizaram à medida que, estagnadas as políticas públicas direcionadas ao sistema prisional, aumentou exponencialmente a população carcerária brasileira, que atingiu, em junho de 2019, o alarmante montante de 752.277 (setecentos e cinquenta e dois mil duzentos e setenta e sete) detentos, número que confere a nosso país a desafortunada terceira posição, em valores absolutos, no ranking mundial de maiores populações prisionais, tudo isso em conformidade com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de junho de 2019, disponibilizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). (INFOPEN, 2019).

Compulsando-se o supramencionado documento, verifica-se, ainda, que, no mesmo período, o déficit de espaço nos estabelecimentos prisionais nacionais ultrapassou o inquietante número, também em valores absolutos, de 306.002 (trezentos e seis mil e duas) vagas, evidenciando, assim, uma das principais adversidades enfrentadas pelo sistema prisional brasileiro, qual seja, a superlotação carcerária, que, por sua vez, fomenta muitos outros problemas que assolam a execução criminal.

Nesse sentido, em decorrência de sua gravidade, bem como de sua reiteração nos mais diversos estados da República, as mazelas atinentes ao cárcere têm sido frequentemente noticiadas e expostas à sociedade civil, não apenas pela mídia, mas também pelo próprio Poder Judiciário, que, não raramente, tem se deparado, sobretudo após terem sido estipulados, em 2008, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os denominados “mutirões carcerários”, com situações extremamente degradantes e, até mesmo, subumanas a que são submetidos, diuturnamente, aqueles que são privados, pelo Estado, de sua liberdade.

Destacam-se, nessa toada, para além da superlotação, problemáticas como as péssimas condições de salubridade das celas e demais dependências dos estabelecimentos prisionais, bem como de suas precárias estruturas prediais, que, muitas vezes, não contam sequer com instalações sanitárias e elétricas adequadas, fato que maximiza a proliferação de doenças e aumenta o risco da ocorrência de acidentes que comprometem não apenas a

edificação dos estabelecimentos, mas também a saúde e a integridade física e psíquica dos detentos, constantemente vilipendiadas pela omissão estatal em prover à população carcerária condições mínimas para que possam cumprir, dignamente, a pena que lhe foi imposta por ocasião de uma sentença criminal condenatória.

Acresce-se a tudo isso o fato de que o sistema prisional brasileiro se encontra, há muito, desaparelhado, não contando, também, com os recursos humanos necessários para assegurar aos detentos e à sociedade a segurança imprescindível à execução penal, o que acarreta, recorrentemente e por todo o território nacional, rebeliões por parte dos detentos e conflitos entre facções criminosas oponentes, as quais, muitas vezes, ditam regras próprias e impõem suas vontades mediante a utilização de violência no interior dos estabelecimentos prisionais, exercendo verdadeiro poder paralelo ao estatal.

São recorrentes, ainda, os relatos de abusos a que são submetidos aqueles que são privados de sua liberdade, abusos esses praticados não apenas por outros encarcerados, mas, também, pelos próprios agentes estatais, que, embora incumbidos de assegurar a integridade física e moral dos presos, não raro são denunciados pela prática de ofensas morais, sexuais e, inclusive, torturas, tanto físicas quanto psíquicas que acabam por tolher da população carcerária suas chances de reinserção à sociedade.

Dá-se ênfase, nesse sentido, aos múltiplos casos em que detentos são confinados em *containers* expostos ao sol, sem qualquer instalação sanitária e em péssimas condições de higiene, bem como aos abundantes relatórios e visitas técnicas que noticiam verdadeira e banalizada mixórdia entre presos provisórios e condenados, que, em manifesta contrariedade ao que dispõe o artigo 84 da LEP, misturam-se e dividem, entre si, em inobservância às disposições legais, celas e demais espaços nos estabelecimentos penais brasileiros.

Somados, os supramencionados gargalos carcerários, apontados de forma meramente exemplificativa, e não exaustiva, evidenciam a verdadeira desordem institucional experienciada pelo sistema prisional brasileiro, o que compromete sobremaneira, senão impossibilita, sua efetividade enquanto instrumento de ressocialização, revelando insustentável desconformidade com a CRFB/1988, a qual consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, *ex vi* de seu artigo 1º, inciso III, bem como com o ordenamento jurídico infraconstitucional pátrio, representado, *in casu*, sobretudo pela LEP e pela Resolução nº. 14 de 1994 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP).

No que diz respeito à LEP, ressaltam-se as flagrantes transgressões a seus artigos 10 a 27, dispositivos que impõem ao Estado o dever de assegurar aos presos, internados e egressos o direito à assistência em suas múltiplas facetas, quais sejam, material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, isso com o fito de prevenir práticas delituosas e orientar seu retorno à convivência em sociedade.

