

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

PAULO ANDRÉ SIQUEIRA DE SANTANA

A GARANTIA DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL COMO
DIREITO SOCIAL: ATIVISMO DO PODER JUDICIÁRIO

CARUARU-PE

2016

PAULO ANDRÉ SIQUEIRA DE SANTANA

**A GARANTIA DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL COMO
DIREITO SOCIAL: ATIVISMO DO PODER JUDICIÁRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES UNITA, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Bruno Viana Araújo.

CARUARU-PE

2016

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: 11/10/2016.

Presidente: Prof. Bruno Viana Araújo

Primeiro Avaliador: Prof. Edmilson Maciel

Segundo Avaliador: Prof. Ademar Bizerra

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho de conclusão a todos que, nas páginas de minha história, me fizeram entender que o mais nobre propósito da vida é, sobretudo, evoluir tornando o mundo um lugar melhor para as futuras gerações.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, primeiramente, ao meu orientador Bruno Viana Araújo, que me acolheu como seu orientando e me ensinou a mais eficaz técnica de aprendizado que pode existir, tanto na área acadêmica quanto para vida: a soma de persistência e responsabilidade. Obrigado, Mestre Bruno, por toda a paciência, dedicação, ajuda e puxões de orelha.

Agradeço ao meu Mestre e Professor Marco Aurélio Freire de Albuquerque, que sem seus ensinamentos, reflexões, indicações e conselhos, eu nunca teria escrito uma única página desse trabalho. Obrigado por ser meu mentor, professor e amigo, além, claro, por ter me dado a motivação de continuar no curso de Direito.

Agradeço ao Professor Fernando Gomes de Andrade, que sem seus livros e pensamentos, empenho e apoio, o trabalho não teria sido construído. Obrigado por me emprestar seus livros e, principalmente, suas ideias.

Agradeço a Paulo de Tarso dos Santos Matos, que foi meu parceiro desde o primeiro período, em que superamos juntos trabalhos, notas, monitorias, viagens, congressos, festas e ressacas. Sem você, parceiro, meu período na faculdade não teria sido tão fantástico. Obrigado.

Agradeço a Eric Guedes de Brito, o irmão branco que eu não tive, amigo e conselheiro. Se não fosse nossas intermináveis discussões sobre política, direito e futuro, o tema do trabalho nunca seria escolhido. Obrigado.

Agradeço à Paula Pasini Alves de Lima, minha melhor amiga, confidente, orientadora, mentora de amor e vida. Se você não ficasse tão grudada comigo, não tivesse se tornado tão próxima de minha pessoa ou não tivesse ficado TANTO no meu pé para eu concluir essa monografia, ela nunca teria saído. Lhe sou eternamente grato.

Agradeço principalmente a meus pais, José Geraldo Tenório de Santana e Maria Gorete Siqueira, que nunca me permitiram desistir frente à todas as dificuldades e dúvidas que passei. Sem vocês, eu nada seria.

Agradeço também a meu irmãozinho, Luís Gustavo Siqueira de Santana, que me faz querer sempre ser um melhor exemplo como irmão mais velho. Você também é uma motivação para mim.

E, por fim, agradeço especialmente a todos os meus professores que, desde a infância, direta ou indiretamente, fizeram parte de toda a construção de tudo que hoje eu sou, despertando em mim a vontade de fazer do mundo um lugar melhor.

*“Quanto mais nos elevamos,
menores parecemos aos olhos
daqueles que não sabem voar. ”*

Friedrich Nietzsche

RESUMO

O presente trabalho monográfico busca fazer uma relação acerca da garantia do desenvolvimento nacional – prescrito no art. 3º, inciso II, da Carta Magna de 1988 - e os Direitos Sociais – elencados no art. 6º do texto constitucional –, trazendo ainda uma análise acerca do ativismo judicial frente à (in)eficácia desses direitos. Começando por uma evolução histórico-didática sobre como o Estado se tornou um garantidor de direitos fundamentais, passando pela existência do direito ao desenvolvimento, sua conceituação, a dificuldade de sua definição jurídica, a relação de desenvolvimento com as liberdades civis e políticas e sua qualificação como um direito fundamental, até a problemática atual sobre a falta de concretização dos direitos sociais, fazendo um paralelo com a realidade social a qual o Brasil se encontra e como o Poder Judiciário se comporta frente às demandas que, cada vez mais, crescem em número, reivindicando esses direitos em caráter individual; trazendo ainda uma análise de julgados de várias instâncias da jurisdição brasileira, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, sobre a falta de observância do desenvolvimento nas várias áreas em que o mesmo pode ser enquadrado e ainda uma reflexão acerca do ativismo judicial, dado à falta de ação dos outros Poderes da República, frente ao clamor social que grita por esses direitos básicos.

Palavras-Chave: Objetivos da República. Desenvolvimento Nacional. Direitos Sociais. Direitos Fundamentais. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

This monograph seeks to make a list about the guarantee of national development - prescribed in art. 3, II, 1988 of the Constitution - and the Social Rights - listed in art. 6 of the Constitution - even bringing an analysis of judicial activism against the (in)effectiveness of these rights. Starting with a historical-didactic evolution of how the State has become a fundamental rights guarantor, through the existence of the right to development, its concept, the difficulty of their legal definition, the development of relations with civil and political liberties and their qualification as a fundamental right, to the current problem of the lack of realization of social rights, making a parallel with the social reality that Brazil is and how the judiciary behaves meet the demands that increasingly grow in number, claiming these rights on an individual basis; even bringing a trial analysis of multiple instances of the Brazilian jurisdiction, especially the Supreme Court on the failure to observe the development in the various areas in which it can be framed and also a reflection on the judicial activism, given the lack of action the other branches of government, against the public outcry that cries out for these basic rights.

Keywords: Objectives of the Republic; National Development; Social rights; Fundamental rights; Judicial activism;

SUMÁRIO

Introdução	09
CAPÍTULO 1. Evolução do Estado como um garantidor de Direitos	11
CAPÍTULO 2. O Desenvolvimento de Amartya Sen Como Um Direito Fundamental Social	17
2.1 A Problemática Sobre Conceituar Desenvolvimento	17
2.2 O Direito ao Desenvolvimento do Ponto de Vista do Direito Internacional .	20
2.3 A Garantia do Desenvolvimento Nacional Frente ao STF e a Doutrina Constitucionalista.....	23
2.4 Segundo os Métodos de Interpretação Teleológica e Sistemática	25
2.5 O Direito ao Desenvolvimento e Sua Caracterização Como Direito Fundamental	27
2.6 – O Desenvolvimento de Amartya Sen e Sua Relação Com os Direitos Fundamentais Sociais	31
CAPÍTULO 3. O Poder Judiciário e a Efetivação do Desenvolvimento Nacional	36
3.1 – O Descaso dos Direitos Sociais e o Direito ao Desenvolvimento	37
3.2 – A Questão do Ativismo Judicial	41
Considerações Finais	47
Referências Bibliográficas	49

INTRODUÇÃO

O atual clamor social, cada vez mais presente no seio da sociedade brasileira acerca da efetivação de direitos sociais como educação, saúde, segurança, transporte etc., dentre outros – todos prescritos no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – vem, gradativamente, ganhando mais força no âmbito judicial, onde os cidadãos procuram a efetivação deles em caráter individual.

Todavia, nenhum desses direitos podem se materializar se não for observada a questão do desenvolvimento nacional, prescrito no art. 3º da Constituição Federal, por parte do Poder Público, de cada uma dessas áreas e, por simetria, em todas as esferas federativas.

Acerca do desenvolvimento, será demonstrado que sua definição pode delimitar o seu âmbito de aplicação, entretanto, se observará que, independentemente de sua conceituação, até mesmo o objetivo da República possui um fim, qual seja, a satisfação de direitos básicos à população.

No delinear desse trabalho, será observado a questão da inobservância dos Direitos Sociais por parte do Poder Público, tendo como ponto de partida a tese do Direito ao Desenvolvimento e sua qualificação como um Direito Fundamental do cidadão; além disso, será demonstrado como o Poder Judiciário se comporta frente à ineficácia desses direitos, demonstrando seu ativismo e fazendo uma projeção sobre como esse poder se portará frente à crescente demanda judicial pela efetivação dos direitos sociais em caráter individual.

Nesse sentido, essa pesquisa é subdividida de forma que, em cada capítulo do trabalho, a questão a ser exposta vai se afinando até se consubstanciar num entendimento sobre o objetivo do trabalho.

Dessa forma, o primeiro capítulo versa sobre uma breve evolução histórico-didática sobre como o Estado surgiu até se transformar e se consolidar num garantidor de Direitos Fundamentais.

No segundo capítulo, será defendida a tese do “Direito ao Desenvolvimento e sua Qualificação como um Direito Fundamental”, passando por toda problemática acerca da conceituação e definição sobre desenvolvimento; a ausência do posicionamento do STF e da Doutrina Constitucionalista a respeito, sua caracterização/qualificação como um Direito Fundamental e a relação do Direito ao Desenvolvimento com os Direitos Fundamentais Sociais.

Já no terceiro capítulo, tomando um gancho com o final do segundo, é abordado a questão de como o Poder Judiciário como um todo se posiciona frente à ineficácia de direitos sociais e como vem atuando como o único Poder que vem garantindo, efetivamente, o desenvolvimento nas mais diversas áreas em que o esse se faz necessário para que os direitos sociais da população brasileira sejam materializados.

A abordagem ambiciosa desse trabalho não se esquivava, ainda no terceiro capítulo, de se fazer uma breve reflexão acerca do ativismo do Poder Judiciário, sobretudo do STF, e sua interferência nos demais Poderes, trazendo alguns julgados acerca da materialização dos direitos sociais, tudo sobre a ótica do Direito ao Desenvolvimento.

A questão do Direito ao Desenvolvimento como um Direito Fundamental traz ainda uma reflexão acerca da inefetividade dos Direitos Sociais, tendo sempre como parâmetro o objetivo da República da Garantia do Desenvolvimento Nacional, prescrito no art.3º da Constituição Federal de 1988.

CAPÍTULO 1. Evolução do Estado como um garantidor de Direitos Fundamentais

Tem-se, hoje, a figura do Estado como um garantidor dos Direitos Fundamentais, sobretudo os de caráter social, como saúde, educação, transporte, segurança, entre outros. No entanto, essa concepção atual é resultado do processo milenar de evolução da sociedade e das instituições, que culminaram no surgimento do embrião do que conhecemos hoje como Estado.

Etimologicamente falando, a palavra Estado deriva do latim *statu*, que pode ter incontáveis significados, entre eles o modo de ser de uma pessoa ou coisa; condição; posição social; nação politicamente organizada por leis próprias; governo; ou até mesmo o resultado ou conjunto de circunstâncias que levaram a determinada situação;¹ ou seja, representa a condição de estar firme ou estabilidade, de permanência ou conveniência com determinada situação. No sentido político, Estado tem o condão de passar a ideia de que há uma situação política estável, em uma sociedade, no decorrer do tempo.²

Por outro lado, do ponto de vista jurídico, Estado remete ao significado de condição ou posição no sentido de um “agrupamento de indivíduos, estabelecidos ou fixados em um território determinado e submetidos à autoridade de um poder público soberano”; e continua: “É a expressão jurídica mais perfeita da sociedade, mostrando-se também a organização política de uma nação, ou de um povo”.³ Para dar uma maior elucidação, vale lembrar que “povo” é um agrupamento humano, o qual não necessariamente devem se apresentar organicamente unidos; “nação” pressupõe que desse agrupamento, seja por qualquer motivo de idioma, tradição, costumes ou religião, resulte em união, fundamento uma consciência coletiva nos indivíduos de nacionalidade.⁴

Essa condição de estar firme, do ponto de vista sociológico, poderia derivar da instabilidade social que os primórdios da humanidade passaram com o surgimento daquilo que se entende por estar em sociedade, certamente, com o surgimento das classes sociais.

