

ano 18 - n. 74 | outubro/dezembro - 2018
Belo Horizonte | p. 1-280 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v19i74
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-
	Trimestral ISSN: 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Editores Acadêmicos Responsáveis

Daniel Wunder Hachem

Ana Cláudia Finger

Assessor Editorial

Felipe Klein Gussoli

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (UniBrasil-PR)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Clêmerston Merlin Clève (UFPR)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG-GO)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Odilon Borges Junior (UFES)
Emerson Gabardo (UFPR)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Eros Roberto Grau (USP)	Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP-PR)
Imgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
José Carlos Abraão (UEL-PR)	Rogério Gesta Leal (UNISC-RS)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Weida Zancaner (PUC-SP)

Homenagem Especial

Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)
Guillermo Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jorge Luís Salomoni (*in memoriam*)
Julio Rodolfo Comadira (*in memoriam*)
Lúcia Valle Figueiredo (*in memoriam*)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)
Paulo Henrique Blasi (*in memoriam*)
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)
Rolando Pantoja Bauzá (*in memoriam*)

Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação

Social rights, the proviso of the possible and the minimum existential: the aporia of the adequate means of satisfaction

Paulo Ricardo Schier*

Centro Universitário Autônomo do Brasil (Brasil)
pauloschier@uol.com.br

Adriana da Costa Ricardo Schier**

Centro Universitário Autônomo do Brasil (Brasil)
adrianacrschier@uol.com.br

Recebido/Received: 09.11.2018 / November 9th, 2018

Aprovado/Approved: 10.02.2019 / February 10th, 2019

Como citar este artigo/*How to cite this article*: SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 67-96, out./dez. 2018. DOI: 10.21056/aec.v19i74.1047.

- * Professor de Direito Constitucional, em nível de graduação, especialização e mestrado (Mestrado em Direitos Fundamenta e Democracia), da Escola de Direito e Relações Internacionais do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil (Curitiba-PR, Brasil). Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Estágio pós-doutoral pela Universidade de Coimbra (Coimbra, Portugal). Professor do Instituto de Pós-Graduação em Direito Romeu Felipe Bacellar, da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST e da Academia de Direito do Centro Europeu. Pesquisador vinculado ao NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional (CNPq) e à Linha de Pesquisa “Constituição e Condições Materiais da Democracia”. Trabalho vinculado ao Projeto de Pesquisa “Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais”. Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/Pr. Advogado militante. E-mail: <pauloschier@uol.com.br>.
- ** Professora de Direito Administrativo, em nível de graduação e mestrado, da Escola de Direito e Relações Internacionais do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil (Curitiba-PR, Brasil). Doutora em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Estágio pós-doutoral pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Professora do Instituto de Pós-Graduação em Direito Romeu Felipe Bacellar. Pesquisadora vinculada ao NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional (CNPq) e à Linha de Pesquisa “Constituição e Condições Materiais da Democracia”. Trabalho vinculado ao Projeto de Pesquisa “Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais”. Advogada militante. E-mail: <adrianacrschier@uol.com.br>.

Resumo: O debate sobre a forma de satisfação dos direitos sociais na teoria constitucional brasileira tem assumido dois caminhos diferentes. Em um primeiro momento, desconfiando da capacidade de atuação do Poder Executivo, apostou-se fortemente na via da judicialização dos direitos sociais. Todavia esse modelo, que conduziu ao debate sobre o conflito entre reserva do possível e mínimo existencial, revelou limites institucionais na forma de atuação do Poder Judiciário. Como consequência, parte das análises teóricas conduz ao raciocínio de que o meio mais apropriado para a satisfação dos direitos sociais é a sua realização através do Poder Executivo, mediante a prestação de serviços públicos. Porém, essa via também revela limites institucionais que acabam conduzindo os cidadãos a buscarem a concretização dos direitos no Poder Judiciário, gerando, assim, uma aporia.

Palavras-chave: Direitos sociais. Reserva do possível. Mínimo existencial. Capacidades institucionais do Poder Judiciário. Capacidades institucionais do Poder Executivo.

Abstract: The debate on the form of satisfaction of the social rights in the Brazilian constitutional theory has assumed two different paths. At first, distrusting the executive branch's capacity for action, it was strongly focused on the judicial process of social rights. However, this model, which led to the debate on the conflict between the proviso of the possible and the existential minimum, revealed institutional limits in the way the Judicial Branch acts. As a consequence, part of the theoretical analysis leads to the reasoning that the most appropriate means for the satisfaction of social rights must be its provision through the Executive Branch, through the provision of public services. But this path also reveals institutional limits that end up leading citizens to seek the realization of rights in the Judiciary, thus generating an aporia.

Keywords: Social rights. Proviso of the possible. Existential minimum. Institutional capacities of the judiciary power. Institutional capacities of the executive branch.

Sumário: **1** Introdução – **2** Reserva do possível e mínimo existencial no contexto da Constituição de 1988 – **3** Dos limites da judicialização à satisfação dos direitos sociais através dos serviços públicos e o caminho de retorno – **4** Conclusão – Referências

1 Introdução

Apesar da manifestação de relativo consenso no sentido de inexistir um regime jurídico diferenciado entre direitos individuais e sociais, o debate sobre a efetivação desses últimos tem demandado especial atenção no campo da experiência jurídica nacional. Se é certo que existe um elevado grau de complexidade quando se discute situações envolvendo a implantação de (e respeito aos) direitos individuais – mormente em sociedades fortemente plurais e marcadas pela desigualdade, onde até mesmo os direitos de índole liberais são satisfeitos e garantidos de forma seletiva –, tal complexidade se avulta quando são abordadas as questões vinculadas com os direitos sociais, voltados justamente para a redução de desigualdades materiais.

Deveras, o Brasil possui fortes déficits na satisfação tanto de direitos individuais como na dos sociais. E tal quadro afeta a qualidade da democracia. Afinal,

é ponto pacífico que direitos fundamentais, individuais e políticos,¹ e inclusive os sociais,² são pressupostos da democracia e da deliberação legítima.

O objetivo do presente trabalho é descrever, a partir da realização de revisão bibliográfica, e analisar, criticamente, a partir de trabalho indutivo e após dedutivo, alguns dos principais elementos que permeiam o debate sobre a forma e regime jurídico da satisfação dos direitos sociais no Brasil.

Em um primeiro momento o tema dos direitos sociais será contextualizado no plano da Constituição Federal de 1988 realizando tal abordagem na perspectiva do debate que envolve as relações entre reserva do possível e mínimo existencial. Nessa primeira etapa se reconhece a legitimidade de atuação do Poder Judiciário no que tange com a realização do mínimo existencial pela via judicial, mas também se aponta no sentido de que a reserva do possível, mais que uma cláusula retórica, expressa também uma demanda pela satisfação desses direitos pela via dos serviços públicos, de forma universal. A tensão entre mínimo existencial e reserva do possível, então, é apenas uma faceta do problema entre a satisfação de direitos com idênticos status sob diferentes meios e regimes.

Em um segundo momento, tendo em vista o reconhecimento de limites institucionais no que tange com a realização de direitos sociais pela via judicial, será abordada a questão da necessidade de realização desses direitos pela via dos serviços públicos. Nessa sede será possível reconhecer também a manifestação de outros diferentes limites institucionais que deverão impor a busca da satisfação dos direitos sociais pela via judicial, gerando uma aporia.

2 Reserva do possível e mínimo existencial no contexto da Constituição de 1988

No Brasil, por diversas razões históricas,³ ao mesmo tempo em que se assiste a um amplo processo de judicialização dos direitos sociais, também se percebe a existência de inúmeros limites institucionais dessa forma de satisfação de direitos.⁴ De outro lado, ao mesmo tempo em que se desconfia das capacidades

¹ DAHL, Robert *Sobre a democracia*. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora universidade de Brasília, 2009, cap. 9. Hans Peter Schneider assinala que “a lei fundamental pode ser considerada como a Constituição dos direitos fundamentais, e interpretada e desenvolvida sempre em função destes direitos fundamentais; e o Estado existe para servir aos indivíduos e o não o indivíduo para servir o Estado” (SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 17).

² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta. Martins Fontes: São Paulo, 2000, especialmente capítulo IV e V.

³ Sobre as razões históricas que conduziram ao processo de ampla judicialização dos direitos sociais, conferi: SCHIER, Paulo Ricardo. *Presidencialismo de coalizão: contexto, formação e elementos na democracia brasileira*. Juruá: Curitiba, 2017, capítulo 1.