Não bastasse tal previsão, o mesmo diploma legal estabelece, ainda, em seus artigos 85, *caput*, e 88, *caput* e parágrafo único, nesta ordem, que os estabelecimentos penais deverão apresentar lotação compatível com suas respectivas estruturas e finalidades, bem como que os condenados serão alojados em celas individuais compostas por dormitório, aparelho sanitário e lavatório, as quais deverão observar requisitos minimamente adequados de salubridade, insolação, ventilação e condicionamento térmico e área não inferior a 6,00 m² (seis metros quadrados), regras que, embora plenamente vigentes e corroboradas pelas disposições complementares da Resolução n.º. 14 de 1994 do CNPCP, também são manifestamente desrespeitadas e inobservadas pelas autoridades públicas, conforme amplamente contextualizado nos parágrafos anteriores.

Cumprе mencionar, ainda, que a retromencionada resolução dispõe, por meio de seu artigo 1º, que as normas por ela previstas obedecem aos princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos demais Tratados, Convenções e regras internacionais de que o Brasil é signatário, revelando que as numerosas transgressões já apontadas pelo presente trabalho repercutem para além das fronteiras do território nacional, o que pode, inclusive, acarretar a responsabilização internacional do ente federativo da União, o que pode ocorrer tanto pela via do sistema global de proteção aos Direitos Humanos quanto pelo sistema regional ou interamericano, isso porque entre os referidos sistemas não existe hierarquia, mas, pelo contrário, relação de complementariedade.

Nesse sentido, importante frisar, ainda, em conformidade com o que preleciona o autora Piovesan (2008), que a responsabilização internacional da União pode se configurar independentemente do Poder constituído e do ente federativo a que pertence o órgão responsável por ilícitos internacionais. Acerca disso:

[...] os princípios federativo e da separação dos Poderes não podem ser invocados para afastar a responsabilidade da União em relação à violação de obrigações contraídas no âmbito internacional. Como leciona Louis Henkin: 'A separação dos poderes no plano nacional afeta a forma de responsabilização do Estado? No que se refere à atribuição de responsabilidade, não faz qualquer diferença se o órgão é parte do Executivo, Legislativo ou Judiciário. Não

importa ainda se o órgão tem, ou não, qualquer responsabilidade em política internacional.

Destacam-se entre os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que versam sobre matérias afetas à dignidade dos presos o já mencionado Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, que, em seu artigo 5º, item 2, assevera que toda pessoa privada de sua liberdade deve ser tratada com o adequado respeito inerente à sua condição humana, bem como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, que traz disposição semelhante em seu artigo 10, cumprindo ressaltar que tais normas apresentam caráter supralegal, eis que, embora versem sobre Direitos Humanos, foram internalizadas previamente à vigência da Emenda Constitucional nº. 45/2004. Assim, do ponto de vista da pirâmide kelseniana, conquanto sejam hierarquicamente inferiores à CRFB/1988, encontram-se elas em posição superior àquela ocupada pela legislação interna, o que revela sua importância e o *locus* diferenciado que ocupam em nossa atual ordem jurídica.

Por fim, depreendem-se, também, do panorama carcerário brasileiro, críticas transgressões às “Regras de Mandela”, documento criado pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1955, que contém diretrizes mínimas a serem adotadas pelo Estado no tratamento de presos sob sua custódia, entre as quais se encontra a determinação de que a Administração providencie a disponibilização de banho quente nos estabelecimentos prisionais, *ex vi* de sua regra 16, determinação essa que foi objeto de recente pronunciamento jurisdicional pelo Superior Tribunal de Justiça, órgão do Poder Judiciário que, instado a se manifestar acerca de omissão por parte do Poder Executivo, firmou a seguinte tese, em sede de Informativo de Jurisprudência nº. 666:

A omissão injustificada da Administração em providenciar a disponibilização de banho quente nos estabelecimentos prisionais fere a dignidade de presos sob sua custódia. A determinação de que o Estado forneça banho quente aos presos está relacionada com a dignidade da pessoa humana, naquilo que concerne à integridade física e mental a todos garantida. O Estado tem a obrigação inafastável e imprescritível de tratar prisioneiros como pessoas, e não como animais. O encarceramento configura pena de restrição do direito de liberdade, e não salvo-conduto para a aplicação de sanções extralegais e extrajudiciais, diretas ou indiretas. Em presídios e lugares similares de confinamento, ampliam-se os deveres estatais de proteção da saúde pública e de exercício de medidas de assepsia pessoal e do ambiente, em razão do risco agravado de enfermidades, consequência da natureza fechada dos estabelecimentos, propícia à disseminação de patologias. (STJ. 2ª Turma. REsp 1.537.530-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 27/04/2017 Info 666).