A critério didático, resumido e passando-se por processos históricos lentos e complexos, numa sociedade básica hipotética, quando o fruto da sua subsistência da coletividade era a simples divisão de tarefas como agricultura, pesca, pecuária e artesanato,

¹ **Novo Dicionário da Língua Portuguesa conforme Acordo Ortográfico**. São Paulo: Texto Editores, 2008. Pag. 683

² AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Globo, 2008. pag. 23.

³ SILVA, de Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 27ª ed. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2007. Pag. 553.

⁴ SILVA, de Plácido. **Vocabulário Jurídico**. Vol. II D – I. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1989. Pág. 628

por exemplo, imagine-se um eventual conflito de grandes proporções entre as classes dominantes, quais sejam, a agricultura e a pecuária, e o resultado disso fosse a vitória do segundo sobre o primeiro; como resultado desse incidente social, haveria a instauração da liderança dos pecuaristas sobre os agricultores e a manutenção do poder daqueles sobre estes, culminando numa eventual ordem jurídica. Essa manutenção do poder seria exatamente o que é a estabilidade estatal.⁵

Essa estabilidade, todavia, é resultado da instauração de instituições, que, por sua vez, são organizações ou mecanismos sociais que se perpetuam no tempo e controlam ou determinam o funcionamento da sociedade, tendo por finalidades o desenvolvimento de aptidões físicas, morais e intelectuais de uma coletividade, com a imposição de certas normas, que encontram sua fonte na moral, nos costumes ou na própria lei.⁶

E, como preceitua o Professor João Ubaldo Ribeiro, o Estado surge, primordialmente, como o estabelecimento da diferença entre governantes e governados e com a institucionalização dessa diferença.⁷

E continua:

[...]com o surgimento de atividades e, subsequentemente, de interesses diversos numa coletividade antes indiferenciada, declaram-se conflitos entre grupos de interesse. Esses conflitos são resolvidos com o domínio de um grupo por outro, estabelecendo-se uma diferença entre governantes e governados. Essa diferença é institucionalizada, criando-se uma ordem jurídica. Assim está formado, em seus traços essenciais, o Estado. Existe Estado, pois, em toda sociedade política e juridicamente organizada. Pode-se dizer ainda que Estado é a organização política e jurídica da sociedade[...]⁸

E ainda, conforme ensina Darcy Azambuja:

O Estado, portanto, é uma sociedade, pois se constitui essencialmente de um grupo de indivíduos unidos e organizados permanentemente para realizar um objetivo comum”. E se denomina *sociedade política*, porque, tendo sua organização determinada por normas de direito positivo, é hierarquizada na forma de governantes e governados e tem uma finalidade própria, o *bem público*.

E será uma sociedade tanto mais perfeita quanto organização for mais adequada ao fim visado e quanto mais nítida for, na consciência dos indivíduos, a representação desse objetivo, a energia e a sinceridade com que a ele se dedicarem.⁹

Nesse ponto, toca-se em Sociedade, que, unindo os conceitos dos autores citados, pode-se extrair que essa é uma organização composta por uma pluralidade de indivíduos dotados de racionalidade e com o sentimento de coletividade, residente em determinado

⁵ Exemplo utilizado no Livro “Política – Quem manda, Por que manda, como manda” de João Ubaldo Ribeiro.

⁶ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Globo, 2008. pag. 17.

⁷ RIBEIRO, João Ubaldo. **Política**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. Pg. 39

⁸ RIBEIRO, João Ubaldo. **Política**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. Pg. 40

⁹ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Globo, 2008. pag. 18.

território, que se une com a finalidade de alcançar de forma eficaz um determinado fim, sendo esse conhecido e objetivado por todos os seus membros

E ainda complementa Del Vecchio, nas palavras de Paulo Bonavides, que Sociedade é “o conjunto de relações mediante as quais vários indivíduos vivem e atuam solidariamente em ordem a formar uma entidade nova e superior[...]”¹⁰

Dessa forma, sendo delimitado os governantes e governados de forma hierárquica e estabelecida, na consciência dos indivíduos, a ideia cujo todo o aparato social a qual pertence, temos que o objetivo do Estado, com auxílio de suas instituições e normas costumeiras, morais e jurídicas, é garantir para aqueles a quem governa o bem público.

Contudo, acerca do bem público que é objetivado pelo Estado, esse consiste na evolução de condições daquilo que é bem comum, seja patrimonial ou não, concreto ou não, pertencentes aos indivíduos como um todo de determinada sociedade, sendo considerados em sua pluralidade, sem haver distinção de uns em detrimento de outros.

Reforçando, bem público consiste nos

[...] conjuntos dos meios de aperfeiçoamento que a sociedade politicamente organizada tem por fim oferecer aos homens e que constituem patrimônio comum e reservatório da comunidade: atmosfera de paz, de moralidade e de segurança, indispensável ao surto das atividades particulares e públicas; consolidação e proteção dos quadros naturais que mantêm e disciplinam o esforço do indivíduo, como a família, a corporação profissional; elaboração, em proveito de todos e de cada um, de certos instrumentos de progresso, que só a força coletiva é capaz de criar (vias de comunicação, estabelecimentos de ensino e de previdência); enfim, coordenação das atividades particulares e públicas tendo em vista a satisfação harmoniosa de todas as necessidades legítimas dos membros da comunidade.[...]¹¹

Então, tendo em vista os caracteres do bem comum acima elencados, percebe-se que ele pode ser relativizado, levando-se em consideração a cultura, a moralidade de cada território, os costumes, religião, as peculiaridades físicas e, sobretudo, as necessidades elementares que cada sociedade possui.

Ademais, vale salientar que a forma de sua consecução também é relativa. Isso ocorre porque a cada povo ou nação, incluindo os governantes e governados, têm sua própria metodologia de como trabalhar o bem público, levando-se em consideração todo o aparato jurídico em que se baseia esse Estado, todo o histórico do país, suas instituições, o nível de burocratização, a urgência para a efetivação do bem público e a participação, assim como a pressão popular no processo de sua construção.

Assim, para uma melhor elucidação acerca do exposto:

¹⁰ BONAVIDES, Paulo *APUD* Giorgio Del Vecchio. **Ciência Política**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. Pags. 57 e 58.

¹¹ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Globo, 2008. pag. 149.

Pela própria definição, vê-se que o bem público é relativo para cada sociedade quanto aos meios de atingi-la e quanto ao seu próprio conteúdo. É obra de inteligência, critério e descortino, de arte política, a sua realização pelos governantes. E não depende exclusivamente dos governantes, senão também dos governados. Todo indivíduo tem o dever de cooperar para a sua realização, cumprindo obrigações e deveres para com o Estado e a pátria. Essas obrigações e deveres não podem ficar ao arbítrio nem dos particulares nem das autoridades, mas devem ser a expressão da consciência social, e definidos clara e juridicamente, através do que se denomina direito individual e direito social. Aqueles são obrigações negativas do Estado, o que ele não pode fazer, para não perturbar o aperfeiçoamento do indivíduo; estes são obrigações positivas, tanto para o Estado como para os indivíduos: é o que o Estado deve fazer para que o indivíduo coopere eficazmente na realização do bem público.¹²

Dessa forma, percebe-se que toda a realização do bem público depende, também, da participação ativa da sociedade, ou seja, uma cooperação entre governantes e governados, isso porque a cooperação individual de cada indivíduo, em sua individualidade, para a consecução de um bem maior, somada à atividade da administração dos governantes, todos com um fim único e bem definido, possuem o poder da transformação do bem público.

Acentue-se que, além da cooperação da sociedade como um todo, é o Estado, no conjunto de suas instituições, quem cria as condições para o desenvolvimento dos indivíduos, tanto em caráter individual quanto em caráter coletivo.

Vale lembrar, também, que da atuação do Estado para o desenvolvimento do bem público, esse não pode interferir nos direitos fundamentais individuais, que são prescrições negativas do Estado para com os seus tutelados, ou seja, os limites da atuação desse em relação aos seus cidadãos; em contrapartida, também há os direitos sociais, que são as prestações positivas do Estado, consistindo essas no bem público.

E complementa Gilmar Mendes, acerca dos direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles concebidos como garantias individuais – foram a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.¹³

Acerca dos Direitos Fundamentais elencados acima, vale destacar que esses são os direitos do homem que versam sobre a liberdade e a dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, são resultados das heranças filosóficas e históricas oriundas da Revolução Francesa e

¹² AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Globo, 2008. pag. 149.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos significados na Ordem Constitucional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm

do iluminismo; que, seguindo o pensamento de Paulo Bonavides, que a universalidade desses direitos apenas se manifestaram de forma concreta e concisa através da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, pois ganhava das outras Declarações de Direitos por sua característica de abrangência e generalidade – diferente das outras anteriores, que privilegiavam camadas sociais –, tendo essa, por destinatário, o gênero humano.¹⁴

Não se olvide que esse direito de liberdade e dignidade da pessoa humana, princípios basilares e prescritos em vários ordenamentos jurídicos, em que o brasileiro não é exceção, são os chamados, como elenca a majoritária doutrina, como Direitos Fundamentais de Primeira Geração – ou dimensão.

A saber:

Os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.¹⁵

Assim sendo, o indivíduo, através dessa prescrição constitucional, tem a prerrogativa de exigibilidade do Estado de uma abstenção, uma garantia, uma resistência, um contraponto, daquilo que dele não pode ser tirado ou violado, a menos que haja força legal que delimite ou permita a atuação do Estado para interferir, minimamente, nesse Direito Fundamental individual.

Fazendo um paralelo como o bem comum e os Direitos Fundamentais de Primeira Geração, somado às finalidades originais do Estado, percebeu-se, no século XIX, que as pressões sociais resultadas da massificação da industrialização, resultado dos avanços tecnológicos, sobretudo da substituição do modo manufatureiro de fabricação para o modo mecanizado – e os acidentes decorrentes disso –, o crescimento demográfico e inchaço populacional das grandes cidades e a percepção da disparidade social entre capitalistas e proletários (vale lembrar que nesse momento há o surgimento das ideias socialistas e comunistas), culminaram no surgimento de novas reivindicações, fazendo com que os Direitos Fundamentais individuais de primeira geração já não fossem mais suficientes para garantir aos cidadãos a dignidade da pessoa humana, pois direitos civis e políticos já não davam conta das novas e complicadas relações sociais.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª Ed. Atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Pg. 562.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª Ed. Atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Pg. 563.

Surge, então, a necessidade de o Estado corresponder às novas exigências públicas, que já não mais satisfeitas, dadas as novas circunstâncias.

Dessa forma, eis que surgem os Direitos Fundamentais de Segunda Geração, que inauguram uma nova relação do Estado para com seus tutelados, reestruturando o entendimento do bem comum.

Esse novo entendimento fez com que o Estado assumisse o papel de solucionador dos novos problemas estruturais, superando a angústia social, fornecendo saneamento básico, direitos trabalhistas, surgimento do salário mínimo, delimitação de horas máximas a serem trabalhadas por dia, transporte, saúde, educação, entre muitos outros.

Note-se que nessa segunda geração de Direitos Fundamentais são um resultado das ideias de igualdade e equidade somadas ao princípio da dignidade humana. São, pois, direitos positivos que obrigam ao Estado uma prestação positiva, uma ação – como demonstrado acima.