⁴ ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

institucionais do Poder Judiciário e se busca projetar a importância dos serviços públicos e das políticas públicas, também se lançam amplas críticas à atuação do Poder Executivo e sua eficiência nesse campo.⁵

Tem-se a impressão de que a atuação do Poder Judiciário na satisfação dos direitos sociais é importante, mas não é suficiente (ao menos no que tange com os objetivos que justificam a existência dos direitos sociais, que estão vinculados com a redução efetiva das desigualdades materiais). Daí a necessidade de atuação do Poder Executivo, sede “natural” para a realização desses direitos. Contudo, a atuação do Poder Executivo mostra-se igualmente insuficiente (embora por razões diversas), revelando outros limites institucionais que esbarram em problemas vinculados com o sistema de governo, o modo de formação das escolhas públicas e tomada de decisões, os limites orçamentários, questões ideológicas, o autoritarismo, clientelismo e patrimonialismo no âmbito da Administração Pública, dentre outros fatores que dificultam a satisfação de forma “ótima” dos direitos sociais. Tais direitos, nesse quadro, são satisfeitos de modo insuficiente (prestação insuficiente) – ou até mesmo não são satisfeitos –, impondo que os cidadãos venham então a buscar tutela adequada no plano do Poder Judiciário. Trata-se de um círculo vicioso e complexo.

Parece certo que parte dessa aporia – confiança (no Judiciário ou no executivo) *versus* desconfiança (no Judiciário ou no executivo) – é inerente à capacidade crítica da racionalidade moderna.⁶ O homem da modernidade acredita nas potencialidades das instituições, mas sempre desconfiando dos desvios e abusos que sempre são cabíveis. Mas isso não explica o bastante. É preciso entender que a própria categoria “direitos sociais” é problemática e conflitual, como se demonstrará a seguir.

A Constituição brasileira de 1988, entre direitos no catálogo e fora do catálogo,⁷ consagra uma das mais extensas listas de direitos fundamentais do mundo. O seu contexto global permite qualifica-la como um texto dirigente e compromissório, adotando um modelo de organização e garantias típico de Estados Sociais⁸

⁵ VALLE, Vanice Lírio do. Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 113-134, mai./ago. 2018.

⁶ ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

⁷ A Constituição brasileira de 1988, além trazer um amplo rol de direitos fundamentais, possui uma cláusula de abertura em seu artigo 5º, §2º, que recepciona, em nível constitucional, outros direitos dotados de fundamentalidade material previsto na própria Constituição – mas fora do catálogo – e os tratados internacionais de direitos humanos. Sobre o tema consultar: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 78-141.

⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1999, capítulo 2; BITTENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017.

na medida em que inúmeros objetivos e tarefas são impostos para o Estado (num contexto de economia capitalista), sendo certo que tais incumbências normalmente devem ser realizáveis através da prestação de serviços públicos (aqui considerados em um sentido amplo).

Todavia, essa riqueza de direitos fundamentais e tarefas estatais faz emergir alguns problemas que são inerentes ao Estado Social, entre eles a questão dos *custos dos direitos* e da *cláusula da reserva do possível* –, sendo certo que ambas influenciam diretamente as discussões sobre a efetividade dos direitos sociais no Brasil.⁹

Há explicações para isso. Principalmente por decorrência de uma questão estrutural (amplamente reconhecida) grande parte dos direitos sociais – não todos – possui natureza prestacional, enquanto os direitos de defesa se revelam através de um *status* negativo (direitos abstencionais), exigindo normalmente do Estado e dos cidadãos um não fazer. Assim, direitos sociais, em princípio, seriam direitos economicamente relevantes.¹⁰

Ademais, por outro lado, a mesma Constituição que garante essa enorme gama de direitos fundamentais também garante, dentre eles, a propriedade privada e inúmeros outros direitos e princípios vinculados à proteção do mercado e da livre iniciativa (como é típico em estados capitalistas). E por isso a Constituição brasileira prevê limites à capacidade de tributação do Estado e, como consequência, limites no que tange com a capacidade de realização dos direitos sociais prestacionais.

Entre necessidade de atuação do Estado e a limitação da atividade tributária, genericamente fala-se na dificuldade de custeio dos direitos sociais de cunho prestacional, de onde emerge a conhecida locução “o cobertor é curto” (“*The blanket is short*”).¹¹

É evidente que esse problema não é exclusivo dos direitos sociais. Desde Cass Sunstein e Holmes¹² e, no Brasil, Gustavo Amaral,¹³ Flávio Galdino¹⁴ e Ingo Wolfgang Sarlet,¹⁵ por exemplo, sabe-se que os direitos individuais, inclusive os

⁹ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

¹⁰ LEIVAS, Paulo Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹¹ SUNSTEIN, Cass & HOLMES, Stephen. *The cost of rights. Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 2000.

¹² Idem. Op. cit., cap. 1.

¹³ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁴ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvore*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53. Conferir

direitos tradicionalmente tidos como direitos de defesa, possuem também um custo. É preciso, logo, superar o mito de que os direitos individuais de defesa são direitos “economicamente neutros”.

Por exemplo, direitos de defesa dependem muitas vezes de garantias institucionais bastante custosas para serem protegidos e realizados. Logo, vê-se que grande parte dessa discussão é revestida de forte caráter ideológico.¹⁶

Apesar disso, ou seja, apesar dos direitos individuais possuírem também custo para o Estado, em relação a ele e contra ele normalmente não são colocados, ao menos aqui no Brasil, argumentos vinculados com a existência de barreiras ou limitações econômicas para bloquear a atuação estatal e a realização judicial. Não se vê, por exemplo, autocontenção judicial na condenação de indenizações milionárias em demandas de particulares contra o Poder Público (e não se está aqui a falar de simples ações para exigir cumprimento de contrato ou aplicação de multas ou juros por atraso ou inadimplência).

Mas no que tange aos direitos sociais prestacionais, ao contrário, talvez com exceção em relação a alguns direitos sociais que Dietrich Murswiek¹⁷ designa como direitos sociais economicamente neutros – que seriam aqueles diretamente financiados por taxas e tarifas públicas – o debate sobre o custo dos direitos é sempre presente.

E do que se fala, então, quando se debate reserva do possível? Ora, a discussão sobre reserva do possível, de acordo com Christian Starck,¹⁸ está diretamente vinculada com a análise de algumas *questões fáticas*, sejam econômicas (como a escassez de recursos) ou políticas (envolvendo as escolhas ideológicas sobre quais direitos satisfazer e em que grau), e algumas *questões jurídicas*, pois eventualmente os recursos para a satisfação dos direitos sociais podem existir, mas o Poder Público eventualmente não pode utilizá-los por decorrência de omissão legislativa (falta de lei) ou, por exemplo, por causa de limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal. É preciso, pois, entender os contornos constitucionais desse debate no contexto brasileiro. Todavia, é preciso compreender essa discussão desde sua origem na Alemanha.

também: BALESTERO, Gabriela Soares. Direitos fundamentais e reserva do possível: a judicialização da saúde. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 11, n. 46, 2011.

¹⁶ SUNSTEIN, Cass e HOLMES, Stephen. Op. cit., p. 35-49.

¹⁷ MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE-P. Kirchhof (org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. v. 5, p. 243 e ss. Apud: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p. 16.

¹⁸ STARCK, Christian. Staatliche Organisation und Staatliche Finanzierung als Hilfen zur Grundrechtsverwirklichungen? In: STARCK, Christian (org.). *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*. v. II. Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1976. p. 480 e ss. Apud: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p. 17.

A ideia de existência de uma cláusula da reserva do possível foi desenvolvida a partir da jurisprudência alemã, no início da década de 70 do século passado. Diversas decisões do Tribunal Constitucional Alemão afirmavam, nessa época, que a efetivação dos direitos sociais a prestações materiais está sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que dependem de financiamento pelos cofres públicos. A partir dessa premissa, o Tribunal Constitucional Alemão extraiu três conclusões a seguir resumidas.¹⁹ Por primeiro, (i) a disponibilidade de recursos e a decisão sobre sua utilização e direcionamento residem no campo das decisões governamentais. Logo, a decisão sobre quais direitos efetivar e em qual intensidade situa-se num campo da discricionariedade. Em segundo lugar, (ii) partindo-se de dada concepção de Estado de Direito e de legalidade, reconhece-se que o Estado só pode atuar nos termos da lei, e, portanto, as limitações impostas por leis financeiras, orçamentárias, tributárias, e as políticas públicas existentes, são limites jurídicos que não podem ser superados quando se discute efetivação de direitos sociais. Logo, a reserva do possível projeta-se também para uma dimensão jurídica. Por fim, (iii) e aqui principalmente depois da discussão, envolvendo o direito de acesso ao ensino superior, algumas decisões concluíam que, no campo dos direitos sociais, ainda que o Estado disponha de recursos, e ainda que tenha poder de disposição jurídica desses recursos, não se pode falar em obrigação do Estado prestar algo que não seja razoável. Logo, no campo da reserva do possível, passa-se também a falar de “limite da prestação razoável”. Por exemplo, nessa dimensão, a reserva do possível impediria que se impusesse ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício.