Verifica-se, assim, que as violações aos direitos fundamentais dos apenados e dos presos provisórios em nosso país, longe de serem isoladas, mostram-se bastante

recorrentes e tão gravosas que o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento de liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 47/DF, em sessão plenária de 09 de setembro de 2015, reconheceu, no que tange ao sistema carcerário brasileiro, a existência do denominado “Estado de Coisas Inconstitucional”, tema que será objeto de análise do próximo subtópico.

3.2. Estado de Coisas Inconstitucional e ADPF nº. 347:

Pioneiramente utilizada pela Corte Constitucional Colombiana (CCC) em decisão datada de 1997 (SU 559, de 06 de novembro de 1997), prolatada, por sua vez, em demanda que versava sobre sistemáticas violações aos direitos previdenciários de professores pelo Estado, a expressão “Estado de Coisas Inconstitucional” caracteriza-se, para seu reconhecimento e configuração, pela presença dos seguintes pressupostos: a) a existência de generalizadas e sistêmicas transgressões a direitos fundamentais; b) um número elevado e indefinido de atingidos pelas retrorreferidas violações; c) a inércia ou reiterada incapacidade do Estado e de seus agentes públicos em modificar o quadro de gravosas transgressões a garantias fundamentais; e, por fim, d) a imprescindibilidade de que, para a modificação desse quadro, atuem não apenas um, mas uma pluralidade de órgãos e autoridades públicas.

Transladada a teoria do “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) para o ordenamento jurídico brasileiro, foi com base nos mesmos pressupostos que nossa Corte Constitucional o reconheceu em relação ao sistema prisional pátrio, isto porque, analisando o caos institucional que o circunda, concluiu, acertadamente, pela existência de graves, recorrentes e generalizadas violações aos direitos fundamentais dos presos, o que afeta, diretamente, sua dignidade, bem como sua integridade física e psíquica, de modo a converter as penas privativas de liberdade que a eles foram aplicadas em penas desumanas e cruéis, as quais são vedadas em nossa ordem constitucional, *ex vi* do artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”, da CRFB/1988.

Cumprido destacar, acerca dos pressupostos da construção teórica em comento, que, em conformidade com o que assinalou o STF ao deferir parcialmente a liminar pleiteada no bojo da ADPF nº. 347/DF, a sistêmica inobservância aos direitos daqueles que são privados de sua liberdade pelo Estado não atinge apenas a população carcerária, mas, pelo contrário, afeta, por via reflexa, uma coletividade indeterminada na medida em que desrespeitar as garantias dos detentos obstaculiza, senão, muitas vezes, impossibilita, sua

ressocialização, o que implica em crescentes e alarmantes índices de reincidência, fomentando, assim, o aumento da criminalidade e, como consequência, da sensação de insegurança social.

Deferida, parcialmente, a aludida liminar, o STF determinou que os Juízes passassem, então, a realizar as denominadas audiências de custódia, oportunidade em que aqueles que tiverem sido, por algum motivo, presos em flagrante delito sejam submetidos e apresentados à autoridade judiciária competente num prazo de até 24 horas após o momento de realização de sua prisão, isto com o fito de desafogar o sistema prisional brasileiro, de modo a evitar a manutenção de prisões ilegais ou desnecessárias, bem como de prevenir a prática de abuso de autoridade ou violência de qualquer ordem por parte dos agentes estatais incumbidos da realização da prisão sob exame.

Além disso, a Suprema Corte brasileira decidiu, também, na mesma oportunidade, pela proibição imposta ao Poder Executivo de contingenciar os valores do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), devendo a União liberar, ainda, o saldo acumulado de que dispõe o aludido fundo para que o mesmo seja utilizado em conformidade com sua finalidade estipulada no artigo 1º da Lei Complementar nº. 79 de 1994, qual seja, a de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional, inclusive para a construção, reforma, ampliação e o aprimoramento de estabelecimentos penais, vide artigo 3º, inciso I, do mencionado dispositivo legal.

Cumprido mencionar, nesse sentido, que a aludida proibição, inicialmente imposta pelo STF, passou a constar expressamente no texto da LC nº. 79/1994, mais precisamente em seu artigo 3º, §6º, tendo sido incluída por força da Lei nº. 13.500 de 2017, demonstrando, assim, o acerto da retromencionada decisão judicial na medida em que os recursos contingenciados pela União dificultavam, senão impediam, a formulação de novas políticas públicas voltadas à obtenção de melhorias no sistema carcerário brasileiro, bem como o aprimoramento das políticas já existentes, de modo a contribuir, significativamente, para uma estagnação da realidade social da população prisional e para uma intensa precarização de suas condições de vida, em flagrante violação ao princípio da proibição do retrocesso social, sobre o qual preleciona Sarlet (2009, p. 121), que significaria “toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não)”.