Complementa Bonavides acerca do abordado:

São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.¹⁶

Sendo um desdobramento direito do direito/Princípio da Igualdade, os direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro, estão no art. 6º da Constituição da República de 1988, que elenca exemplos de direitos sociais, quais sejam, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, entre outros.

No entanto, não se pode olvidar que para conseguir-se a concretude desses direitos, faz-se necessário não apenas uma prescrição obrigacional constitucional, mas também que se haja uma veiculação dos esforços materiais e humanos do Estado para a consecução desses direitos.

Assim, a Constituição brasileira elenca, como um elemento finalístico do Estado, a Garantia do Desenvolvimento Nacional, que seria a forma de efetivar os direitos previstos no art. 6º da mesma constituição.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª Ed. Atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Pg. 564.

CAPÍTULO 2. O Desenvolvimento de Amartya Sen Como Um Direito Fundamental Social

Tomando como base o exposto no último capítulo, que foi uma abordagem “histórica didática” acerca de uma breve evolução do Estado até esse tornar-se um garantidor daquilo que se entende por bem comum e a evolução deste para Direito Fundamental, se faz necessário, *a priori*, para a defesa do Direito ao Desenvolvimento, a elucidação dos seguintes tópicos:

2.1 – A Problemática Sobre Conceituar Desenvolvimento

Primeiramente, há que se observar que o art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil elenca como objetivo da República, em seu inciso II, a Garantia do Desenvolvimento Nacional, *in verbis*:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como objetivo da República, entende-se que esse é um fim, uma finalidade do Estado ou mesmo aquilo que deve ser buscado pelos governantes e titulares dos poderes públicos.

Já sobre a garantia do desenvolvimento nacional, essa deixa uma lacuna conceitual. A começar pela garantia, entende-se que essa é uma responsabilidade, uma obrigação da ação de garantir algo ou uma segurança; nas palavras de Canotilho, garantia pode ser considerado como um apontamento para a possibilidade de uma “exigência e garantia de uma organização judiciária possibilitadora de uma protecção jurídica eficaz e temporalmente adequada aos particulares”¹⁷.

Há que se destacar que da própria ideia do termo “garantia ao desenvolvimento” se pode extrair a ideia de algo ligado à atividade econômica relativas ao crescimento de algo com cunho pecuniário.

¹⁷ CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Pag. 503. (Aqui, Canotilho faz uma citação de Guilherme Frederico da Fonseca. Referência original: GUILHERME FREDERICO DA FONSECA, <<A defesa dos Direitos. Princípio Geral da Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais>>, in *BMJ*, n.º 344(1985), pp. 11 e ss.

Todavia, esse desenvolvimento de algo pode estar ligado não apenas à atividade econômica – ou o conjunto de ações ligadas ao crescimento ou evolução de determinado setor econômico –, mas também à ideia de coletividade e socialidade, não sendo necessariamente vinculada à ideia de algo que pode ser auferível economicamente.

Assim, fazendo uso de uma interpretação restritiva à critério didático, pode ser considerado como desenvolvimento: a) *o crescimento como desenvolvimento econômico*, versão clássica entre os teóricos econômicos, que defendem que todos os países podem e vão superar as etapas do subdesenvolvimento que são necessárias à acumulação de capital, no entanto, há outras teorias e delineamentos que destrincham esse ponto; b) *como poder econômico de mudança*, que defende que o desenvolvimento da tecnologia é o motor capaz de gerar riquezas e fazer com que a sociedade alcance seu máximo potencial de crescimento (teoria criada por Joseph Schumpeter); c) *desenvolvimento econômico somada à distribuição de renda*, que se subdivide em duas correntes, onde a primeira apregoa que os alicerces existentes influem no processo de desenvolvimento, levando-se em consideração o crescimento econômico sem desprezar a distribuição de renda, e a segunda dispõe que as questões políticas também são competentes para determinar o desenvolvimento; d) *nova economia institucional*, que se limita à ideia que as questões relativas à falta de desenvolvimento são oriundas da falta de acumulação de capitais; e) *desenvolvimento como liberdade*, desenvolvida por Armatya Sen, que versa sobre a finalidade do desenvolvimento, que dispõe que esse é um resultado da liberdade humana, sendo os indivíduos os responsáveis para designarem-se e tomarem os caminhos que esses acharem dignos de serem vividos; e, finalmente, f) *a concepção jurídica de desenvolvimento*, sendo esse subdividido em três vertentes, sendo a primeira a que consiste no princípio da redistribuição, a segunda sendo a difusão do conhecimento econômico e a terceira versando sobre o estímulo à cooperação.¹⁸

Assim, dada essa breve elucidação, fica cristalino a dificuldade de delimitar o que seria desenvolvimento e, dessa delimitação resultaria na limitação daquilo que pode ser alcançado pelo “direito ao desenvolvimento”, objeto no presente capítulo desse trabalho.

O termo “desenvolvimento nacional” é aberto e, portanto, rico e, simultaneamente, necessário nessa Constituição, visto que delimitar o que seria o desenvolvimento nacional seria limitar onde, quando, como e em que sentido determinada área deve ser evoluída – ou desenvolvida, sem mencionar na relativização política, econômica e jurídica, e todo o aparato

¹⁸ BIANCHI, José Flávio. **O Desenvolvimento na Constituição Federal e sua qualificação como Direito Fundamental**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24249/o-desenvolvimento-na-constituicao-federal-e-sua-qualificacao-como-direito-fundamental>. Acesso em 29 de abril de 2016.

financeiro e humano que seria necessário para alcançar um fim que ainda não é, de fato, cristalino no ordenamento jurídico pátrio.

Por outro lado, Amartya Sen, escritor, economista indiano e ganhador do Prêmio Nobel de Economia 1988, traz como lição acerca do desenvolvimento:

O enfoque nas liberdades humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, como as que identificam desenvolvimento com crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. O crescimento do PNB ou das rendas individuais obviamente pode ser muito importante como um *meio* de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade. Mas as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde) e os direitos civis (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas). De forma análoga, a industrialização, o progresso tecnológico ou a modernização social podem contribuir substancialmente para expandir a liberdade humana, mas ela depende também de outras influências. Se a liberdade é o que o desenvolvimento promove, então existe um argumento fundamental em favor da concentração nesse objetivo abrangente, e não em algum meio específico ou em alguma lista de instrumentos especialmente escolhida. Ver o desenvolvimento como expansão de liberdades substantivas dirige a atenção para os fins que o tornam importante, em vez de restringi-la a alguns meios que, *inter alia*, desempenham um papel relevante no processo.¹⁹

Assim, pode-se extrair que o citado autor coloca em pauta a teoria do desenvolvimento como uma forma de liberdade, sendo essa, para ele, como o pleno uso e gozo dos direitos civis, sociais, econômicos e políticos.

Complementando:

O fim último do desenvolvimento, o bem das pessoas, é associado à liberdade, isto é, à potência pessoal de conseguir a vida que se deseja racionalmente. Nesse sentido, a liberdade é pensada positivamente como poder, autonomia e autodeterminação do agente, bem como colocada no centro da abordagem do desenvolvimento como liberdade, desempenhando um duplo papel avaliativo-constitutivo e causal-instrumental no processo de desenvolvimento.²⁰

Dessa forma, Sen foge da ideia padrão de desenvolvimento, que é da perspectiva econômica, como exposto acima, por exemplo, do crescimento do Produto Interno Bruto, avanço tecnológico ou aumento de rendas pessoais. Ele inova ao trazer a ideia de bem-estar social como um produto do desenvolvimento e, por conseguinte, das liberdades dos indivíduos e aumento de suas capacidades pessoais.

Esse referido bem-estar social é justamente o objeto da liberdade, que leva em consideração os fatores econômicos, no entanto, também coloca a limitação do acesso aos

¹⁹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**; tradução: Laura Teixeira Motta; revisão técnica: Ricardo Donielli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Pag. 16

²⁰ PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. **As Liberdades Humanas como bases do Desenvolvimento: Uma análise conceitual da abordagem das capacidades humanas de Amartya Sen**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. – Brasília; Rio de Janeiro: Ipea, 1990. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1794.pdf. Acesso em 26 de maio de 2016. Pág. 12.

bens e direitos como um fator daquilo que impede o desenvolvimento das liberdades de uma sociedade.

E ainda aponta, para que o desenvolvimento seja eficaz, ou seja, produza efeitos na realidade fática, que se removam as fontes da privação de liberdade, quais sejam, “a pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos”.²¹

E, voltando à Garantia Constitucional, Canotilho as define como normas de

“...alcance substancialmente subjectivo, pois reconduzem-se ao direito de os cidadãos exigirem dos poderes públicos a protecção dos seus direitos e o reconhecimento e consagração dos meios processuais adequados a essa finalidade”.²²

Dessa forma, observa-se que a Garantia disposta no inciso II do art. 3º da Constituição Federal, é uma forma do Estado conferir a seus tutelados o direito de seus cidadãos exigirem processualmente, de todos e quaisquer órgãos públicos conferidores de direitos, as garantias prescritas no texto da constituição ou no ordenamento jurídico infraconstitucional.

2.2 – O Direito ao Desenvolvimento do Ponto de Vista do Direito Internacional

Na Resolução nº 42/128 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos ao Desenvolvimento, datada de 4 de dezembro de 1986, encontramos uma definição acerca do que seria o desenvolvimento, onde seus Estados membros reconhecem que

o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes;²³

Para reforçar:

Esta mesma declaração afirma o direito ao desenvolvimento como um direito humano inalienável e reconhece que a pessoa humana é o sujeito central do processo de desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento. Além disso, é conferido ao Estado papel de protagonista da efetivação dessa categoria de direito[...]²⁴

²¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**; tradução: Laura Teixeira Motta; revisão técnica: Ricardo Donielli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Pag. 16 e 17.

²² CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed., 6 reimp. (Manuais Universitários). Biblioteca Nacional de Portugal. Pag. 888.

²³ NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos ao Desenvolvimento**. Resolução nº 42/128. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em 30 de abril de 2016.

²⁴ BIANCHI, José Flávio. O Desenvolvimento na Constituição Federal e sua qualificação como Direito Fundamental. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24249/o-desenvolvimento-na-constituicao-federal-e-sua-qualificacao-como-direito-fundamental>. Acesso em 29 de abril de 2016.

Eis alguns trechos da referida resolução:

Art. 2.3. Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa e no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes.

Art. 8.1. Os Estados devem tomar, em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento e devem assegurar, inter alia, igualdade de oportunidade a todos, no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habilitação, emprego e distribuição equitativa da renda. Medidas efetivas devem ser tomadas para assegurar que as mulheres tenham um papel ativo no processo de desenvolvimento. Reformas econômicas e sociais apropriadas devem ser efetuadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais.

Art. 8.2. Os Estados devem encorajar a participação popular em todas as esferas, como um fator importante no desenvolvimento e na plena realização de todos os direitos humanos.

Sendo o Brasil um dos Estados membros das Organização das Nações Unidas (ONU) e esta confere, em suas disposições, o Direito ao Desenvolvimento como um direito humano, fica claro a configuração tácita, pelo ordenamento jurídico brasileiro, que o Direito ao Desenvolvimento – e também objetivo da República – se torna uma norma de Direito Fundamental, ainda que não expressa na Constituição Federal.