Trata-se, portanto, da chamada cláusula da reserva do possível, de importante princípio que se projeta no plano do regime jurídico dos direitos sociais. Princípio implícito, certamente, mas dotado de evidente razoabilidade e racionalidade.

Sua dimensão fática expressa uma deferência ao princípio democrático. Sua dimensão jurídica expressa uma deferência e respeito às opções legislativas e ao Estado de Direito. E a dimensão da proporcionalidade da prestação exigida, além de refletir o próprio princípio da proporcionalidade, parece ser uma decorrência do princípio da subsidiariedade.

Apesar disso, ou seja, apesar da justificada racionalidade constitucional da reserva do possível, é preciso certo cuidado no que tange à aplicação e manipulação dessa cláusula. Afirma-se isso, pois, caso se admita uma sua invocação abstrata, como normalmente ocorre no Brasil, a reserva do possível pode assumir (e tem assumido e muitos casos) o caráter de barreira intransponível no âmbito de realização dos direitos sociais, mormente no campo de sua implantação judicial.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p. 19-23.

E aqui reside o equívoco e o perigo. Se a reserva do possível for compreendida como cláusula insuperável, apesar de possuir certa racionalidade democrática, será possível criar uma perigosa espécie de princípio da supremacia da discricionariedade política ou supremacia da reserva do possível em face dos direitos sociais. Referidos direitos, neste quadro, teriam uma normatividade fraca, uma aplicabilidade *soft*, na medida em que somente poderiam ser realizados naquelas situações em que a reserva do possível não é invocada como limite, bem como só poderiam ser exigidos “na forma da lei e das políticas públicas”, impedindo que o Poder Judiciário tenha acesso direto à normatividade constitucional (ainda no que tange com a eficácia mínima).

Não sem razão, então, tem-se afirmado no Brasil que é preciso levar a sério os direitos sociais. Não poucos discursos, teorias, decisões etc. têm salientado que direitos sociais são normas jurídicas que podem ser exigidas com suporte direto nas disposições constitucionais e, bem por serem normas jurídicas, devem produzir algum nível eficaz, ainda que mínimo, que independa de legislação e políticas públicas. E, por outro lado, levar a sério os direitos sociais prestacionais não pode se resumir, igualmente, em uma leitura unilateral que autorize o Poder Judiciário a realizá-los em toda a sua extensão, a qualquer custo, mesmo contra a lei ou a despeito da lei. Ou seja, levar a sério os direitos sociais implica levar a sério também o problema da escassez de recursos, mas sem que isso signifique entronizar (sobrevalorizar) a reserva do possível num patamar de cláusula insuperável.

E é evidente que falar em reservas à reserva do possível não implica dizer que referida cláusula seja uma mera falácia (*inconsistent argument*), como alguns sustentam no Brasil. Falacioso é o uso genérico e abstrato, muitas vezes destituído de qualquer critério, que por vezes a Administração Pública brasileira faz desse princípio.

Por essa razão, a análise da reserva do possível, no contexto da Constituição brasileira, há de ser circundada por determinados cuidados e premissas que, se não têm o poder de anular o seu sentido prático, auxiliam (ajudam) a construir uma compreensão constitucional adequada sobre seu significado. No Brasil é o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet,²⁰ que, de forma bastante clara, aponta alguns possíveis parâmetros para a aplicação da reserva do possível. Sarlet aponta três parâmetros centrais (dentre outros) para a compreensão do instituto, como se passa a descrever.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p. 21 e ss. Ver também: SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016.

Em *primeiro lugar*, em face do §1º do art. 5º da Constituição de 1988, os direitos fundamentais, inclusive os sociais, são de aplicabilidade imediata. Por essa razão, uma adequada compreensão desse dispositivo impõe que, no plano da reserva do possível, cabe ao Poder Público o ônus de comprovar concretamente a falta de recursos para a satisfação de um direito. Em outras palavras, a simples invocação de escassez de recursos não pode possibilitar o afastamento da satisfação de um direito social prestacional. Cabe à Administração Pública um ônus não só probatório, mas também um ônus argumentativo, no que tange com a falta de recursos.

Em *segundo lugar*, e por decorrência de uma leitura sistemática do enunciado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais com o princípio da eficiência, além de provar a escassez de recursos, deve a Administração Pública também demonstrar a eficiência das políticas públicas existentes, a eficiência da aplicação de recursos no campo dos direitos sociais em discussão.

Em *terceiro lugar*, se é verdade que a destinação de recursos públicos reside num campo de escolhas políticas e, portanto, de escolhas legislativas e administrativas dotadas de discricionariedade, é preciso reconhecer que aqui no Brasil, tanto a jurisprudência (ainda com certa cautela), bem como a doutrina, vêm admitindo a sindicalização (judicialização) desses campos.

Aqui, já se tem admitido o controle judicial de políticas públicas e também o controle da discricionariedade administrativa. Então, se a realização de direitos sociais implica escolhas, isso não quer dizer tais escolhas não possam ser controláveis perante o Poder Judiciário.

Igualmente, uma adequada compreensão constitucional da reserva do possível não pode desconsiderar outra importante cláusula do regime jurídico dos direitos sociais: a cláusula de proibição de retrocesso social.²¹ Com efeito, a proibição de retrocesso social, como sustenta com destaque Ingo Wolfgang Sarlet,²² é ao mesmo tempo uma projeção da proteção dos direitos fundamentais como cláusulas pétreas e uma projeção de sua aplicabilidade imediata. Nesse sentido, não poderia a cláusula da reserva do possível incidir naquelas situações em que, concretamente, sua aplicação pudesse representar retrocesso social de garantias materiais já satisfeitas pelo Estado.

E nesse campo, a tese da defendida, no Brasil, pela segunda signatária deste artigo, busca apontar o limite da aplicação da cláusula da reserva do possível no

²¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime constitucional do serviço público. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (coord.) *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: RT, 2014, p. 189-229.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latinoamericano. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007.

âmbito do regime jurídico da prestação dos serviços públicos que possam envolver a satisfação do mínimo existencial.²³

É preciso ainda, no debate da escassez de recursos para realização dos direitos sociais, levar a sério a questão da distribuição de competências no âmbito da Constituição. Questões de competência, neste aspecto, como lembra Robert Alexy, envolvem princípios formais que, a rigor, só devem ser afastados em casos extremos e mediante ônus argumentativo extremamente custoso. Então, se é verdade, como afirmado anteriormente, que o Poder Judiciário pode – e deve – investigar os atos discricionários e políticos, não é possível que esta atividade possa, sob este pretexto, desconsiderar que existe um arranjo constitucional e legal de distribuição de competências, que definem as esferas que podem tomar, no quadro democrático, através de procedimentos democráticos, as decisões sobre quais direitos realizar, como realizar, e em qual extensão realizar.

Neste plano, até se admite que o juiz possa superar as decisões que, por exemplo, as autoridades do Ministério da Saúde tomam em relação a quais medicamentos devem ser fornecidos à população pelo Sistema Único de Saúde, quais devem ficar de fora da lista dos oficialmente oferecidos pelo Poder Público e quais são proibidos no país. Todavia, a superação desse tipo de definição por parte do Judiciário (por exemplo, determinando pagamento de medicamentos e tratamentos fora da lista prevista pelas políticas públicas), como envolve a relativização do arranjo constitucional de competências, há de ser precedida de fortíssima carga argumentativa.²⁴ Não se trata aqui de superar a aplicação de princípios substanciais, e sim a aplicação de regras (no caso, regras de competência).

Por fim, dentre tantos outros parâmetros ou *standards* que poderiam ser levantados, é preciso sempre tomar a devida cautela quando se trata de aplicar a cláusula da reserva do possível no campo do chamado mínimo existencial.

E nesta sede, o tema tem se mostrado ainda mais delicado e assumido dimensões extremamente complexas. Há, atualmente, no quadro da doutrina e da jurisprudência brasileiras (com louváveis exceções) certo acordo no sentido de que a reserva do possível não pode ser invocada em face de situações em que esteja em jogo o mínimo existencial.