Concluiu, portanto, o STF que as absurdas e subumanas adversidades enfrentadas pelo sistema carcerário brasileiro implicariam verdadeira transgressão ao que se convencionou chamar de “mínimo existencial”, expressão que, por sua vez, designa um feixe de condições mínimas a serem asseguradas a um indivíduo ou a uma coletividade para que possam exercer, dignamente, os direitos fundamentais de sua titularidade e sua cidadania.

Assim, em decorrência da magnitude da vislumbrada violação, a qual decorre, diretamente, da ausência de coordenação institucional entre os Poderes Constituídos, bem como de grave falta estrutural por parte das instâncias políticas e administrativas de controle, justificar-se-ia a intervenção, no presente caso, do Poder Judiciário, ao qual cabe, portanto, a importante prerrogativa de retirar os demais Poderes de sua inércia, catalisando e incentivando debates acerca de novos projetos e políticas a serem adotados de forma coordenada, eis que, em conformidade com o último pressuposto apontado para o reconhecimento e a configuração do ECI, é manifesta a necessidade que as soluções a serem construídas para superar as inconstitucionalidades vivenciadas sejam alcançadas de forma conjunta e integrada.

3.3. Análise do acórdão de Recurso Extraordinário nº. 592.581/RS:

Tendo em vista que o presente trabalho adota como procedimento metodológico, para além da revisão bibliográfica, a consulta à jurisprudência pátria, passa-se, então, à análise do acórdão de Recurso Extraordinário nº. 592.581/RS, julgado pelo Plenário do STF na sessão de 13 de agosto de 2015.

Cumprе ressaltar, todavia, que o afunilado âmbito de abrangência da presente pesquisa não autoriza um estudo pormenorizado do tratamento dispensado ao tema em exame pelas Cortes Estaduais, razão pela qual o foco de análise deste trabalho será a jurisprudência dos Tribunais Superiores, notadamente do Supremo Tribunal Federal. Destaca-se, ainda, que, muito embora, pelas mesmas razões, não seja exequível revisão exaustiva das decisões da Suprema Corte brasileira acerca da cláusula da reserva do possível e de sua aplicabilidade, pretende a presente pesquisa analisar, em caráter meramente exemplificativo e informador, o retromencionado julgado, que, a despeito de não ser o único existente na tratativa da matéria, demonstra, uma vez que relativamente recente, as tendências jurisprudenciais do Pretório Excelso no enfrentamento ao tema.

No caso em comento, o Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul, ao tomar ciência de violações aos direitos fundamentais dos encarcerados do presídio do município de Uruguaiana/RS, ingressou, em Juízo, com uma Ação Civil Pública para impor ao Governo Estadual a obrigação de fazer obras no referido estabelecimento penal, isto com o fito de assegurar aos presos condições dignas de vida e convivência, já que um deles chegou a morrer eletrocutado em decorrência da precariedade e da péssima estrutura das instalações prisionais em questão.

Ajuizada a ação pelo *Parquet*, o Juízo de primeiro grau, provendo o pleito autoral, prolatou sentença em que determinou, ao Governo gaúcho, a realização de uma reforma geral no Albergue Estadual de Uruguaiana/RS, o que deveria ser realizado num prazo de seis meses.

Irresignado, o estado do Rio Grande do Sul, alegando a inexistência de dotação orçamentária para a efetivação das aludidas obras, apelou ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, por sua vez, reformou a sentença primeva, fixando a tese de que o pronunciamento jurisdicional *a quo* teria configurado indevida ingerência por parte do Poder Judiciário em âmbito de atuação reservado ao Poder Executivo, ao qual caberia a implementação e a execução de políticas públicas, violando, assim, o princípio da separação dos poderes.

Diante da decisão de segunda instância, o Ministério Público gaúcho recorreu ao Supremo Tribunal Federal, interpondo o Recurso Extraordinário sob exame, oportunidade em que aduziu que os direitos fundamentais, embora veiculados por normas programáticas, apresentam aplicabilidade imediata, razão pela qual a escassez de recursos, bem como a ausência de dotação no orçamento não podem ser invocados pela Administração Pública para obstaculizar a adoção de ações que visem à sua efetivação, sob pena de converterem referidas normas em “promessas constitucionais inconsequentes”, como bem apontou o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello no acórdão de Recurso Extraordinário nº. 271.286, de sua relatoria.

Na ocasião, apontou, ainda, o Órgão Ministerial a posição central ocupada, em nosso ordenamento jurídico, pelo postulado da dignidade da pessoa humana, cuja proteção repercute por toda a ordem constitucional vigente, não suportando relativização frente à reserva do possível, razão pela qual não seria admitida omissão estatal em prover àqueles que são privados de sua liberdade condições minimamente dignas de vida para que cumpram as penas que lhes foram impostas ou que, em havendo fundamento legal e necessidade, permaneçam acautelados provisoriamente.