Vale salientar também que Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos e que são aprovados pelo Congresso Nacional Brasileiro, obedecendo o devido quórum, possuem força de Norma Constitucional, não tendo, pois, hierarquia com as normas da própria constituição, como preceitua Flávia Piovesan:

É neste contexto que há de se interpretar o disposto no artigo 5º, § 2º do texto, que, de forma inédita, tece a interação entre o Direito Brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos. Ao fim da extensa Declaração de Direitos enunciada pelo artigo 5º, a Carta de 1988 estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição "*não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*". A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional.²⁵

²⁵ PIOVESAN, Flávia. **A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>>. Acesso em 18 de maio de 2016.

Vale destacar que para a entrada de uma norma internacional em vigor no território nacional brasileiro, como por exemplo um Tratado Internacional, pode-se concluir que se faz necessário uma ação conjunta entre os Poderes Executivo e Legislativo, tendo como agentes ativos o Chefe do Poder Executivo Federal e o Congresso Nacional – representando o povo e os Estados Federados –, sendo, pois, uma forma de constitucionalização do Direito Internacional, visto que transforma uma norma estranha ao ordenamento jurídico nacional em norma de direito interno, como ensina Mazzuoli:

A Constituição Brasileira de 1988, quando disciplinou a competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, nos seus arts. 49, inc. I (“É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”) e 84, inc. VIII (“Compete privativamente ao Presidente da República: VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”) [...]

Em suma, ao Legislativo é atribuída a incumbência de examinar a viabilidade de se aderir àquilo que o Presidente da República (ou plenipotenciário seu) assinou com outros entes soberanos. [...] O certo é que se está diante de um procedimento complexo dos poderes da União, no qual, para a formalização dos tratados, participam sempre o Legislativo e o Executivo. Sem a participação desses dois poderes a realização do ato não se completa [...] ²⁶

Não se pode olvidar que quando e se esses Tratados possuírem como conteúdo normativo os Direitos Humanos e, obedecendo o quórum devido, segundo disposto no §3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, esses possuirão força de Emenda Constitucional, *in verbis*:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Todavia, em caso de não conseguir o quórum necessário, acaba esse tratado por se consubstanciar em uma norma de natureza supralegal, estando essa, pois, acima de todas as normas infraconstitucionais – e abaixo da Constituição -, e, portanto, eventuais normas que vão de encontro ao conteúdo normativo do acordo são, naturalmente, revogadas, assim como elucida Mazzuoli:

Havendo incompatibilidade entre as disposições convencionais e as normas de Direito interno, uma vez que aquelas obedecem, em regra, aos mesmos parâmetros de vigência e eficácia das disposições legislativas domésticas, resolve-se eventual antinomia sempre em favor do tratado, que é hierarquicamente superior a qualquer disposição interna infraconstitucional (têm valor supralegal). ²⁷

²⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. -6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. pag. 358.

²⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. -6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. pag. 376.

Dessa forma, pode-se concluir que do ponto de vista do Direito Internacional, os tratados relativos à Declaração das Nações Unidas relativas ao Direito ao Desenvolvimento, acima mencionada, não obstam, pois, sua elevação à categoria de Direito Fundamental segundo as normativas elucidadas pela própria Constituição brasileira.

2.3 – A Garantia do Desenvolvimento Nacional frente ao STF e a Doutrina Constitucionalista

O constituinte de 1988 não deixou expresso se os cidadãos brasileiros teriam ou não um direito ao desenvolvimento, deixando esse apenas como um fim da República Federativa do Brasil, não o pondo no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Ademais, há quase que uma ausência completa na doutrina acerca do constitucionalismo do desenvolvimento nacional e seu destrinchamento teórico. O próprio Supremo Tribunal Federal ainda é muito tímido quando se pronuncia acerca do assunto, deixando UNICAMENTE três julgados que fazem referência ao termo:

II – garantir o desenvolvimento nacional;

- “Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico -cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da CF, assecuratório de um tipo de ‘desenvolvimento nacional’ tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.”²⁸

- “A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações”.²⁹

- “A isenção tributária que a União Federal concedeu, em matéria de IPI, sobre o açúcar de cana (Lei 8.393/1991, art. 2º) objetiva conferir efetividade ao art. 3º, II e III, da CF. Essa pessoa política, ao assim proceder, pôs em relevo a função

²⁸ Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19-3-2009, Plenário, DJE de 1º-7-2010.

²⁹ ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-9-2005, Plenário, DJ de 3-2-2006.

extrafiscal desse tributo, utilizando -o como instrumento de promoção do desenvolvimento nacional e de superação das desigualdades sociais e regionais”.³⁰

E, para não dizer que há um completo silêncio da doutrina, Alexandre de Moraes e Celso Ribeiro Bastos, ainda timidamente, dispõem acerca do Desenvolvimento Nacional, onde o primeiro, em sua obra traz um pronunciamento do STJ sobre o tema:

“No domínio econômico – conjunto de bens e riquezas a serviço de atividades lucrativas – a liberdade de iniciativa constitucionalmente assegurada, fica jungida ao interesse do desenvolvimento nacional e da justiça social e se realiza visando à harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção, admitindo, a Lei Maior, que a União intervenha na esfera econômica para suprimir ou controlar o abuso de poder econômico”³¹

Fazendo-se um parêntese nesse julgado, ele faz referência aos tipos de desenvolvimento, dispondo que a União pode intervir na economia para garantir o desenvolvimento jurídico (abordado acima) somado ao desenvolvimento econômico com a distribuição de renda.

Já Celso Ribeiro Bastos traz uma breve exposição, onde apregoa que o art. 3º é uma enunciação de objetivos fundamentais do Estado brasileiro e este, por ser uma organização, não pode dispor de perseguir determinados fins previamente estabelecidos. Vale salientar que o mesmo faz um parêntese que defende a ideia de que os Objetivos da República são instrumentalizações (ou forma de garantia) dos Princípios Constitucionais e, portanto, devem ser elevados à categoria de fundamentais; e complementa com uma curta explanação que diz que “os objetivos são, portanto, tarefas, metas, que visam a tornar concretas as mesmas idéias ou propósitos assegurados em forma de princípios pela Constituição”.³²

E comenta sobre a Garantia do Desenvolvimento Nacional:

De fato, é muito comum nos Estados Modernos estarem eles em constante processo de desenvolvimento de suas forças, sobretudo econômicas, com as quais visam a assegurar a própria melhoria das condições de saúde, educação cultura etc. Embora o desenvolvimento deva ser procurado como um todo, não há dúvida que a ênfase costuma ser colocada no desenvolvimento econômico, porque sem recursos materiais não é possível manter-se escolas, hospitais, centros de lazer e cultura etc.³³

Tendo em vista o exposto, já há o início de uma centelha que a doutrina começa a sinalizar que o desenvolvimento nacional, preceituado no art. 3º da Constituição Federal,

³⁰ AI 360.461-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-12-2005, Segunda Turma, DJE de 28-3-2008.

³¹ MORAES, Alexandre de *APUD* Ementário do STJ, nº10/262 – MS nº 3.351-4 – DF. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2005. Pag. 147. (Ementário do STJ, nº10/262 – MS nº 3.351-4 – DF. Rel. Min. Demócrito Reinaldo. 1ª Seção. Unânime. *Diário da Justiça*, 1º de ago. 1994).

³² BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. – São Paulo: Saraiva, 1988. Pag. 443 e 444.

³³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. – São Paulo: Saraiva, 1988. Pag. 445.

possa ser enquadrado, também, como um Direito Fundamental conferido e garantido pelo Estado de Direito e não apenas como um fim do mesmo, sendo, esse, pois, um poder-dever do Estado para com os seus cidadãos.

Por conseguinte, mesmo tendo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 seus quase trinta anos de promulgação, ainda se pode considerar o campo do desenvolvimento nacional, do ponto de vista jurídico constitucional, um braço da ciência constitucional que ainda está no berço, não sendo sequer possível dizer que engatinha seus primeiros passos, ao contrário de outros ramos da ciência constitucional, já exaustivamente estudados.

Nesse sentido, para defender a tese do Direito ao Desenvolvimento e, simultaneamente, o enquadramento desse como um Direito Fundamental, faz-se necessário a elucidação dos seguintes temas:

2.4 – Direito ao Desenvolvimento segundo métodos de Interpretação Sistemática e Teleológica

Ainda que a abordagem acerca do Direito ao Desenvolvimento no âmbito do Direito Internacional seja robusta no que tange à densidade e concretude desse direito, ainda há que se observar que no ordenamento jurídico brasileiro há métodos de interpretação que reforçam mais ainda a tese da existência implícita desse direito.

2.4.1 – Segundo a Interpretação Sistemática

Fazendo uso de uma Interpretação Sistemática – ou sistêmica – do Ordenamento Jurídico, esse tem que a Ordem Jurídica é tida como um sistema, e, como tal, não pode e não deve ser interpretado em parcelas, tendo a Constituição como a unidade do sistema jurídico como um todo, tendo ela que ditar os valores e os fins que devem ser objetivados pela conjuntura do ordenamento jurídico, que, por sua vez, deve estar em conformidade com o preceituado nas normas hierarquicamente superiores.³⁴

Assim,

O direito está organizado em ramos, cada um deles com regulação própria, subsistemas, que devem ser coesos com os demais, sobretudo respeitarem a

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos e fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. Pag. 294.

unidade que a Constituição reclama. Todas as normas devem respeito às normas constitucionais, pois estas ditam os pilares do próprio sistema.³⁵

Dado a unidade sistemática do ordenamento jurídico, conclui-se, pois, que o direito material consiste na convivência harmônica do sistema de normas, tendo a Constituição a pilar básico para esse método.

Dessa forma, interpretando o sistema jurídico como um todo, não se pode afastar a configuração do Direito ao Desenvolvimento como um Direito Fundamental, visto que para a concretude da harmonia sistemática das normas, não poderia que se falar, em eventual conflito, que o desenvolvimento nacional seria – ou deveria – ser limitado em detrimento de direitos fundamentais individuais ou coletivos, merecendo, pois, a sua qualificação como um Direito Fundamental Constitucional.

2.4.2 – Segundo a Interpretação Teleológica

Por outro lado, se observarmos a interpretação Teleológica, que tem como objeto a finalidade das normas e essa finalidade é, na Constituição brasileira, prescrita no art. 3º e a Garantia do Desenvolvimento Nacional está preceituada nele, tem-se que todas as normas jurídicas devem observar e tentar alcançar o seu fim.

Assim, as normas como os Direitos e Garantias Fundamentais, que são as prescrições negativas, em caráter individual, e positivas, em caráter social ou coletivo, do Estado para com seus tutelados, deve observar a consecução da finalidade do ordenamento jurídico.

E, para reforçar o entendimento, completa Bertramello, citando o art. 3º da Constituição Federal de 1988:

Quanto à interpretação teleológica, esta considera que o direito não é um fim em si mesmo, antes visa a satisfazer objetivos constitucionais ligados à justiça, à dignidade da pessoa humana, ao bem estar- social, ao desenvolvimento nacional, à eliminação das desigualdades sociais e raciais.³⁶

A partir do exposto, todas as ações do Poder Público devem, sobretudo, objetivar a concretização dos Objetivos da República, todavia, para que esse tenha, também, um enquadramento como direito fundamental, há que se observar que os referidos objetivos têm

³⁵ BERTRAMELLO, Rafael. **Métodos Interpretativos à Luz do Direito Constitucional**. Disponível em: <<http://rafaelbertramello.jusbrasil.com.br/artigos/121943102/metodos-interpretativos-a-luz-do-direito-constitucional>>. Acesso em 27 de maio de 2015.