Essa linha de pensamento defende que direitos sociais, por serem normas jurídicas gravadas pela supremacia constitucional, por serem cláusulas pétreas e por terem aplicabilidade imediata, entre outros fatores, não podem ficar totalmente à disposição da boa vontade do legislador. Se isso fosse admitido, tal

²³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016.

²⁴ RIBEIRO, Leandro Molhano; HARTMANN, Ivan Alberto. Judicialization of the right to health and institutional changes in Brazil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 35-52, set./dez. 2016.

significaria negar força normativa à constituição e aos direitos sociais, como restou assentado anteriormente. Por consequência, seria preciso reconhecer que, como norma jurídica, os direitos sociais devem produzir algum tipo de eficácia, ainda que mínima, que não fique na dependência de decisões governamentais. E essa eficácia mínima dos direitos sociais seria o mínimo existencial (embora certa doutrina e jurisprudência defendam, aqui, que a eficácia positiva mínima deva estar vinculada com uma concepção mais ampliada de dignidade humana).

Por isso, reconhecer que o mínimo existencial deve ser realizado mesmo sem lei, mesmo sem orçamento, mesmo sem política pública ou, inclusive contra a política pública instituída, seria uma exigência da força normativa da constituição. Em relação a este tipo de tese, algumas precauções devem ser tomadas.

Assim como restou salientado, anteriormente, que não se pode admitir uma supremacia da reserva do possível sobre os direitos sociais, de igual modo uma concepção adequada do sistema constitucional brasileiro não admitiria a existência de uma supremacia do mínimo existencial sobre a reserva do possível. Aqui, está-se pressupondo a inadmissibilidade da chamada *tábua hierárquica de valores*, tão rechaçada na tradição do constitucionalismo contemporâneo.²⁵

Por essa razão tem-se que considerar que o mínimo existencial, *prima facie*, e apenas *prima facie*, até pode gozar de certa “preferência”. Seja por decorrência de razões éticas, morais, de tradição, de cultura, de opções axiológicas, da existência de inúmeras decisões judiciais que estabeleceram o que Robert Alexy chamaria de precedentes condicionados,²⁶ e assim por diante.

Todavia, a força dessa preferência (ou precedência) não pode gerar uma insuperabilidade do mínimo existencial, pois isso representaria a criação de uma tábua axiológica de valores na Constituição, o que é incompatível com a ideia de Estado Democrático de Direito, como há muito se reconhece na jurisprudência de diversos tribunais constitucionais, inclusive na jurisprudência brasileira do STF, e em importantes trabalhos doutrinários (cabendo aqui destacar a obra de Friedrich Muller²⁷).

E bem nesta linha – e aqui é necessário reconhecer uma das grandes virtudes do pioneirismo da obra de Gustavo Amaral,²⁸ aqui no Brasil –, não se pode olvidar que a reserva do possível, se for compreendida de forma adequada, em

²⁵ Sobre a tradição de não aceitação de existência de uma tábua hierárquica de valores na constituição consultar, dentre outros: MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana*. Revista Sequência, v. 25, n. 48, 2004.

²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006, cap. 3.

²⁷ MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 28-38.

²⁸ AMARAL, Gustavo. Op. cit., cap. 3.

verdade expressa também a proteção de direitos sociais e, por isso, também expressa a proteção do mínimo existencial.

Isso porque o legislador, ao definir suas políticas públicas, democraticamente, através da lei, não está apenas tomando uma decisão abstrata sobre a utilização de recursos. Quando ele decide suas políticas, está, igualmente, decidindo sobre como satisfazer o mínimo existencial, não de um cidadão, mas de uma universalidade deles, sopesando os recursos que possui, os meios que possui, os objetivos que pretende atingir etc.²⁹

Então, a reiterada absolutização do mínimo existencial no âmbito judicial, em inúmeras demandas individuais, como é possível observar no Brasil, pode representar um aviltamento (flexibilização) da satisfação do mínimo existencial pensado num âmbito mais público, mais universal, ou, propriamente, mais social. Isso, ademais, sem falar das críticas no que tange com a dificuldade de controle em relação à própria concepção de mínimo existencial, do velho risco de decisionismo, do desmantelamento de políticas públicas, do *déficit* democrático do Judiciário, da visão de túnel, da questão das escolhas trágicas, do *déficit* de expertise do Poder Judiciário em determinadas matérias etc. Os limites das capacidades institucionais do Judiciário, nesse plano, não são desprezíveis.

O quadro jurisprudencial brasileiro, portanto, pode trazer o risco do que se pode chamar de “liberalização”, ou de “elitização” dos direitos sociais, eis que a constante concessão de provimentos judiciais no campo dos direitos sociais prestacionais, envolvendo o mínimo existencial, eventualmente pode determinar o direcionamento dos recursos públicos (i) ou para uma elite (econômica ou cultural) que tem acesso ao Poder Judiciário, (ii) ou criar uma preferência para a satisfação dos direitos sociais de forma individualizada, eis que a quase unanimidade das demandas envolvendo a satisfação do mínimo existencial no plano judicial são demandas individuais, e não coletivas.³⁰ Trata-se de um problema que impõe reflexão mais séria e coloca dilemas sobre a forma de realização dos direitos fundamentais sociais prestacionais: se mediante políticas públicas ou pela via judicial; se restrita às opções do legislador ou também vinculada a decisões concretas do Judiciário.

É preciso reconhecer, como conclusão parcial, a enorme complexidade do momento e do problema da implantação judicial dos direitos sociais no Brasil. A discussão em torno da cláusula da reserva do possível não é uma simples discussão que envolve a possibilidade de escolha entre o bem e o mal, entre a

²⁹ HACHEM, Daniel Wunder. *A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento*. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013.

³⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Idem*.

satisfação de direitos sociais *versus* simples razões econômicas, como se assentou anteriormente.

Se fosse apenas isso, a escolha seria fácil. O debate em torno da reserva do possível é o debate sobre a própria essência da democracia e sobre a forma de satisfação dos direitos fundamentais: entre a satisfação de um direito social, em plano individual, devidamente judicializada, e a satisfação de direitos sociais no âmbito da universalidade e das opções definidas pelas políticas públicas.³¹

Em suma, parece que não é conveniente arriscar uma afirmação, nesta seara, de que a vida e os direitos de muitos cidadãos valem mais do que a vida e o direito de um único cidadão. Esse tipo de funcionalização do direito seria algo arriscado demais. E também não parece conveniente afirmar que a vida de um único cidadão vale mais que a vida dos demais, analisados em coletividade. Esse tipo de liberalização seria algo, também, arriscado demais.

É preciso, portanto, cautela, reconhecendo a seriedade e consistência argumentativa tanto dos que defendem a obrigação de o Judiciário satisfazer os direitos sociais prestacionais através do reconhecimento de uma normatividade mínima a esses direitos pela via do mínimo existencial, mas também reconhecer a consistência dos argumentos vinculados à reserva do possível e ao custo dos direitos, eis que eles possuem, igualmente, idêntico substrato constitucional.

Não é possível, portanto, exprimir, de antemão, uma preferência entre Legislador e/ou Poder Judiciário. Cada um atua em um campo próprio e com visões diferentes. Pouco importa quem vai realizar os direitos fundamentais. No quadro da Separação dos Poderes, a distinção de funções entre Executivo, Legislativo e Judiciário deve se articular para satisfazer os direitos fundamentais. E, portanto, o que está em jogo, não é “quem governa”, se este ou aquele Poder, como às vezes este debate é colocado. O governo se desenvolve não em um exclusivo campo das funções estatais, mas em todas elas.

Em relação a isso, portanto, não se pode esquecer: no quadro do Estado Democrático de Direito, que é um Estado Constitucional, quem governa não é necessariamente a maioria ou minoria, este ou aquele Poder. A soberania é do povo. E conceito de povo contempla as majorias e as diversas minorias. A soberania não está concentrada nessa ou naquela função. Todos os órgãos do estado expressam de forma diferente a soberania popular, que é uma só.

Nesse sentido, e por tudo o que expôs até o momento, é possível concluir, em um primeiro estágio da abordagem, que o debate sobre as eventuais tensões entre reserva do possível e satisfação judicial do mínimo existencial revela

³¹ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003).

dimensões extremamente importantes e diferentes sobre a satisfação dos direitos sociais. Referidas tensões ganharam projeção graças ao amplo processo de judicialização dos direitos sociais, mormente pela invocação da necessidade de satisfação do mínimo existencial.

É preciso, portanto, lançar uma abordagem, ainda que breve, sobre o problemático processo de judicialização dos direitos sociais no Brasil – ao menos no que se refere à sua amplitude e intensidade – cujos contornos centrais – alguns deles – foram antecipados nessa primeira parte do estudo.