Compulsando os autos em que foi prolatado o acórdão sob análise, foi justamente com base no princípio da dignidade da pessoa humana que votou o relator, Ministro Ricardo Lewandowski, então Presidente da Suprema Corte brasileira, tendo ele asseverado, em conformidade com precedente do Superior Tribunal de Justiça, *in casu*, o acórdão de Recurso Especial nº. 1.041.197/MS, julgado pela Segunda Turma, de relatoria do Ministro Humberto Martins, publicado no DJe em 16 de setembro de 2009, que a omissão injustificada da Administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais à dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, que, diante da inércia do Poder Executivo, deve se incumbir das importantes prerrogativas que lhe foram constitucionalmente conferidas, entre as quais a de intervir para impedir transgressões a direitos fundamentais por parte do Estado contra pessoas que se encontram sob sua custódia.

Sustentou, ainda, o Ministro Relator que tal intervenção não se traduziria em inobservância ao Princípio da Separação de Poderes, como entendeu o Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul ao reformar a sentença de primeiro grau, até mesmo porque a própria CRFB/88 prevê, em seu artigo 5º, inciso XXXV, o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, o que impede que o Poder Judiciário se abstenha diante de lesão ou ameaça de lesão a direito.

Por fim, ao dar provimento ao recurso do MP/RS, entendimento que foi acatado pela unanimidade da Corte, aduziu o Ministro que o contexto fático trazido à baila pelo Ministério Público gaúcho teria demonstrado a sujeição dos presos a uma pena que transcende a mera privação da liberdade imposta pela sentença na medida em que os submete a um abusivo e ilícito sofrimento físico, psicológico e moral, situação que configura verdadeiro excesso de execução passível de intervenção pelo Poder Judiciário, e que, além de retirar da sanção penal sua finalidade ressocializadora, atenta frontalmente contra o postulado da dignidade da pessoa humana, sobre o qual preleciona Sarlet, (2001, p 60):

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Como se depreende das palavras do jurista acima mencionado, a cláusula da dignidade da pessoa humana foi elevada à condição de “sobreprincípio”, passando a ocupar posição centralmente distinta no ordenamento jurídico pátrio, isto porque é ela responsável por estabelecer claros limites à atuação, e até mesmo a omissão, do Poder Estatal e das autoridades públicas que o representam, cumprindo ressaltar que tais limites repercutem, inclusive, no exercício do *jus puniendi* sobre o qual o Estado exerce monopólio.

Ocorre, todavia, que, não obstante a construção teórica que circunda o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como sua expressa previsão pela CRFB/1988 como um dos fundamentos da República, o que se observa, hodiernamente, e há muito, na experiência brasileira, é um quadro de sistemáticas, reiteradas e alarmantes violações aos direitos fundamentais dos presos, panorama que, em consonância com o que já foi discorrido e exemplificado nos tópicos anteriores do presente estudo, demonstra, de forma cristalina, a reflexa violação ao conteúdo mínimo do postulado da dignidade da pessoa humana decorrente de verdadeiro fenômeno de “coisificação” dos seres humanos submetidos à custódia do Estado, que, não raramente, assume posição de manifesta desídia em relação às necessidades mais básicas dos detentos, dispensando aos mesmos tratamento incompatível com o patamar civilizatório e com a ordem constitucional vigentes.

3.4. Direito fundamental à boa administração pública:

Importante mencionar, outrossim, que, ao prever expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os princípios que regem a Administração Pública, a CRFB/1988, conhecida, também, como Constituição Cidadã, consagrou, ainda que implicitamente, por força das disposições contidas em seus artigos 1º, inciso III, e 37, *caput*, o denominado direito fundamental à boa administração, muito embora tal direito tenha sido previsto expressamente apenas anos depois, em 2000, pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, documento que versa sobre Direitos Humanos, proclamado pelo Parlamento Europeu e pelos Conselho e Comissão Europeias.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, tal conclusão pode ser alcançada ao se partir da premissa de que uma boa administração apenas pode ser levada a cabo se for ela pautada na promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, bem como na legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e

eficiência. Para o jurista, a Magna Carta brasileira teria ido mais adiante do que a própria Carta da União Europeia, já que, além de dispor implicitamente sobre referido direito, fixou, ainda, expressamente, os princípios e diretrizes que possibilitam a concretização do ideal de boa administração.

Em conformidade com os ensinamentos de Freitas (2009, p. 22), o direito à boa governança comporta um plexo de direitos subjetivos que, por sua vez, abarcam o direito a uma administração pública dialógica, imparcial, transparente e responsável econômica e teologicamente, de modo a constituir um direito de cidadania, podendo ser interpretado, em suas palavras, como:

[...] o direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.