³⁶ BERTRAMELLO, Rafael. **Métodos Interpretativos à Luz do Direito Constitucional**. Disponível em: <<http://rafaelbertramello.jusbrasil.com.br/artigos/121943102/metodos-interpretativos-a-luz-do-direito-constitucional>>. Acesso em 27 de maio de 2015.

como objeto a consecução de direitos fundamentais, tanto em caráter individual quanto coletivo, visto serem derivados do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

2.5 – Do Direito ao Desenvolvimento e Sua Caracterização Como Direito Fundamental

Superada a questão acerca se há ou não um Direito ao Desenvolvimento, passa-se a enfrentar a questão da caracterização, ou qualificação, desse direito como um Direito Fundamental.

Primeiramente, tomando-se como base a premissa de que a Assembleia Geral das Nações Unidas estabelece o direito ao desenvolvimento como um direito humano e, portanto, tem esse como objeto, centro e sujeito a pessoa humana.

Sobre os Direitos Humanos, é de suma importância enfatizar que esses são direitos de ordem multilateral internacional, feitos através de convenções globais ou regionais, com a finalidade de proteger aqueles que são humanos simplesmente por serem humanos. São, portanto, direitos protetivos, que limitam a atuação do Estado para com aquelas pessoas que em seu território se encontram, sob pena de uma possível responsabilidade internacional para com o Estado violador desses direitos, tendo essas pessoas como vítimas. São, portanto, direitos do homem e independentes de sua nacionalidade; sendo, dessa forma, esses direitos aqueles que transcenderam as fronteiras territoriais estatais de proteção, estando agora no âmbito internacional de proteção, como bem dispõe o aclamado autor Valério de Oliveira Mazzuoli.³⁷

Não se obsta pensar, dessa forma, que esses Direitos Humanos são decorrentes do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, todavia, como exposto acima, na Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986, onde há a disposição expressa do Direito ao Desenvolvimento, observa-se que dada a prescrição desse, em conteúdo positivado legalmente, a sua efetivação torna-se de difícil – se não difícilíssima –, dado que esse depende da posição política e econômica a qual se dá mais foco o termo “desenvolvimento”.

Todavia, como ensina Bruno Galindo, há uma distinção conceitual entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, qual seja:

Concordamos com a distinção conceitual entre direitos humanos e direitos fundamentais, entendendo os primeiros como aqueles direitos imanentes, inerentes a

³⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. Ed. Método. 2014, p. 22 e 23.

todos os seres humanos efetivamente positivados e reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos na esfera estatal e internacional. Todos os direitos fundamentais são direitos humanos, mas nem todos os direitos humanos se tonam fundamentais [...] queremos crer que a expressão “direitos fundamentais” é que tem um sentido mais restrito, já que se refere, no nosso entender, apenas aos direitos humanos positivados, enquanto que a locução “direitos humanos” é mais abrangente, abarcando todo e qualquer direito inerente à pessoa humana, positivado ou não. [...] ³⁸

Como já exposto, o desenvolvimento nesse trabalho é focado no desenvolvimento de Amartya Sen, que traz o desenvolvimento como um eliminador das “privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente”³⁹, somado ao desenvolvimento preceituado na Assembleia Geral das Nações Unidas.

Assim, não há como não se remeter, segundo as ideias de Sen, aos Direitos Fundamentais e suas características.

No entanto, chegando a esse ponto, não se pode olvidar do Desenvolvimento Constitucional trazido por Canotilho em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, que conceitua esse como o conjunto de formas de evolução da compreensão da constituição – e é nessa evolução que deve se ater na elevação do Direito ao Desenvolvimento como Direito Fundamental –, trazendo, por exemplo, uma nova interpretação dos direitos fundamentais, sendo essa nova interpretação um reforço à identidade da constituição mediante a capacidade de prestação perante à sociedade e aos indivíduos.⁴⁰

Há que se observar, também, que Sarlet já aponta para essa sistemática. Na obra “*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*”, ele defende que há direitos que, por seu conteúdo e sua densidade material e importância, pertencem ao corpo da Constituição de um Estado, mesmo esses direitos não estando no rol de direitos fundamentais.⁴¹ E ainda traz, para reforçar o seu argumento, um exemplo de um julgado do Supremo Tribunal Federal:

[...] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7, publicada no Diário de Justiça da União em 18 de março de 1994 e relatada pelo eminente Ministro Sydney Sanches, na qual se discutiu a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3-93 e da Lei Complementar nº 77-93, no que diz com a criação do IMPF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira). Nesta demanda, além de outros relevantes aspectos, reconheceu-se expressivamente que o princípio da anterioridade, consagrado no art. 150, inc. III, alínea *b*, da CF constitui, por força do art. 5º, §2º, da

³⁸ GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006. Pag. 48 e 49.

³⁹ SEN, Amartya. **DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE**. Trad. Laura Teixeira Mota. 3ª Ed. Revisão Técnica: Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Pag. 10.

⁴⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed., 6 reimp. (Manuais Universitários). Biblioteca Nacional de Portugal. Pag. 1073 e 1074.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl.- Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009. Pag. 78 e 79.

Lei Maior, autêntico direito e garantia fundamental do cidadão-contribuinte, consagrando, assim, o princípio da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais da nossa Constituição.⁴²

E, para ratificar mais ainda, Sarlet defende que o termo do §2º do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é aberto, qual seja:

“Art. 5º - § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

E continua advogando que o termo, aqui em negrito, não obedece qualquer limitação interpretativa; já partindo para o art. 6º do mesmo texto legal, que termina com a expressão “na forma desta Constituição”, Sarlet considera que a vagueza do termo abre a possibilidade de os direitos sociais abraçarem, também, outros direitos no texto constitucional não elencados expressamente no art. 6º.⁴³

Dessa forma, abre-se a seguinte questão: “Por que, então, não seria considerado uma norma de direito fundamental o objetivo da República do desenvolvimento nacional?”

Para elucidar a importância desse direito, faz-se necessário, primeiramente, discorrer acerca dos direitos e das garantias fundamentais e elencar as características gerais desses, para, de tal forma, elevar o Direito ao Desenvolvimento e sua importância à categoria de Direitos Fundamentais.

Segundo leciona Bruno Galindo:

A idéia de direitos fundamentais está associada a prerrogativas de todos os cidadãos, enquanto que a idéia de garantias fundamentais está ligada à questão dos meios utilizáveis para fazer valer aqueles direitos, ou seja, salienta-se o caráter material dos direitos fundamentais e o caráter instrumental das garantias fundamentais.⁴⁴

Assim, pode-se extrair o entendimento de que os direitos são a representação daquilo que é conferido e prescrito legalmente e que possui um conteúdo protetivo do Estado para com o cidadão, tendo como objeto uma matéria normativa, e, em casos de direitos de primeira dimensão, delimitando a força daquele para com esse ou, em caso de direitos sociais de segunda geração, estabelecendo uma prestação positiva do Poder Público frente à coletividade.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl.- Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009. Pag. 80.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl.- Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009. Pag. 82.

⁴⁴ GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006. Pag. 50.

Dando continuidade, faz-se necessário abordar as características dos Direitos Fundamentais. Ainda é um ponto amplamente discutido pela doutrina constitucionalista, onde há consenso entre vários autores sobre o assunto, todavia não exclui a existência de algumas polêmicas.

No entanto, há que se observar os pontos pacíficos da doutrina acerca das características gerais dos direitos fundamentais para o objetivo do presente trabalho, quais sejam, o caráter: *a) universal*, que consiste na premissa de que todos os indivíduos são os sujeitos ativos dessa categoria de direitos, onde tem como origem a liberdade e a dignidade da pessoa humana (há que se observar que essa característica não exclui os indivíduos detentores desse direito, não discriminando-os acerca de sua raça, religião, etnia, convicção política etc., como preceitua o *caput* do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988); *b) indivisível*, que versa sobre a impossibilidade de análise dessa categoria de direitos de forma isolada, formando, pois, um único conjunto de direitos, onde a violabilidade de um deles seria uma afronta a todos simultaneamente; *c) interdependente*, que é decorrente da indivisibilidade, dispondo sobre a vinculação de toda essa casta de direitos, sendo impossível vê-los isoladamente, mas sim como um todo; *d) inalienável*, que é a característica que versa sobre a impossibilidade de transferência e alienabilidade desses direitos, sendo, pois, intransferíveis, inegociáveis e indisponíveis, visto que não possuem conteúdo de cunho patrimonial, entretanto não se pode olvidar que essa qualidade dos direitos fundamentais é decorrente da dignidade da pessoa humana; *e) irrenunciável*, pois, sendo fundada na fundamentabilidade material dessa categoria de direitos e decorrentes da dignidade da pessoa humana, os titulares desses direitos não dispõem de autonomia para fazer desses o que bem entender, sendo indisponível a renunciabilidade (todavia o Supremo Tribunal Federal admite a renúncia temporária de alguns aspectos desses direitos, como por exemplo os direitos da intimidade e da privacidade, tendo o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade o pilar para a ponderação da renúncia temporária desses direitos), o que não ocorreria com o caso do direito ao desenvolvimento; *f) inviolável*, que versa sobre a impossibilidade de matéria infraconstitucional ir contra os direitos fundamentais, protegendo, inclusive, os titulares desses direitos dos atos das autoridades públicas, sob pena de nulidade e responsabilidade administrativa, cível e penal dos agentes causadores desses eventuais abusos; *g) efetivo*, que versa sobre a obrigação do Estado de promover a eficácia, ou seja, a capacidade de produzir efeitos, desse rol de direitos; *h) imprescritível*, ou seja, não se perde ou se limita com o tempo, vez que são podem ser deixados de ser observados, estando, pois, constantemente em pleno

exercício; *i) interrelacional*, característica essa que dispõe sobre a assegurabilidade universal desses direitos, transcendendo as barreiras regionais e nacionais, entrando no âmbito internacional; *j) histórico*, que dispõe sobre a evolução dessa categoria de direitos, sendo eles, pois, o resultado de um processo histórico, muitas vezes sangrento, e que transcende os séculos, levando em consideração a cultura e todos os aspectos relevantes, como revoluções, por exemplo, até chegar à concepção atual sobre os direitos fundamentais; *k) limitabilidade ou relatividade*, que dispõe sobre a afirmativa que nenhum direito fundamental poderá ou deverá ser absoluto, sendo todo e qualquer direito fundamental interpretado segundo todas as circunstâncias fáticas e jurídicos existentes, caso a caso, obedecendo os limites, todavia, esses limites consistem exatamente na observância dos outros direitos fundamentais; entre outras características.⁴⁵

Por todo o exposto, observa-se a vastidão teórica sobre o assunto das características dos direitos fundamentais. Não se obsta pensar que na Teoria do Desenvolvimento como Liberdade, já explanada e trazida por Amartya Sen, que para a concretude das liberdades trazidas pelo autor, se faz necessário o desenvolvimento de várias áreas, sobretudo aquelas que darão as condições de igualdade dos cidadãos.

Todavia, como dar essas condições de igualdade à população se não trazendo à tona as características dos direitos fundamentais? Ou, melhor dizendo, como assegurar o desenvolvimento – e os seus fins, quais sejam, as liberdades de Amartya Sen – se não dando concretude ao direito fundamental ao desenvolvimento?

Observa-se, pois, que o Direito ao Desenvolvimento, objeto desse trabalho, possui todas as características gerais dos Direitos Fundamentais, merecendo, pois, além de ser elevado ao rol de direitos fundamentais, ser também uma garantia constitucional, como exposto acima, visto que o desenvolvimento é, também, um meio para se chegar a um fim, qual seja, a eficácia de outros direitos.

2.6 – O Desenvolvimento de Amartya Sen e Sua Relação Com os Direitos Fundamentais Sociais

⁴⁵ JÚNIOR, José Eliaci Nogueira Diógenes. **Aspectos Gerais das Características dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749. Acesso em 26 de maio de 2016.