3 Dos limites da judicialização à satisfação dos direitos sociais através dos serviços públicos e o caminho de retorno

Como se antecipou na primeira parte do presente trabalho, o Brasil, por diversas razões, tem vivenciado um amplo movimento de judicialização dos direitos sociais.³²

³² Não são poucos os estudos no Brasil que analisam o fenômeno da judicialização dos direitos sociais e apontam severas críticas à intensidade e modo como vem ocorrendo. Dentre outros, exemplificativamente: ADEODATO, João Maurício. *Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites*. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.) *Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 75-97; AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e democracia*. In: CLÊVE, Clemerson Mérlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 277-193; BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008. BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Legitimação dos direitos humanos*. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. BARRETTO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os Direitos Sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 875-903; BESERRA, Fabiano Holz. *Apointamentos sobre os limites da jurisdição perante o poder legislativo*. In: ASSIS, Araken de. (Coord.) Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde. Porto Alegre: Notadez, 2007. BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; CLÊVE, Clèmerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 291-300, 2003; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no estado democrático de direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 79-123; CUNHA JUNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.) *Direito constitucional: leituras complementares*. Salvador: JusPODIVM, 2006; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*.

A revisão de grande parte das categorias teóricas que envolvem o debate sobre a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais, bem como outras categorias centrais da dogmática dos direitos fundamentais, é uma das causas desse complexo processo.³³ Não é objetivo desse estudo fazer um inventário de todas as transformações do constitucionalismo, do discurso sobre os direitos fundamentais ou de todas as causas que conduziram ao amplo processo de judicialização de direitos, pois tal enumeração comportaria um trabalho específico sobre história do pensamento e da produção intelectual do constitucionalismo nacional.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvore. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. HONÓRIO, Cláudia. *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*. Curitiba, 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná; HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas*: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: Jus PODIVM, 2009. KELLER, Arno Arnoldo. *A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa/Senado Federal*. Brasília. ano 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais*: os desafios do poder judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais*: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 279-312. MALISKA, Marcos Augusto. A concretização dos direitos fundamentais no estado democrático de direito: reflexões sobre a complexidade do tema e o papel da jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 547-558. MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 547-558. MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 547-558. SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 7, n. 32, jul./ago. 2005. p. 79-104; SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-551; TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008; TORRES, Ricardo Lobo. *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais*: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais*: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

³³ No Brasil quicá o estudo mais signífico, propondo uma releitura das tradicionais teorias de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, seja o de Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros editores, 2009).

O que importa reconhecer é que o desenvolvimento de categorias mais analíticas no campo dos direitos fundamentais e da dogmática constitucional em geral conduziram a uma intensa judicialização de direitos fundamentais. Isso é fato. O raciocínio que orientou este processo parece evidente, mas demandou certo trabalho para ser assumido como consensual.

De acordo com o desenvolvimento teórico do constitucionalismo brasileiro pós-1988, parece certo que, se se reconhecia que a constituição é norma jurídica, e não apenas uma carta de recomendações e conselhos, por certo ela deveria se vinculante. Toda norma jurídica, pelo simples fato de existir, deve produzir algum efeito e ter alguma aplicabilidade, ainda que mínima. Do contrário, não é norma jurídica. O mínimo de eficácia e aplicabilidade que se pode reconhecer a qualquer norma é a sua eficácia derogatória, ou eficácia negativa: toda norma jurídica, pelo simples fato de existir, revoga as normas anteriores e inferiores que lhes são contrárias. Aceitar essa simples ideia, como se adiantou na primeira parte desse estudo, permitiu que se reconhecesse que os direitos fundamentais produzem sempre algum nível de eficácia, independente da vontade do legislador, da existência de norma regulamentadora etc. Essa ideia base abriu as portas para que se admitisse que os direitos fundamentais, em sua dimensão objetiva,³⁴ deveriam produzir uma imensa gama de efeitos que, se não geram necessariamente direitos subjetivos, podem, de alguma forma, ser judicializados.

Não demorou a que se reconhecesse que, ao menos em relação aos direitos sociais prestacionais, os direitos fundamentais deveriam também produzir uma eficácia mínima prestacional. E logo passou a ocorrer um intenso momento de judicialização dos direitos sociais (i) ora com base nas leis – o que não constituía uma novidade. Outras vezes, (ii) quando não existiam leis ou políticas públicas, a judicialização então ocorria mesmo em face da omissão ou, (iii) ou quando as leis existiam, mas representavam uma prestação insuficiente, a judicialização ocorria apesar da omissão parcial. Finalmente, (iv) não são poucos os casos de judicialização mesmo *contra legem*, mas com o fim de fazer prevalecer a eficácia mínima dos direitos sociais. Em suma, não deveria existir “desculpa institucional” suficiente para obstar a realização do mínimo existencial e/ou da dignidade humana.

O mínimo de eficácia prestacional que a dogmática constitucional brasileira defende está, em regra, fundado ou no mínimo existencial, ou no mínimo vital ou

³⁴ Arno Keller, dentre outros, sustentava que “direitos sociais positivados nas constituições constituem-se em obrigações positivas, o que lhes confere a característica da exigibilidade” (KELLER, Arno Arnoldo. *A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 232). Na mesma linha Mastrodi defendia que “seriam direitos sociais (*i.e.*, direitos vistos em sua dimensão positiva) que poderiam ser exigíveis a qualquer tempo, pois sua aplicabilidade seria imediata, decorrente do atendimento ao princípio da dignidade humana, vinculado à eliminação da pobreza absoluta” (MASTRODI, Josué. *Direitos sociais fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 104).

na dignidade da pessoa humana.³⁵ Isso varia de acordo com escolas e teorias que foram se formando ao longo dos debates acadêmicos. Mas a ideia operacional central era sempre a mesma. A constituição e os direitos fundamentais são normas superiores e vinculantes e, por isso, devem produzir algum efeito, ainda que mínimo, e essa eficácia mínima não poderia ficar à disposição da boa vontade do legislador, razão pela qual ela vale pela lei, sem a lei ou contra a lei.³⁶ Isso decorreria da força normativa superior da Constituição, da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais etc. E o Poder Judiciário tem acesso direto a essa normatividade constitucional. E pode fazer essa normatividade valer mesmo contramajoritariamente.

O resultado disso é que o Brasil, quiçá, assistiu a um dos mais amplos processos de judicialização de direitos sociais do mundo, colocando o Poder Judiciário como importante protagonista no sítio da realização de direitos fundamentais.

Por diferentes caminhos, os direitos fundamentais tornaram-se relevantes no país. Saíram do campo da retórica, ocuparam discussões cotidianas, passaram a ser efetivamente cobrados das instituições públicas e privadas (não necessariamente satisfeitos) e chegaram ao sítio das disputas judiciais. Esse fenômeno, como se percebe, é relativamente recente.

Se o trajeto do constitucionalismo brasileiro, e seus resultados, foi acertado ou não – e em qual medida – é uma outra reflexão que não cabe nos limites do presente estudo.

É certo que, até bem pouco tempo, poucos autores do universo jurídico brasileiro ousaram questionar a legitimidade do Poder Judiciário para realizar ou implementar direitos sociais prestacionais que estavam e estão, ao menos em certa medida, sendo satisfeitos em nome da dignidade humana, do mínimo existencial, da força normativa da Constituição e da democracia.³⁷ Os valores substantivos envolvidos na disputa histórica e argumentativa eram e são fortes.

Mas aos poucos esta fase de intensa judicialização dos direitos fundamentais começou a revelar outras faces, de onde emergiram novas temáticas, novos problemas e uma nova pauta para a teoria constitucional brasileira que revelaria os limites institucionais da satisfação dos direitos sociais pela via judicial.

³⁵ “Não é dado ao Estado descumprir a Constituição em patamares que prejudique os indivíduos; quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida” (TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 75).

³⁶ Courtis e Abramovich, neste aspecto, eram multicitados: “Un Estado sólo puede atribuir el no cumplimiento de las obligaciones mínimas a la falta de recursos disponibles, si logra demostrar que há realizado todo esfuerzo a su alcance para utilizar la totalidad de los recursos que están a disposición en pos de satisfacer, con carácter prioritário, esas obligaciones mínimas” (ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 90.).

³⁷ A tensão entre os valores substanciais em debate foi apontada em: SCHIER, Paulo Ricardo. Reserva do possível: dificuldade de delimitação de contornos e parâmetros no contexto da teoria dos princípios. In: GOMES, Eduardo Biacchi (Org.). *Diálogos (im)pertinentes: cidadania e democracia*. Curitiba: Instituto Memória, 2014, p. 176-188.