Verifica-se, nesses termos, que o direito fundamental à boa administração pública, enquanto direito fundamental difuso, ou de terceira dimensão, vincula o Estado a um verdadeiro dever de gestão para com os administrados, já que a Administração, para além de um dever de observância aos princípios constitucionais vigentes, ostenta, ainda, o encargo de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, isto é, de implementar, no caso concreto, os comandos constitucionais que orientam nosso ordenamento jurídico.

Assim, partindo-se do pressuposto adotado pela teoria dos custos dos direitos de que os direitos fundamentais associam-se, inexoravelmente, a um dispêndio financeiro a eles correspondente, incumbe ao Estado a responsabilidade de prover e gerir apropriadamente os recursos necessários para que sejam tais direitos implementados, processo em que o Estado-gestor deve otimizar os meios postos à sua disposição a fim de alcançar resultados eficientes e de qualidade aos cidadãos, de modo a impedir eventual frustração ou quebra da confiança por parte destes em relação ao cumprimento do programa de governo democraticamente eleito nas urnas.

Nesse sentido, realizada a contextualização doutrinária acerca do direito à boa governança, pode-se afirmar que boa parte dos problemas que assolam os presídios e demais estabelecimentos penais brasileiros decorrem de uma má gestão de recursos públicos, o que permite inferir que, somada às violações, individualmente consideradas, aos direitos fundamentais dos presos à sua integridade física e psíquica, faz-se presente, ainda, uma violação a um direito de titularidade de toda a coletividade na medida em que

haveres públicos destinados à implementação de políticas públicas penitenciárias, embora disponíveis, não são aplicados da maneira adequada.

Isso porque, conforme consignou em seu voto o Ministro Relator do acórdão de RE nº. 592.581/RS, o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), cuja finalidade precípua é a de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional, dispõe de verbas da ordem de R\$ 2,3 bilhões (dois bilhões e trezentos milhões de reais), vultoso montante do qual podem usufruir os entes federados, bastando, para isso, que apresentem projetos e firmem convênios para realizar obras, sendo descabido, portanto, o argumento de escassez de recursos comumente utilizado pelos gestores ao invocarem a cláusula da reserva do possível para se eximirem de responsabilidade que lhes foi constitucionalmente outorgada, sobretudo quando se trata da realização de obras emergenciais, como era o caso retratado nos autos submetidos à apreciação do STF,

O que se vislumbra, muitas vezes, é falta vontade política para a implementação de ações por parte dos governos, tanto estaduais quanto federal, que, deixando de adotar postura proativa no enfrentamento do problema carcerário e de todos os seus desdobramentos, acabam por incorrer em omissão, situação que, além de acarretar consequências demasiadamente danosas não apenas àqueles que são privados de sua liberdade, mas, por via reflexa, à própria sociedade civil, intimidada por alarmantes índices de reincidência e por uma intragável sensação de insegurança social, reclama, também, a atuação do Poder Judiciário a fim de cessar condutas, positivas ou negativas, que transgridam direitos fundamentais.

Descortina-se, assim, no mau gerenciamento dos recursos públicos, uma causa que agrava, em muito, as mazelas sofridas pelo sistema penitenciário brasileiro e que transparece a inobservância ao direito fundamental à boa administração pública, o que já ensejou, inclusive, a expedição, em diversas oportunidades, pelo Tribunal de Contas da União (TCU), de determinações e recomendações ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, ao qual o FUNPEN é vinculado, o que se deu em virtude do baixo nível de transparência e da ineficiência dos gastos públicos repassados aos entes federados, que, não raramente, deixam de empregá-los da maneira adequada, sem seguir um devido planejamento prévio, de modo a tolher a eficácia da Lei Complementar nº. 79 de 1994, mais precisamente de seu artigo 3º, dispositivo que dispõe acerca das áreas a serem contempladas pelos recursos do fundo em questão, as quais, ao arrepio da previsão normativa, tornam-se precárias e extremamente deficientes o que acaba por perpetuar o

ciclo de transgressões e ilegalidades reiteradamente observadas por todo o país no que se refere às políticas criminal e carcerária.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo demonstra que, não obstante as críticas tecidas em relação à incorporação, à ordem jurídico-constitucional brasileira, da cláusula da reserva do possível, fato é que referida construção foi recepcionada por nosso ordenamento jurídico, sendo ampla sua aplicação enquanto um fator limitador à efetivação de direitos fundamentais, eis que vinculada à denominada teoria das escolhas trágicas, pautada, por sua vez, na escassez de recursos financeiros face a uma multiplicidade de pretensões individuais razoáveis a serem realizadas pelo Estado.