Não se pode olvidar, todavia, que se faz necessário estabelecer uma relação do art. 3º, inciso II, da Constituição de 1988, que fala sobre a Garantia do Desenvolvimento Nacional, com o rol do art. 6º do mesmo diploma legal, que versa sobre os direitos sociais.

Nesse sentido, elencar que a amplificação das liberdades de Amartya Sen, objetas desse trabalho no que tange o desenvolvimento, são os (1) fins primordiais e o (2) principal meio para o desenvolvimento, no sentido de que o autor coloca o primeiro como o “papel constitutivo” e o segundo o “papel instrumental” da liberdade no desenvolvimento, onde o primeiro está relacionado ao enriquecimento da vida humana, mais como a finalidade/objetivo da forma instrumental, ou seja, aquilo que o “papel instrumental” deve alcançar – por exemplo, condições de evitar privações como a fome, morbidez, a analfabetização e a participação política⁴⁶ – e o segundo versa sobre a instrumentalidade de como os diferentes tipos de direitos, oportunidades e intitamentos contribuem para o aumento da liberdade⁴⁷ e, por consequência, o desenvolvimento.

No que tange ao papel instrumental, fala Sen:

[...] Grande é a diversidade dos instrumentos envolvidos. Mas talvez seja conveniente identificar cinco tipos distintos de liberdade que particularmente merecem ênfase nessa perspectiva instrumental. Não é, de modo algum, uma lista completa, mas pode ajudar a salientar algumas questões de políticas específicas que requerem uma atenção especial nesta ocasião.

Considerarei em particular os seguintes tipos de liberdades instrumentais: (1) *liberdades políticas*, (2) *facilidades econômicas*, (3) *oportunidades sociais*, (4) *garantias de transparência* e (5) *segurança protetora*. Essas liberdades instrumentais tendem a contribuir para a capacidade geral de a pessoa viver mais livremente, mas também têm o efeito de complementar umas às outras. Embora a análise do desenvolvimento deva, por um lado, ocupar-se dos objetivos e anseios que tornam essas liberdades instrumentais consequencialmente importantes, deve ainda levar em conta os encadeamentos empíricos que *vinculam* os tipos distintos de liberdade um ao outro, reforçando sua importância conjunta. De fato, essas relações são essenciais para uma compreensão mais plena do papel instrumental da liberdade. O argumento de que a liberdade não é apenas o objetivo primordial do desenvolvimento, mas também seu principal meio, relaciona-se particularmente a esses encadeamentos.⁴⁸

Sobre as *liberdades políticas*, tem-se elas como os direitos civis e as oportunidades que os cidadãos possuem para escolher quem os governa e com quais princípios deve fazê-lo, além da possibilidade de fiscalização e crítica, liberdades de expressão política, liberdade de escolha entre partidos, direito ao voto etc., sendo, pois, os direitos relacionados à democracia, de uma forma geral; as *facilidades econômicas* seriam a possibilidade de fazer uso dos

⁴⁶ SEN, Amartya. **DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE**. Trad. Laura Teixeira Mota. 3ª Ed. Revisão Técnica: Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Pag. 55.

⁴⁷ SEN, Amartya. **DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE**. Trad. Laura Teixeira Mota. 3ª Ed. Revisão Técnica: Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Pag. 57.

⁴⁸ SEN, Amartya. **DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE**. Trad. Laura Teixeira Mota. 3ª Ed. Revisão Técnica: Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Pag. 58.

recursos econômicos para consumo, produção ou troca, bem como todo o complexo aparato financeiro que se depreende disso, como os recursos disponíveis, as condições de troca e o funcionamento dos mercados; as *oportunidades sociais* dizem respeito aos estabelecimentos da sociedade no que tange as áreas de educação, saúde, transporte e tudo o que influencia a liberdade individual do cidadão de viver melhor; as *garantias de transparência* são referentes à necessidade de sinceridade que se pode esperar uns com os outros, funcionando como um inibidor de corrupção, da irresponsabilidade financeira e transações ilícitas, graças ao direito de revelação; e, por último, a *segurança protetora* é segurança social que impede que a população que seja acometida com um determinado mau, seja reduzida à miséria e, em casos extremos, à fome e morte, onde, para sua assecuração, há a inclusão de disposições que asseguram os cidadãos, sobretudo os mais vulneráveis, como o benefício aos desempregados e programas de renda suplementar, distribuição de alimentos etc., bem como outras formas de gerar renda para os necessitados.⁴⁹

E é exatamente nesse ponto onde o desenvolvimento de Amartya Sen toca os direitos sociais! Eis o texto do art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, *ipsis literis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Observe-se que as *Oportunidades Sociais* e a *Segurança Protetora* se fizeram presentes no texto constitucional, onde há a disposição da educação, da saúde, do atendimento aos necessitados, da infraestrutura (que pode ser estendida ao transporte, segurança e lazer), na proteção aos desamparados, ao trabalho para os que necessitam dele etc., tangendo no exato ponto onde o Desenvolvimento como Liberdade, de Amartya Sen, toca os Direitos Sociais da Constituição de 1988.

E Sen ainda completa:

Essas liberdades instrumentais aumentam diretamente as capacidades das pessoas, mas também suplementam-se mutuamente e podem, além disso, reforçar umas às outras. É muito importante apreender essas interligações ao deliberar sobre políticas de desenvolvimento.

O fato de que o direito às transações econômicas tende a ser um grande motor do crescimento econômico tem sido amplamente aceito. Mas muitas outras relações permanecem pouco reconhecidas, e precisam ser mais plenamente compreendidas na análise das políticas. O crescimento econômico pode ajudar não só elevando rendas privadas, mas também possibilitando ao Estado financiar a seguridade social e a intervenção governamental ativa. Portanto, a contribuição do crescimento econômico tem de ser julgada não apenas pelo aumento de rendas privadas, mas

⁴⁹ SEN, Amartya. **DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE**. Trad. Laura Teixeira Mota. 3ª Ed. Revisão Técnica: Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Pag. 58, 59 e 60.

também pela expansão de serviços sociais (incluindo, em muitos casos, redes de segurança social) que o crescimento econômico pode possibilitar. Analogicamente, a criação de oportunidades sociais por meio de serviços como educação pública, serviços de saúde, e desenvolvimento de uma imprensa livre e ativa pode contribuir para o desenvolvimento econômico e para uma redução significativa das taxas de mortalidade. A redução das taxas de mortalidade, por sua vez, pode ajudar a reduzir as taxas de natalidade, reforçando a influência da educação básica – em especial a alfabetização e escolaridade das mulheres – sobre o comportamento das taxas de fecundidade.⁵⁰

Não adentrando no mérito da breve “aula” de política pública que o autor traz, na citação acima, observa-se, pois, que o entendimento do desenvolvimento das liberdades de Amartya Sen, mais uma vez, pode ser entendido de forma conjunta junto ao texto constitucional sobre os Direitos Sociais, de forma que o autor, além de citar exatamente os mesmos direitos que a Carta Magna cita, ainda nos fornece subsídios de aplicação desses direitos.

Além disso, Sen ainda nos faz entender que as aplicações conjuntas das liberdades podem (e vão) desenvolver-se em conjunto, de forma que não se pode separar a aplicabilidade de um direito ou outro, visto que os mesmos, em conjunto, podem trazer uma eficácia de direitos e sua concretização de forma muito mais eficiente, onde um corrobora com o outro.

Segundo leciona José Afonso da Silva, os Direitos Sociais são

[...] são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.⁵¹

Há que se notar que em sua definição de Direitos Sociais, o aclamado autor também faz referência à ideia de liberdade, o que nos remota ao já demonstrado sobre o desenvolvimento, consubstanciando uma relação direta do pensamento econômico de Amartya Sen no que tange às liberdades, sobretudo as do “papel instrumental”, mais especificamente as *oportunidades sociais* e a *segurança protetora*, ambas elencadas no “papel instrumental” da liberdade no desenvolvimento.

Portanto, observe que há uma relação direta das ideias de Amartya Sen de Desenvolvimento das liberdades para fim de concretização de direitos, nesse ponto, os sociais

⁵⁰ SEN, Amartya. **DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE**. Trad. Laura Teixeira Mota. 3ª Ed. Revisão Técnica: Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Pag. 61.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª Ed. Malheiros Editores. 2011. Pag. 286 e 287.

da Constituição Federal de 1988, e que a aplicação desses acarretarão no aumento, aplicação e evolução desses direitos sociais, dado a relação intrínseca desses para com esses mesmos, corroborando para uma dinamização complexa de aumento e aplicação, onde um direito não exclui o outro, mas sim, suplementam-se e reforçam-se.

CAPÍTULO 3. O Poder Judiciário e a Efetivação do Desenvolvimento Nacional

Partindo da premissa lecionada por Bruno Galindo, que “ O poder judiciário faz uso das garantias fundamentais (meios, métodos assecuratórios) para assegurar os fins (direitos fundamentais)⁵², observa-se a já abordada tese de que o Desenvolvimento é um Direito Fundamental.

Todavia, colocar o Direito ao Desenvolvimento como um direito fundamental frente a tantos direitos ainda não efetivados é apenas o primeiro passo para tornar eficaz o bem-estar social, o bem comum, ou mesmo o status das liberdades de Amartya Sen.

Isso ocorre, sobretudo, porque para se alcançar o pleno desenvolvimento como liberdade, primeiramente se faz necessário que “se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. [...]”⁵³

Dessa premissa, não é difícil concluir que, ainda segundo Sen, a ausência dessas liberdades podem ou estão diretamente relacionadas com a fome, na medida em que a pobreza rouba do indivíduo a liberdade de saciar a si ou sua família; de ter uma alimentação digna e saudável; de ter acesso a remédios e insumos; de obter roupas ou moradia apropriadas para as devidas necessidades; ou mesmo ter acesso à água tratada ou saneamento básico.⁵⁴

Assim, dado a natureza das liberdades que devem ser objetivadas pelo desenvolvimento, é impossível essas não se relacionarem com os Direitos Sociais, prescritos no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Dessa forma, observa-se que tanto nas ideias de Sen quanto no texto da Constituição são observados os direitos fundamentais em caráter social, como educação, saúde, alimentação, lazer etc.

⁵² GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006. Pag. 50.

⁵³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**; tradução: Laura Teixeira Motta; revisão técnica: Ricardo Donielli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Pag. 16 e 17.

⁵⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**; tradução: Laura Teixeira Motta; revisão técnica: Ricardo Donielli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Pag. 17.

Por sua vez, para conceituar os Direitos Sociais, José Afonso da Silva discorre, ao nos trazer a seguinte lição:

Assim, podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.⁵⁵

Em outras palavras, o autor traz que as comissões, ou ações, do Estado para efetivar e tornar concreto os direitos elencados no art. 6º da Constituição.

Esses direitos, assim como na Teoria do Desenvolvimento como Liberdade, possuem a finalidade de materializar para os cidadãos, titulares desses direitos que conferem igualdade, dando as mesmas condições de vida e de oportunidades que os socialmente mais fracos não possuem frente aos socialmente mais fortes.

Assim, nota-se que nesse ponto as ideias de Sen acerca do desenvolvimento convergem no mesmo ponto do interesse do Legislador Constitucional de 1988, que é justamente oferecer as mesmas condições, para todos os cidadãos, para uso e pleno gozo de seus direitos, trazendo ainda a máxima aristotélica da equidade, qual seja, a ideia de tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade, na medida de suas desigualdades.