Não se tratava mais apenas de se admitir a inquestionável possibilidade do Judiciário atuar no campo da realização de direitos fundamentais sociais e controlar políticas públicas. A questão é que a atuação do Judiciário revelou uma série de matizes que remeteu o debate jurídico ao tema da separação dos poderes, dos arranjos institucionais e das relações institucionais.³⁸

Se é certo que o Judiciário pode satisfazer direitos sociais prestacionais de forma vinculada ao mínimo existencial e à dignidade humana em casos de omissão total de políticas, em face da ausência de lei, ou nas hipóteses de prestação insuficiente, isso significaria reconhecer que ele está legitimado também a controlar ou alterar políticas públicas existentes – para além da declaração de eventual nulidade via controle de constitucionalidade? O Judiciário pode implantar políticas públicas ou obrigar o Poder Legislativo e/ou Executivo a implantá-las? Pode o Judiciário manipular o orçamento público? Quais os limites do controle de constitucionalidade das políticas públicas? Qual órgão do Estado detém maior legitimidade democrática para definir políticas? Qual o papel dos representantes do povo na escolha das prioridades políticas se, após os embates legislativos e deliberações, as decisões podem ser revistas na via judicial? Por que o Judiciário teria maior legitimidade ou racionalidade na definição de prioridades ou na análise do próprio conteúdo das decisões públicas? O tema da separação dos poderes e das relações entre os poderes vem à tona.

As perguntas que conduzem este momento aparecem, por exemplo, quando se reconhece que a cláusula da reserva do possível, como se demonstrou anteriormente, não é uma simples barreira econômica invocada contra os direitos fundamentais.³⁹ Ao contrário, a reserva do possível em verdade se revela como uma forma de realização dos direitos fundamentais através de políticas públicas prioritárias previamente deliberadas e democraticamente aprovadas em um conjunto de procedimentos decisórios que envolvem as relações entre Executivo e Legislativo.⁴⁰ A reserva do possível, logo, coloca a discussão entre formas diferentes de realização dos direitos fundamentais, entre aquela através de políticas públicas dotadas de universalidade e a judicial, de forma normalmente individual.⁴¹

³⁸ Dentre outros conferir: MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Do mesmo autor: MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>>. Também consultar: BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

³⁹ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas. 2. ed. E-book. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁴⁰ Taylor, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. Dados, 50(2), 229-257. In: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&lng=pt>.

⁴¹ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvore. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Quando se afirma, igualmente, que a implantação dos direitos fundamentais prestacionais pela via judicial pode determinar uma liberalização ou individualização dos direitos sociais, está-se a denunciar que a intervenção judicial, neste campo, satisfaz direitos subjetivos – é verdade, mas não realiza e nem define políticas públicas, mormente porque sua atuação e suas decisões em regra não são planejadas e nem universais e, raramente, são proferidas em demandas coletivas.⁴²

Aliás, o mesmo debate aparece quando se fala que o excesso de judicialização representa uma elitização dos direitos sociais. Deveras, não são poucos os estudos⁴³ que demonstram que a maioria das demandas no campo de direitos sociais são propostas em regiões ricas de cidades ricas e, em regra, por pessoas de alto poder aquisitivo.⁴⁴ O volume dessas demandas em municípios mais pobres ou nas regiões mais pobres das grandes cidades é relativamente reduzido. Isso no mínimo revela que a satisfação de direitos sociais através das políticas públicas quicá cumpre melhor o papel do Estado em relação à distribuição da riqueza e das oportunidades, na busca do desenvolvimento nacional proposto pela Constituição de 1988. Vê-se, em verdade, uma satisfação tendencialmente elitista e liberalizadora no processo de realização dos direitos na via do Poder Judiciário.⁴⁵

Os exemplos de problemas que aos poucos emergiram são inúmeros. O objetivo da exposição, aqui, não é buscar respostas a tais questões. O fato é que o reconhecimento da força normativa integral da Constituição e da possibilidade do acesso direto dos juízes a esta normatividade constitucional se por um lado legitimou, de forma mais ou menos ampla, a atuação do Poder Judiciário para a satisfação de direitos fundamentais – sejam individuais, coletivos, sociais, políticos; sejam direitos de defesa ou prestacionais; sejam de qualquer geração se possa imaginar, seja com eficácia vertical ou horizontal –, por outro lado trouxe de volta, à tona, as questões que dizem respeito aos papéis e relações entre Judiciário, Executivo e Legislativo. Velhos e clássicos temas vinculados ao arranjo institucional e político aos poucos foram – e seguem – retomando a força. O cenário jurídico vai redescobrimo os debates sobre a definição de políticas públicas, a teoria das escolhas públicas, dos arranjos e diálogos institucionais e assim por diante.⁴⁶

⁴² Taylor, Matthew M. Op. cit., p. 45.

⁴³ Dentre outros, por exemplo: ROCHA, Leonel Severo; WEBBER, Suelen da Silva. Acesso à justiça e saúde pública: os números e os contextos da judicialização da saúde no Brasil. In: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4766154cea472a15>>.

⁴⁴ Dados do Ministério da Saúde: <<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializacao-2012-modificado-em-junho-de-2013.pdf>>.

⁴⁵ Conferir: <<http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2014/03/1432517-judicializacao-na-saude-faz-desigualdade-avancar-dizem-especialistas.shtml>>.

⁴⁶ Sobre as teorias relativas aos diálogos institucionais, ver os artigos publicados no Dossiê Temático “Separação de poderes e diálogos institucionais” publicado no v. 5, n. 1, jan./abr. 2018 da *Revista de Investigações Constitucionais*, tais como: CICHELERO, César Augusto; FERRI, Caroline; NUNES, Eduardo Brandão. From an idealized separation of powers to its practical problems in the Rule of Law. *Revista de*

Não se trata, agora, de afirmar que o Judiciário possui *déficit* de legitimidade para atuação no plano dos direitos fundamentais de caráter contramajoritário, mas, antes, de perguntar sobre o seu exato local, papel e limites em face do arranjo institucional e, em seguida, de que modo o arranjo institucional influencia na tomada de decisões em relação à definição de políticas públicas e seu conteúdo. Parece intuitivo. A situação de *déficit* e dificuldades na prestação de serviços públicos e definição de políticas não pode e nem poderia ser explicada exclusivamente pela falta de recursos (o argumento é falso), ou apenas por motivações ideológicas e políticas, ou por motivos vinculados a disputa e interesses econômicos de classes etc. Intui-se que há algo, em termos de arranjo institucional, que contribui para que as decisões na arena pública não gerem satisfação social de direitos, algo que determina o processo decisório e condiciona os comportamentos políticos. Essa intuição pode ser revelada por uma pergunta aparentemente simples, e cuja resposta por ora não importa: por qual razão o Poder Legislativo, *locus* natural das decisões e escolhas políticas, abriria mão de definir políticas públicas adequadas e serviços públicos ótimos se o atendimento dos anseios da população, em tese, poderia determinar a reeleição dos envolvidos? Se o sucesso na realização de direitos em tese representa sucesso eleitoral e de governança? Por que deixaria o Legislativo existir situações de vácuo, deixando de regular matérias importantes e transferindo poder de decisão ao Judiciário?

As perguntas podem não estar colocadas de forma adequada (e não estão: são formulações simplistas), mas levantam a hipótese de que existem elementos institucionais que dificultam a tomada de certas decisões, que colocam e/ou retiram temas relevantes da agenda, que condicionam em parte o conteúdo das decisões e escolhas públicas. Não se trata, quem sabe, apenas de má vontade ou ineficiência (mas isso também).

Para o fim de ilustrar o que se vem afirmando, note-se que o Direito Administrativo brasileiro, numa perspectiva constitucionalizada, no decorrer da caminhada histórica pós-88, apostou fortemente na via judicial para o controle

Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 15-40, jan./abr. 2018; BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. "Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2018; AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2018; MARIANO, Cynara Monteiro; FURTADO, Emanuel Teófilo; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; PEREIRA Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva. Diálogos Sanitários Interinstitucionais e a experiência de implantação do NAT-JUS. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 169-188, jan./abr. 2018. Ver, ainda: CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015; e MANEIRO, Renata de Marins Jaber; PULCINELLI, Eliana. Litígio estratégico, vinculação de precedentes e abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 193-219, maio/ago. 2017.

administrativo e realização de direitos. Agora, no entanto, está novamente se voltando para os estudos da formação das políticas públicas,⁴⁷ da organização administrativa (que é uma face relevantíssima e crucial do arranjo institucional),⁴⁸ da discussão do conceito e conteúdo de interesse público a partir de referenciais institucionais deliberativos e da teoria da escolhas públicas⁴⁹ e, ademais, para além dos casos que envolvem colisões concretas de direitos fundamentais ou interesses públicos sob debate em casos judiciais.