Destaca-se, assim, na experiência brasileira, sua recorrente aplicação no âmbito do direito à saúde, a exemplo dos casos de fornecimento de medicamentos e tratamentos pelo Estado, bem como de requisição de leitos em hospitais. Ocorre que, embora habitual, sua incidência não se esgota no campo da saúde, mas, pelo contrário, se estende a muitos outros direitos constitucionalmente assegurados, entre os quais se sobrepõem os direitos à educação, à moradia, ao transporte e, inclusive, os direitos às integridades física, moral e psíquica daqueles que são submetidos à custódia estatal por ocasião de prisão, pena ou provisória, internação ou apreensão, esses últimos não raramente inobservados, *exempli gratia*, em casos de superlotação carcerária, instalações precárias, perigosas e insalubres, banhos frios, etc.

Em virtude de sua vasta aplicabilidade no Direito brasileiro, Juízes de primeira instância e Tribunais têm se deparado, frequentemente, com questões atinentes à cláusula da reserva do possível, cumprindo ressaltar, nesse sentido, que em decorrência de sua relativamente recente incorporação ao ordenamento pátrio, inexiste, ainda, homogeneidade por parte das Cortes no enfrentamento ao tema, sobretudo por parte das Cortes Estaduais, razão pela qual a presente pesquisa tomou como foco de análise a jurisprudência dos Tribunais Superiores e, principalmente, do Supremo Tribunal Federal, onde foi possível observar, sem prejuízo de decisões em sentido diverso, certas tendências na interpretação da construção teórica em comento, mormente em relação aos limites de sua incidência, *in casu*, o postulado da dignidade da pessoa humana, a intangibilidade do mínimo vital e a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Examinando as decisões colacionadas ao trabalho em comento, pôde-se constatar que autoridades públicas, mormente representantes do Poder Executivo, tanto na esfera Estadual quanto na esfera Federal, têm se socorrido, recorrentemente, da cláusula estudada, sem o preenchimento de seus pressupostos de aplicação, como instrumento de retórica para obstaculizar a efetivação de direitos fundamentais sociais, o que, por sua vez, descortina duplo arbítrio estatal na medida em que, para além das violações decorrentes da desídia dos Poderes Políticos, verifica-se, ainda, por parte deles, uma má gestão dos recursos públicos, situação que, por sua vez, não coaduna com os fundamentos, constitucionalmente designados, da República Federativa do Brasil, entre os quais a promoção da dignidade da pessoa humana.

Isto porque, no que diz respeito ao sistema prisional brasileiro, as condições carcerárias a que são submetidos os presos revelam, muitas vezes, em conformidade com os exemplos e fatos trazidos à baila pela pesquisa em questão, atentados contra o núcleo duro dos direitos humanos fundamentais, o que reclama a aplicação da reserva da intocabilidade da essência, eis que inobservadas obrigações estatais inafastáveis e imprescritíveis, tratando-se de hipótese de manifesto interesse público reverso, não passível de descumprimento estatal, seja ele comissivo seja omissivo.

Dessa maneira, diante da inércia dos demais Poderes Constituídos, o Poder Judiciário, quando provocado, incumbido de seu papel de protetor do Estado Democrático de Direito e pautado nos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da vedação da proteção insuficiente, ambos de assento constitucional, tem, muitas vezes, atuado em demandas que dizem respeito à reserva do possível, isso com vistas à efetivação da cidadania e da justiça social.

Em sede de conclusão, alcança-se, pelo emprego da metodologia adotada, cumpridos os objetivos de pesquisa elencados, a compreensão pelo acerto das recentes decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal no sentido de não se isentar a Corte Suprema de apreciar ataques, diretos ou indiretos, aos pilares centrais do ordenamento jurídico e aos aspectos mais elementares da dignidade da pessoa humana, não podendo o guardião da Constituição, prerrogativa que lhe é atribuída pela própria CRFB/1988, *ex vi* de seu artigo 102, *caput*, assistir passivamente a gravíssimas violações a um de seus conteúdos mais importantes, qual seja, os direitos fundamentais, até mesmo porque, caso o fizesse, os próprios alicerces do Estado de Direito restariam comprometidos face à injustificada e ilegal omissão.

Assim, avocando para si as importâncias incumbências que lhe foram designadas, conclui-se que, em consonância com a tese de repercussão geral fixada no bojo dos autos de RE nº. 592.581/RS, a qual foi acatada pela unanimidade do Plenário, que é lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer consistente na promoção de medidas, bem como na execução de obras em estabelecimentos prisionais e afins, isso para conferir efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar, minimamente, aos presos a concretização das garantias fundamentais de que são titulares, de modo a evitar que pena privativa de liberdade determinada por ocasião de uma sentença criminal condenatória se traveste de um caráter cruel, extralegal e extrajudicial que não lhe é próprio.