Em conformidade com o exposto, pode se concluir, nas palavras de Fernando Gomes de Andrade, que “Os direitos sociais visam promover a igualdade de condições entre os indivíduos para que possam gozar plenamente suas liberdades individuais”.⁵⁶

3.1 – O descaso dos Direitos Sociais frente à falta do Direito ao Desenvolvimento

Todavia, mesmo com os Direitos Sociais previstos desde 1988 na Carta Magna, nota-se que no campo da realidade fática do contexto histórico a qual o Brasil atualmente se localiza, não há uma observância completa acerca dos direitos fundamentais sociais.

Há crise em praticamente todo o tipo de sistema de Direitos Sociais: educação sofre severas crises institucionais, a saúde pública não raro passa por crises cruéis – como o caso do crescimento exponencial da febre chikungunya, vírus Zika e dengue, transmissíveis pelo mosquito *Aedes Aegypti*, que teve seu auge em 2015 e 2016 –; em questão de transporte, tanto

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª Ed. Malheiros Editores. 2011, p. 286.

⁵⁶ ANDRADE, Fernando Gomes. **Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF**; in: **Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos**. SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 285.

as cidades pequenas quanto cidades grandes sofrem drasticamente os efeitos de um trânsito desorganizado, inchado, sem eficácia de um transporte público célere, confortável, confiável e seguro, além da poluição sonora e aérea causada pelo excesso de carros; a inexistência de saneamento básico para grande parte das cidades brasileiras, seja em âmbito urbano ou rural; a assistência aos desamparados e o trabalho estão seriamente ameaçados, graças à crise econômica e financeira atual; esses foram exemplos de apenas alguns, dentre tantos outros problemas, que fugiriam a temática desse trabalho, caso fossem devidamente trabalhados.

No entanto, tendo em vista todos esses problemas de efetivação de direitos sociais graças à inaplicabilidade do Desenvolvimento dessas áreas carentes de evolução, observou-se nos últimos anos um aumento exponencial de ações judiciais querendo esses direitos.

Por exemplo:

“Direito à saúde. Portador de doença grave. Determinação para que o Estado forneça fraldas descartáveis. Possibilidade. Caracterização da necessidade. (...) O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a administração pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde. A Corte de origem consignou ser necessária a aquisição das fraldas descartáveis, em razão da condição de saúde do agravado e da impossibilidade de seu representante legal de fazê-lo às suas expensas.”⁵⁷

Nesse primeiro julgado aqui trazido, o Supremo Tribunal Federal traz à tona a possibilidade de custeio do Estado para com um hipossuficiente que não tem condições de comprar as próprias fraldas para a manutenção de seu direito à saúde e da dignidade da pessoa humana.

"Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo."⁵⁸

Mais uma vez a Suprema Corte estabelece que o Poder Público não pode se eximir de promover e concretizar os Direitos Sociais, sendo esse um dever solidário da União, dos Estados e dos Municípios.

Nesse sentido:

SAÚDE PÚBLICA – Fornecimento de medicamentos – Chamamento da União ao processo – Inadmissibilidade – Responsabilidade solidária que torna possível a

⁵⁷ **RE 668.722-AgR**, rel. min. **Dias Toffoli**, julgamento em 27-8-2013, Primeira Turma, *DJE* de 25-10-2013. **Vide: RE 271.286-AgR**, rel. min. **Celso de Mello**, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, *DJ* de 24-11-2000.

⁵⁸ **AI 550.530-AgR**, rel. min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, *DJE* de 16-8-2012.

exigência de qualquer dos entes federativos – Medida, ademais, que revela-se meramente protelatória ante a inexistência de utilidade processual.

Ementa Oficial:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional e processual civil. Direito à saúde (art. 196, CF/1988). Fornecimento de medicamentos. Solidariedade passiva entre os entes federativos. Chamamento ao processo. Deslocamento do feito para justiça federal. Medida protelatória. Impossibilidade.

1. O art. 196 da CF/1988 impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos.

2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1.º, da CF/1988).

3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.

4. *In casu*, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida.

5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido.⁵⁹

O STF, nesse sentido, além de obrigar o fornecimento dos medicamentos àqueles que são hipossuficientes, traz à tona também a impossibilidade de acionamento das medidas legalmente cabíveis para assegurar o contraditório, ampla defesa (preceituados no inciso LV da Constituição Federal) no Poder Judiciário e em todas as outras esferas administrativas, além, claro, de corromper o Direito do Duplo Grau de Jurisdição.

Além da característica de executoriedade e exequibilidade dos Direitos Fundamentais, incluindo os sociais nesse rol, o parágrafo primeiro do art. 5º da Constituição Federal de 1988 estabelece que todas as normas que definem direitos fundamentais terão sua aplicabilidade imediata, ou seja, por mais que o Poder Público seja moroso no que tange à concretude de Direitos, a Carta Magna estabelece o caráter de urgência de aplicação dos Direitos Fundamentais.

Neste diapasão, o Poder Judiciário acaba por atuar controlando a forma de atuação dos demais poderes públicos e suas respectivas funções, contribuindo, com eficácia, para a consecução da materialização dos direitos sociais⁶⁰, conferindo esses direitos em caráter

⁵⁹ STF - AgRg 607.381 - j. 31/5/2011 - julgado por Luiz Fux - Área do Direito: Constitucional; Processual

⁶⁰ ANDRADE, Fernando Gomes. **Direitos sociais e sua Concretização Judicial: limites e possibilidades**. Recife: Nossa Livraria, 2008, p. 126.

individual, se asseverando, mais uma vez para ratificar a obrigatoriedade do Estado em materializar Direitos Fundamentais.

Todavia, pelo exposto nos julgados expostos até então, observou-se que as vítimas das omissões do Estado em concretizar seus direitos tiveram que provocar o Poder Judiciário para conseguir efetivá-los.

Assim, pelo Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, esse tem o poder-dever de aplicar e tornar eficaz os direitos fundamentais no caso concreto e de forma imediata, assegurando plena eficácia de direitos, segundo se pode extrair do texto do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

E completa Andrade:

[...] na esteira da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais prestacionais – já devidamente fundamentada – que o reconhecimento da existência de direitos subjetivos a prestações é condição indispensável para uma existência digna da pessoa humana, portanto, plenamente sindicável quando existirem óbices de natureza comissiva ou omissiva pelo poder público à sua concretização.⁶¹

E continua:

Defendemos que na decidibilidade acerca dos direitos fundamentais sociais prestacionais e sua conseqüente concretização pelo controle judicial, o órgão judicante deverá utilizar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, realizando a ponderação de bens, haja vista o caráter principiológico de tais direitos, portanto não sujeitos ao tudo ou nada.⁶²

Dessa forma, observa-se que o citado autor concorda com a atividade jurisdicional para concretude de direitos, sendo observados outros princípios constitucionais para a eficácia dos direitos, além da ponderação a respeito dos bens jurídicos em questão, a depender do caso, como fora observado nos julgados trazidos acima.

Todavia, observe que, até o momento, apenas houve uma breve análise de casos relativos ao direito social da saúde.

Eis, portanto, esse julgado, que versa sobre o Direito à Educação e Transporte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ECA. DIREITO À EDUCAÇÃO. TRANSPORTE ESCOLAR GRATUIRO. Incumbe ao Poder Público assegurar o

⁶¹ ANDRADE, Fernando Gomes. **Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF**; in: **Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos**. SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 300.

⁶² ANDRADE, Fernando Gomes. **Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF**; in: **Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos**. SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 300 e 301.

acesso à educação à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, proporcionando meios que materializem o direito constitucionalmente assegurado. Consoante disposição expressa na Constituição Federal, em seu art. 216, §3º, o Estado fornecerá transporte escolar como forma de garantir o acesso dos alunos à escola. Não celebrando convênio com o município em questão, incumbe ao Estado o fornecimento do transporte escolar aos alunos menores de 18 anos, matriculados na rede estadual de ensino, no período noturno, e que residem a mais de 3km da escola. Apelação desprovida.⁶³

Observa-se, pois, que o Poder Judiciário vem se posicionado também de forma diligente acerca do direito à educação prescrito na Constituição Federal de 1988, todavia nem sempre se pondo a conferir esse direito em caráter social ou coletivo, ao contrário do que se observou no exemplo acima.

Indo mais além do até então exposto, o Poder Judiciário vislumbra também a segurança dos alunos, dos professores e colaboradores que são os sujeitos do direito à educação, como se observa abaixo:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRETENDIDA REFORMA DE ESCOLA DA REDE ESTADUAL DE ENSINO. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. LIMINAR INDEFERIDA. NECESSIDADE DE AJUSTE DA INTERLOCUTÓRIA. PRESENTES OS PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DA MEDIDA. **GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO COM QUALIDADE E SEGURANÇA. EDIFICAÇÃO CUJAS CONDIÇÕES NÃO ASSEGURAM A INTEGRIDADE FÍSICA DOS ESTUDANTES, PROFESSORES E DEMAIS COLABORADORES. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO/INQUÉRITO CIVIL EM PERÍODO ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. FATO QUE NÃO AFASTA A URGÊNCIA DA MEDIDA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA A REALIZAÇÃO DA REFORMA, BEM COMO DETERMINAÇÃO DE MANUTENÇÃO DAS AULAS. MULTA DIÁRIA. RECURSO PROVIDO.**⁶⁴

Não adentrando no mérito da questão sobre se essa decisão foi *cintra*, *ultra* ou *extra petita*, não é difícil concluir, segundo a ementa, a preocupação do Judiciário acerca dos hipossuficientes, que no caso em questão, se materializa com a preocupação da segurança dos alunos tutelados.

3.2 - A questão do Ativismo Judicial

Pelo demonstrado, faz-se necessário uma reflexão acerca dessa posição ativa – ou ativismo – do Poder Judiciário quanto às demandas que chegam a ele.

Assim, inicialmente:

⁶³ APELAÇÃO CÍVEL N. 70032374787/TJ-RS. Rel. **Des. André Villarinho**, julgamento em 28 -10-2009.

⁶⁴ TJ-SC - AG: 20140007911 SC 2014.000791-1 (Acórdão), Relator: Ricardo Roesler, Data de Julgamento: 30/07/2014, Quarta Câmara de Direito Público Julgado.

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).⁶⁵

Desta feita, pode-se extrair, antes de tudo, o entendimento de que esse ativismo judicial é um fenômeno social existente no plano fático e que ele independe de qualquer juízo de valor que se possa fazer a respeito, ou mesmo da conformação ou não da aplicabilidade do direito que está em vigência, ou seja, é um fenômeno social e jurídico.⁶⁶ Jurídico-social, dado à ineficácia – (in)capacidade de produzir efeitos no campo da realidade fática – de direitos constitucionalmente prescritos, aos quais a sociedade só vê como único e eficaz provedor desses direitos – os sociais – o Poder Judiciário.

Nesse sentido, Fernando Gomes de Andrade também traz a reflexão de que, dado o não gozo, na prática, da plena efetividade dos direitos sociais nos ordenamentos constitucionais, o Poder Judiciário atua, ainda que timidamente, na efetivação desses direitos, justamente por ser uma contraposição e, simultaneamente, um escudo ou um socorro da sociedade contra os “caprichos da vontade” da Administração Pública.⁶⁷

Entretanto, há discordâncias doutrinárias acerca da possibilidade da judicialização dos direitos sociais, ou seja, a legitimidade da prerrogativa processual de pleitear em juízo um direito de caráter social.

Adentrando nesse tema, fala Marcos José Pinto:

No campo processual, ocorre ativismo quando se caracteriza a atividade do Juiz, dando-se ênfase à liberdade e aos poderes de atuação do magistrado no Processo, como exemplo, na determinação de uma perícia por iniciativa do magistrado.