O foco do Direito Administrativo, tomado aqui apenas exemplificativamente, não deixou de lado o papel do Poder Judiciário, mas redescobriu que a Administração Pública prioritariamente se desenrola no plano do Poder Executivo:⁵⁰ como ele se organiza, como define políticas, conteúdo e realização dos direitos,⁵¹

⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang & TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2008, p. 111-148; BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002; DAVI, Kaline Ferreira. *A dimensão política da administração pública: neoconstitucionalismo, democracia e procedimentalização*. Porto Alegre: SAFE, 2008; LEAL, Rogério Gesta. *Densificações democráticas do serviço público no Brasil: alguns pressupostos*. A&C. *Revista de Direito administrativo e constitucional*, Belo Horizonte, n. 33, p. 91-113, jul./set. 2008; MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de 'serviço público', serviços de relevância pública' e 'serviços de exploração econômica' para as parcerias público-privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 434-486; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999 e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 57-70, abr./jun. 1998.

⁴⁸ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do direito administrativo. Estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 21-56; GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

⁴⁹ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte, Fórum, 2011.

⁵⁰ Aliás, há muito Romeu Felipe Bacellar Filho já sustentava a necessidade de fortalecimento das instâncias administrativas, ao defender a utilidade da noção de *jurisdição administrativa* para o cenário nacional. Veja-se, nesse sentido, BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 211, p. 65-77, jan./mar. 1998. Veja-se, ainda, a atualização do pensamento do autor neste tema em BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A jurisdição administrativa no direito comparado: confrontações entre o sistema francês e o brasileiro. In: *Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 58-78. Ver, ainda, HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da administração pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Cláudia (Coord.). *Estado, direito e políticas públicas: homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Curitiba: Íthala, 2014, p. 217-243.

⁵¹ Não por outro motivo, a qualificação do direito à prestação dos serviços públicos como direito fundamental é um tema recorrente na doutrina administrativista. Ver, por exemplo, os trabalhos de BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Serviço público. In: DELPIAZZO, Carlos E. (Coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Mariano R. Brito*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2008, p. 603-608; p. 607; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 152; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 596; FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: Um Instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 3, n. 12, p. 141-165, abr./jun. 2003 e GARCIA FILHO, José Carlos Cal. Serviço público e direitos fundamentais. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 33, p. 11-32, jul./set. 2008, p. 25; PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Estado social e democrático, serviço público e fraternidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 119; BARATIERI, Noel Antônio.

como atua, como é controlado, como decide sobre o interesse público e através de quais procedimentos, como ele se relaciona como os demais poderes, como ele se legitima.

Falar de Direito Administrativo, nesta nova fase, se também é falar de juízes e Judiciário – enquanto instância de controle –, deve ser antes e prioritariamente falar de Administração Pública e como esta deve realizar os direitos com caráter de universalidade consagrados pela Constituição, pois que no quadro do Estado de Direito este não pode mais estar vinculado à satisfação dos interesses particulares de um rei, de um imperador ou de uma oligarquia (econômica, social, política ou jurídica, aqui tanto faz). Tratar de Direito Administrativo, portanto, deve implicar, no plano das preocupações institucionais, também reconhecer o óbvio e que foi em parte esquecido: o Poder Executivo é uma instituição que possui um papel e uma posição privilegiada na solução dos conflitos sociais e políticos que envolvem a definição do conteúdo do interesse público e dos direitos fundamentais, dos casos em que eles colidem, da extensão dessa proteção e realização, de como deve ser esta realização (procedimentos de decisão, execução e controle), consagrando-se como uma instituição política e jurídica de mediação democrática.

Em suma, o percurso do Direito Constitucional brasileiro pós-1988 conduziu à necessidade de redescoberta das potencialidades do Poder Executivo. E essa redescoberta se espargiu para todo o Direito, inclusive no campo do direito privado, que se vê discutindo o papel do estado em face da família, da criança e do adolescente, da economia, do mercado, da regulação da atividade econômica e assim por diante.

Parece que pêndulo dos debates em relação ao ideal de desenvolvimento consagrado na Constituição se direciona agora ao Poder Executivo, informado por um referencial democrático.

Contudo, se os olhos do Direito Constitucional e do Administrativo se voltam, novamente, para o Poder Executivo, a formação das políticas públicas e a prestação de serviços públicos adequados como resposta aos limites institucionais da realização de direitos no campo do Judiciário, isso não significa que o problema esteja solucionado.

Tenha-se em mente que em democracias consolidadas a afirmação e reconhecimento das potencialidades institucionais do Poder Executivo pode parecer evidente. Todavia, no Brasil, em determinada medida, pode causar certo espanto.

Serviço público na constituição federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 59 e SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime constitucional do serviço público.* In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito constitucional brasileiro.* São Paulo: RT, 2014, p. 189-229.

Deveras, isso porque o Brasil não possui uma forte tradição democrática⁵² e o Poder Executivo normalmente é e foi associado ao absolutismo, ao autoritarismo, ao militarismo, ao patrimonialismo, ao coronelismo, ao patriarcalismo, ao clientelismo, ao oligarquismo⁵³ etc. Historicamente, o Poder Executivo não é percebido como instituição democrática inserida em cultura republicana.

A esse déficit democrático é preciso somar limitações institucionais, como é o caso da adoção do modelo de sistema de governo presidencialista que demanda sempre a formação de coalizões, e, portanto, ampla negociação de agenda, pautas, verbas orçamentárias e políticas, gerando sempre frustrações de expectativas que projetam a discussão de “como deveriam ser realizados os direitos sociais”, “como deveriam ter sido realizados esses direitos e não aqueles” ou “com qual intensidade deveria ter sido satisfeito um direito e não outro”. O presidencialismo de coalizão, por certo, se garante governabilidade e certa estabilidade para o Executivo, apresenta-se também como limite institucional para formação de políticas públicas adequadas e para a prestação dos serviços públicos. É um dos fatores que gera a chamada “crise de representatividade”.

Nessa toada, parece certo que a percepção sobre a atuação do Poder Executivo na realização de direitos fundamentais, especialmente de direitos sociais, não seja das melhores ou das mais otimistas. O governo, ao negociar pautas e recursos, no contexto de sociedades complexas e desiguais, sempre representará a quebra de expectativas de parcela da população.

⁵² As leituras que foram tomadas como referência e que proporcionaram as ideias centrais deste tópico decorrem da bibliografia historiográfica clássica do Brasil: FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 2 v. 4 ed. Porto Alegre: Globo, 1977; FAORO, Raymundo. *A aventura liberal numa ordem patrimonialista*. *Revista USP*. São Paulo, n. 17, 1993, p. 14-29; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro Guimarães. *Os donos do poder: a macroestrutura*. Disponível em: <http://resistir.info/brasil/donos_poder.html>. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro, Companhia das Letras, 1995; QUEIROZ, Paulo Edmur de Souza. *Sociologia política de Oliveira Vianna*. São Paulo: Convívio, 1975; SCHWARTZMAN, Simon. *Bases do Autoritarismo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Campus, 1988; SILVEIRA, Daniel Barile da. *Patrimonialismo e a formação do Estado brasileiro: uma releitura do pensamento de Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Oliveira Vianna*. Disponível em: <www.conpedi.org/ma_naus/arquivos/Anais/Daniel>; VIANNA, Oliveira. *Populações meridionais do Brasil e instituições políticas brasileiras*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1982. (Biblioteca do Pensamento Republicano, 14).

⁵³ Consultar, dentre outros: CARVALHO, José Murilo. *Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual*. In: *Pontos e bordados: escritos de história e política*, Belo Horizonte: UFMG, 1989; LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997; NUNES, Edson. *A gramática política no Brasil*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999; DINIZ, Eli. *Voto e máquina política: patronagem e clientelismo no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. E ainda FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 259, que assevera: “A economia, por uma ou outra forma, obedece à regência material do soberano e seu estamento, em intensidade que ultrapassa os modos modernos de intervenção do Estado ou as interferências limitadas da concepção liberal. Tudo parte das origens; o Rei é o Senhor das terras, das minas e do comércio, no círculo patrimonialista em que se consolidou e se expandiu o Reino. O pacto colonial não é mais que a expressão global do tipo de Estado dominante em Portugal. O comércio, direito do soberano, se faz por meio dos monopólios – pau-brasil, pesca de baleia, tabaco, sal e diamantes. A Coroa delega a exploração do negócio aos contratadores, que o gerem por conta do poder público”.