Nesse sentido, uma vez violado o mínimo existencial ou não verificados seus requisitos, não é oponível, ao cumprimento de obrigação judicialmente determinada, a cláusula da reserva possível, sendo descabido, ainda, alegar suposta afronta ao princípio da separação dos poderes diante de eventual atuação do Judiciário quando o mesmo, no exercício do fenômeno do Ativismo Judicial, ordena a deflagração de políticas públicas necessárias à observância de ditames constitucionais, até mesmo porque a construção teórica concebida por Montesquieu não é estanque, mas dinâmica e pautada em mecanismos de freios e contrapesos por meio dos quais se efetivam fiscalizações recíprocas.

Cumpra pontuar, todavia, que, não obstante legítima, tal atuação não é irrestrita, visto que, muito embora não possa se omitir diante de graves violações, não está, igualmente, autorizado o Judiciário a substituir a atuação dos demais Poderes Constituídos, estes detentores de legitimidade democrática advinda das urnas e incumbidos, por conseguinte, dos processos de formulação e implementação de políticas públicas, o que permite inferir que, para além de um dever de ação, deve ser observado, outrossim, pelo Judiciário, um dever de autocontenção, de modo a se manter o equilíbrio entre os Poderes Constituídos.

Não se trata, portanto, de uma sobreposição de vontades de um Poder em relação a outro, mas, pelo contrário, de soma de esforços para a consecução de um bem comum por todos pretendido: a promoção do bem-estar social e da dignidade da pessoa humana. Não se deve olvidar, também, que tais finalidades devem ser buscadas por meio de um processo colaborativo e dialógico, levando-se em consideração, valorizando e coordenando as capacidades institucionais de cada um dos Poderes para que assim, e somente assim, possa o mínimo existencial conviver produtivamente com a reserva do

possível, afastando-se o estado de inércia estatal permanente que dificulta, senão obsta, a concretização dos direitos fundamentais dos presos, bem como impede a observância do direito fundamental à boa administração pública.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 22 de jun. de 2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 18 de jun. de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 de jun. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF no 347**. 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 14 de jun. de 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CARVALHO, Valter Alves. **O direito à boa administração pública: uma análise no contexto dos direitos de cidadania no Brasil**. Orientador: Gustavo Sampaio Telles Ferreira. 2013. 120 p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade Federal Fluminense, Niterói-RJ, 2013. Disponível em: <http://ppgdc/sites.uff.br/wp-content/uploads/sites/34/2017/06/DISSERTA%C3%87%C3%83O_-_Valter_Alves_Carvalho.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2020.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos.** Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>>. Acesso em: 8 de jul. de 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** 2ª Ed - São Paulo: Malheiros, 2009.

GOMES, Mário Soares Caymmi. **Apontamentos para uma análise retórica da reserva do possível como limitador da eficácia dos direitos fundamentais.** Revista da UNICORP, Entre Aspas, v.3. Disponível em: <<https://unicorp.tjba.jus.br/revistas/revista-entre-aspas-volume-3/>>. Acesso em: 17 de jun. de 2020.

INFOPEN, junho/2019. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>> Acesso em: 13 de jun. de 2020.

JURGEN, Schwabe. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão.** Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

FILHO, Marçal Justen. **Empresa, ordem econômica e Constituição.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 212, abr./jun. 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/2445>>. Acesso em: 14 de jun. de 2020.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas.** Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Público, v.1, n.8, 2008. Disponível em: <<https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2580>>. Acesso em: 17 de jun. de 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo. Malheiros Editores, 1996.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos.** Revista Direito Mackenzie, v.3, n.2, 2002. Disponível em <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246>>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 9ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 12a Ed. rev. atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 1ª Ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 16 de jul. de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Administração Pública e os Direitos Fundamentais. Aula proferida na Escola da Magistratura do TRF-4ª Região, Curso Permanente, Módulo II, Direito Administrativo [online]**. (Sem data). Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangasarlet.pdf>. Acesso em: 27 de jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho – Rev. TST. Porto Alegre, RS, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/13602>>. Acesso em: 18 de jul. de 2020.

STEFFENS, Alessandra Franke; MARCO, Cristhian Magnus de. **Dignidade humana: garantia do mínimo existencial x reserva do possível no sistema carcerário brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, n.34, p.28-44, jan./abr. 2018. Disponível em: <<http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/numero-34/>>. Acesso em: 27 de jun. de 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA'. **Jurisprudências**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 15 de jul. de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jurispudências**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 14 de jul de 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dez. 2015. (Texto para Discussão no 186). Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/516692>>. Acesso em: 12 de jun. de 2020.