E é nesse quadro, portanto, que por mais esforço que haja no âmbito da prestação dos serviços públicos e dos direitos sociais através do Poder Executivo,⁵⁴ sempre existirá um campo de direitos não satisfeitos, seja por decisão política ativa ou por omissão (que não deixa de ser uma forma de se decidir sobre políticas e serviços públicos).⁵⁵ Isso é natural no campo da política. A decisão por não realizar um direito fundamental social, ou não realizá-lo de forma ótima, é uma decisão política, por via transversa, por realizar outros direitos fundamentais ou outros bens ou valores constitucionalmente protegidos com igual hierarquia, força e legitimidade.

Daí se percebe que parte dos limites institucionais do Poder Executivo em relação à realização de direitos sociais é manifestação de vícios históricos (ineficiência, clientelismo etc.), mas também manifestação de limites inerentes ao sistema de governo e à própria condição política de um determinado governo.

Isso vai possibilitar, portanto, que parte das demandas e expectativas não satisfeitas ou não vencedoras no quadro democrático seja recolocada novamente em pauta, mas agora na via judicial.

Ou seja, por um lado os limites institucionais do Poder Judiciário conduzem à necessidade de se apostar na atuação e realização dos direitos pelos caminhos proporcionados no campo da Administração Pública, pelo Poder Executivo, os limites históricos e institucionais do Poder Executivo conduzem à necessidade de se apostar na realização dos direitos pela via Judicial.

É um círculo vicioso. Mas é um movimento inerente ao processo democrático, onde as políticas são formadas no jogo entre o Parlamento e o Executivo por critérios majoritários, excluindo determinadas pautas do debate, e tais pautas e demandas são recolocadas no debate pelo exercício do direito de acesso ao Judiciário.

4 Conclusão

A questão inerente à satisfação dos direitos sociais é revestida de grande complexidade. Por razões históricas, no processo de afirmação dos direitos fundamentais que se desencadeou após a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil apostou fortemente no caminho da judicialização, acreditando nas potencialidades democráticas – amplo acesso à constituição e amplo acesso à Justiça – do Poder Judiciário.

⁵⁴ SACRISTÁN, Estela. Gestión eficiente y ética en la efectivización de los servicios públicos relativos a derechos sociales. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 125-143, jan./abr. 2016.

⁵⁵ CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo; MORAES, Filomeno. Planejamento social na Administração Pública: um instrumento essencial na promoção dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 443-461, maio/ago. 2017.

Todavia, o percurso da judicialização revelou diversos limites em relação às capacidades institucionais do Judiciário, inclusive certo déficit democrático. Mas especialmente revelou a tensão, no próprio seio dos debates judiciais – reserva do possível *versus* mínimo existencial –, entre duas formas igualmente legítimas de satisfação de direitos. Por um lado, na via judicial, a satisfação de direitos sociais de forma individualizada, que transforma direitos sociais em direitos individuais ou coletivos, e de outro lado – reserva do possível – a satisfação dos mesmos direitos de forma universal, através de serviços e políticas públicas.

Os limites da judicialização, então, conduzem à necessidade de se apostar na satisfação dos direitos sociais através do Poder Executivo, mediante a prestação de serviços públicos em regime de universalidade. Contudo, a existência de limites históricos e institucionais que se manifestam também no âmbito do Poder Executivo conduzem à necessidade de se apostar na realização dos direitos pela via Judicial. Trata-se de uma aporia cuja solução não deve levar à conclusão de que um poder seja melhor que outro na satisfação de direitos sociais, mas, antes, deve conduzir à reflexão sobre como superar os limites institucionais que se manifestam em cada um deles. Em um ou outro poder, o importante é que, mediante cooperação, os direitos fundamentais sejam satisfeitos da forma mais ampla possível.

Referências

- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.
- ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.) *Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 75-97.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.
- AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2018.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Serviço público. In: DELPIAZZO, Carlos E. (Coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Mariano R. Brito*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2008.
- BALESTERO, Gabriela Soares. Direitos fundamentais e reserva do possível: a judicialização da saúde. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 11, n. 46, 2011.

BARATIERI, Noel Antônio. *Serviço público na constituição federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. "Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2018.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e democracia. In: CLÈVE, Clemerson Mérlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 277-293.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang & TIMM, Luciano Benetti (Org.) *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2008. p. 111-147.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 875-903.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017.

BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO, José Murilo. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. In: *Pontos e bordados: escritos de história e política*, Belo Horizonte: UFMG, 1989.

CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo; MORAES, Filomeno. Planejamento social na Administração Pública: um instrumento essencial na promoção dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 443-461, maio/ago. 2017.

CICHELERO, César Augusto; FERRI, Caroline; NUNES, Eduardo Brandão. From an idealized separation of powers to its practical problems in the Rule of Law. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 15-40, jan./abr. 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 291-300, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no estado democrático de direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 79-123.

- DAHL, Robert *Sobre a democracia*. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.
- DAVI, Kaline Ferreira. *A dimensão política da administração pública: neoconstitucionalismo, democracia e procedimentalização*. Porto Alegre: SAFE, 2008.
- DINIZ, Eli. *Voto e máquina política: patronagem e clientelismo no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 2. v. 4 ed. Porto Alegre: Globo, 1977.
- FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 3, n. 12, p. 141-165, abr./jun. 2003.
- GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvore*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013.
- HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 13, n. 53, p. 133-168, jan./mar. 2003.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da administração pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Cláudia (Coord.). *Estado, direito e políticas públicas: homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Curitiba: Íthala, 2014. p. 217-243.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro, Companhia das Letras, 1995.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KELLER, Arno Arnoldo. *A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007.
- KELLER, Arno Arnoldo. *A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007.
- KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa/Senado Federal*. Brasília. ano 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.
- LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LEAL, Rogério Gesta. Densificações democráticas do serviço público no Brasil: alguns pressupostos. In: *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 33, p. 91-113, jul./set. 2008.

- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 279-312.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MALISKA, Marcos Augusto. A concretização dos direitos fundamentais no estado democrático de direito: reflexões sobre a complexidade do tema e o papel da jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coord.) *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 547-558.
- MANEIRO, Renata de Marins Jaber; PULCINELLI, Eliana. Litígio estratégico, vinculação de precedentes e abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 193-219, maio/ago. 2017.
- MARIANO, Cynara Monteiro; FURTADO, Emanuel Teófilo; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; PEREIRA Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva. Diálogos sanitários interinstitucionais e a experiência de implantação do NAT-JUS. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 169-188, jan./abr. 2018.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana. *Revista Sequência*, v. 25, n. 48, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 57-70, abr./jun. 1998.
- MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta. Martins Fontes: São Paulo, 2000.
- RIBEIRO, Leandro Molhano; HARTMANN, Ivan Alberto. Judicialization of the right to health and institutional changes in Brazil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 35-52, set./dez. 2016.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ROCHA, Leonel Severo; WEBBER, Suelen da Silva. Acesso à justiça e saúde pública: os números e os contextos da judicialização da saúde no Brasil. In: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4766154cea472a15>>.
- ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- SACRISTÁN, Estela. Gestión eficiente y ética en la efectivización de los servicios públicos relativos a derechos sociales. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 125-143, jan./abr. 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latinoamericano. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 7, n. 32, jul./ago. 2005. p. 79-104.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Administração pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais*. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 21-56.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime constitucional do serviço público. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.) *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: RT, 2014. p. 189-229.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Presidencialismo de coalizão: contexto, formação e elementos na democracia brasileira*. Juruá: Curitiba, 2017.

SCHIER, Paulo Ricardo. Reserva do possível: dificuldade de delimitação de contornos e parâmetros no contexto da teoria dos princípios. In: GOMES, Eduardo Biacchi (Org.). *Diálogos (im)pertinentes: cidadania e democracia*. Curitiba: Instituto Memória, 2014. p. 176-178.

SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SCHWARTZMAN, Simon. *Bases do autoritarismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-551.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights. Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 2000.

TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. Dados, 50(2), 229-257. In: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&tlng=pt>.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 51-62.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

VALLE, Vanice Lírio do. Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 113-134, mai./ago. 2018.

VIANNA, Oliveira. *Populações meridionais do Brasil e instituições políticas brasileiras*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1982.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 67-96, out./dez. 2018. DOI: 10.21056/aec.v19i74.1047