Acerca das origens do ativismo judicial no Brasil, no que tange à “judicialização da política”, caracterizada pelo exercício por parte do Judiciário das funções típicas dos outros Poderes Estatais, encontramos suas raízes na própria Constituição Federal de 1988.⁶⁸

Seguindo o raciocínio exposto, pode-se chegar à conclusão de que o ativismo do Poder Judiciário, sobretudo em materializar os direitos sociais, são decorrentes da falência dos

⁶⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. – 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pag. 131.

⁶⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. – 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pag. 31 e 32.

⁶⁷ ANDRADE, Fernando Gomes. **Direitos sociais e sua Concretização Judicial: limites e possibilidades**. Recife: Nossa Livraria, 2008, p. 128.

⁶⁸ PINTO, Marcos José. **Ativismo judicial no Brasil: visão crítica**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3674, 23 jul. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24991/uma-visao-critica-sobre-o-ativismo-judicial-no-brasil>>. Acesso em: 30 maio 2016.

outros Poderes da República em satisfazer os direitos que a população clama por serem efetivados.

Todavia, há uma parcela da doutrina que critica essa atuação do Poder Judiciário em adentrar nas esferas administrativas e legislativas, atribuindo a esse fenômeno à usurpação de competências constitucionalmente prescritas e legitimidade, como exposto abaixo:

Quando se alude à ultrapassagem dos marcos normativos materiais da função jurisdicional não significa isso, por certo, que decisões ativistas, necessariamente, ampliem, de modo juridicamente inaceitável, o campo de incidência projetado por um enunciado normativo. Os limites substanciais a serem observados pelo Poder Judiciário no exercício de sua função típica são os referentes à atividade de interpretação e aplicação que constitui o seu cerne, a qual sempre considera o conjunto do ordenamento, seja para fixar o sentido das disposições que o integram, seja para estabelecer a adequada relação entre elas. A norma de decisão concretizada pelo juiz poderá desbordar do direito aplicado de múltiplas formas, como, por exemplo, deixando de reconhecer a revogação ou a invalidade de dispositivo legal ou ampliando, reduzindo ou alterando o espaço de interpretação que ele comporta. No caso de textos normativos veiculadores de conceitos indeterminados, a incursão do Poder Judiciário na zona de significação dúbia, conquanto não se possa afirmar desbordante do dispositivo de base, pode importar em obstaculização do exercício de discricionariedade legislativa ou administrativa assentada no princípio da separação dos Poderes, princípio esse que resultaria, afinal, violado.⁶⁹

E continua:

A singularidade do ativismo judiciário em matéria constitucional está, pois, diretamente relacionada às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior, que, dentre outras, compreendem: a supremacia hierárquica das normas constitucionais sobre todas as demais do ordenamento, revogando-as ou invalidando-as em caso de conflito; o caráter nomogenético de boa parte dos preceitos constitucionais, concretizados na estrutura lógica de normas-princípio, o que amplia sua incidência a outros quadrantes do ordenamento, porém, torna menos intensa sua capacidade regulatória direta; a fluidez e a decorrente imprecisão semântica (vagueza e ambiguidade) da linguagem constitucional, frequentemente referida a conceitos indeterminados de cunho valorativo; a fundamentalidade da maior parte das normas formalmente constitucionais, que dizem respeito a aspectos básicos da organização estatal e de seu relacionamento com a sociedade civil; a posição de supremacia funcional dos órgãos judiciários com atuação mais decisiva no tocante à interpretação-aplicação da Constituição, quer por lhes incumbir, a título exclusivo, o controle de constitucionalidade de atos e omissões legislativas (sistema europeu), quer por se tratar do órgão de cúpula do Poder Judiciário e que, nessa condição, tem a palavra final sobre questões constitucionais (sistema estadunidense).⁷⁰

E acrescenta:

[...] o ativismo pode se dar em sede de fiscalização de atos legislativos ou administrativo-normativos, mas também, no âmbito do controle de atos administrativos de natureza concreta, de atos jurisdicionais atribuídos a outro Poder ou de atos relativos ao exercício da função de chefia de Estado”.⁷¹

⁶⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. – 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pag. 142.

⁷⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. – 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pag. 142 e 143.

⁷¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. – 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pag. 143.

Não adentrando no mérito quanto aos sistemas europeus e estadunidense, o autor elenca como principais críticas ao ativismo a violação ao Princípio da Separação dos Poderes e a usurpação do Poder Judiciário de funções que lhe são típicas dos Poderes Executivo e Legislativo, dentre outras características.

Contudo, tendo em vista a morosidade do Poder Executivo em efetivar as normas constitucionais de caráter social e do Poder Legislativo em fiscalizar e editar leis que tragam um condão de eficácia desses direitos, o único Poder que vêm satisfazendo as necessidades do povo é o Poder Judiciário e, por sua vez, por força da própria Constituição, esse não se pode fazer omissos frente à sua provocação, dado o texto do art. 5º, inciso XXXV, que versa sobre a Inafastabilidade de Jurisdição do Poder Judiciário.

Neste diapasão, Fernando Andrade reflete:

Na história, verificamos que a Constituição brasileira de 1934 estabelecia em seu art. 68: ‘É vedado ao Poder Judiciário conhecer questões exclusivamente políticas’, a discussão contemporânea envolve questões e nuances que torna essa redação completamente ultrapassada.

Como vemos, se por ventura seguissemos cegamente o ensinamento desse texto, estaríamos tolhendo o Judiciário de seu próprio mister e originária função, especialmente no que tange os direitos fundamentais sociais prestacionais, pois sua efetivação depende sobremaneira do posicionamento econômico-financeiro do Estado, e é justamente para frear essa discricionariedade – neste ponto inconstitucional – no sentido de investir ou não em tais direitos encontra-se o Judiciário, assumindo seu papel de guarda legal e constitucional, para conter os abusos decorrentes da livre margem de arbitrariedade travestida sobre as roupagens denominadas conveniência e oportunidade. O que é realmente conveniente e oportuno? E mais ainda, oportuno e conveniente para quem? Temos que fazer essas perguntas na atual conjuntura neoliberal e furtar o órgão judicante dessa verificação seria o mesmo que regressar à época do absolutismo com uma única diferença, ao invés de rei, teríamos o presidente, concentrando em suas mãos todo o poder com o nome de Executivo.⁷²

Desta feita, observa-se, pois, que o autor simpatiza com o movimento ativista do Judiciário em ser um fornecedor dos Direitos Sociais, criticando ainda a forma de como a arbitrariedade, denominada conveniência e oportunidade se dão nos outros poderes.

Portanto, dado que o objetivo do presente trabalho é justamente a questão do Direito ao Desenvolvimento, defendendo a tese de que esse é um Direito Fundamental, há uma sinalização positiva acerca do posicionamento ativista do Poder Judiciário no que tange à efetivação de Direitos, visto que se a população for depender da conveniência e oportunidades

⁷² ANDRADE, Fernando Gomes. **Direitos sociais e sua Concretização Judicial: limites e possibilidades**. Recife: Nossa Livraria, 2008, p. 136.

da Administração Pública, ficará à mercê da sorte, estando, pois desamparada, como, de fato, está.

Ademais, observando o art. 1º da Constituição Federal, que fala sobre os fundamentos da República Federativa do Brasil, juntamente com o art. 2º, que dispõe sobre os Poderes da União e sua independência e harmonia, e com o art. 3º, que fala sobre os objetivos da República, pode-se observar que tanto o Poder Executivo, Legislativo e o Judiciário, são competentes, legitimados e absolutos em lutar pelos os objetivos da República como um todo, não excluindo, dessa forma, o inciso II, do art. 3º, que é o objeto do presente trabalho, que é exatamente a garantia do desenvolvimento nacional.

Além de que, se formos adotar como base a própria conceituação de Direito, observa-se, pois, que o Poder Judiciário está legitimado para ser ativista do ponto de vista de garantidor e efetivador dos Direitos Sociais, vistos que esses, como já expostos, são prestações positivas do Estado para com seus cidadãos.⁷³

Nesse sentido, fala o aclamado Miguel Reale, sobre sua brilhante teoria tridimensional do Direito:

- a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;
- b) tais elementos ou fatores (*fato, valor e norma*) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta;
- c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo [...] de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram.⁷⁴

E ainda analisa a estrutura de uma norma jurídica qualquer, onde traz, a critério exemplificativo, um fato, uma prestação e uma sanção, onde se há um fato, esse deve ser prestacionado, todavia se não o for, deverá ser passível de sanção.⁷⁵

Então, fazendo um paralelo com os Direitos Sociais, onde os titulares são os cidadãos, esse é o fato; entretanto, esses Direitos não são prestacionados pelo Estado, logo, o prestador desses Direitos deve ser sancionado a cumpri-los. E é exatamente nesse ponto que a Teoria da Tridimensionalidade do Direito, de Miguel Reale, legitima o ativismo judicial para a prestação dos Direitos prescritos no art. 6º da Constituição Federal.

⁷³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª Ed. Malheiros Editores. 2011. Pag. 286 e 287.

⁷⁴ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2002. 11ª tiragem, 2012. Pag. 65.

⁷⁵ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2002. 11ª tiragem, 2012. Pag. 65.

E, para reforçar, conclui Reale: “Desse modo, *fatos, valores e normas* se implicam e se exigem reciprocamente, o que [...], se reflete também no modo em que o jurisperito (advogado, juiz ou administrador) interpreta uma norma ou regra de direito [...] para dar-lhe aplicação.”⁷⁶

Desse modo, em conformidade com o exposto, o fato de atualmente haver ativismo judicial por parte do Poder Judiciário, no sentido de conferir Direitos aos cidadãos – que buscam exatamente o exercício de suas liberdades individuais através dos Direitos Sociais –, está em conformidade com a tridimensionalidade do Direito de Miguel Reale e, ainda, em conformidade com o pensamento do filósofo econômico Amartya Sen.

Esse pensamento defende, sobretudo, o que está no art. 6º da Constituição Federal de 1988, onde a aplicabilidade do desenvolvimento nas áreas de educação, saúde, segurança pública, segurança social, transporte etc., é uma forma de eficácia de todos esses direitos ao mesmo tempo, de forma gradativa e simultânea, onde o desenvolvimento de um ensejará o desenvolvimento de outro.

Nesse sentido, o Poder Judiciário vem sendo ativista em reconhecer a morosidade dos outros Poderes e, dessa forma, conseguindo efetivar, mesmo que majoritariamente em caráter individual, os direitos sociais, sobretudo os direitos relativos à educação, saúde e transporte.

E é neste diapasão positivo que esse trabalho aponta, defendendo o ativismo judicial, visto que a morosidade ou decisão política de omissão dos representantes do povo no Poder Executivo e Legislativo está prejudicando a população, que vêm vendo no Poder Judiciário a única alternativa para a concretização dos direitos previstos no art. 6º da Constituição Federal.

⁷⁶ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2002. 11ª tiragem, 2012. Pag. 66.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista todo o exposto, é comum para boa parte da nação brasileira estar desacreditada daqueles que os representam, graças à ineficácia do desenvolvimento nas áreas em que a população clama por melhorias, quais sejam, as elencadas no art. 6º da Constituição Federal.

Por isso, o sentimento de não-representatividade está quase que constante no âmbito nacional, em todas as classes sociais; a manutenção da atividade econômica está completamente desorganizada e passando por dificuldades, onde quem mais sente são as populações de classes mais necessitadas de atenção da Administração Pública.

Dessa forma, tomando como base a situação de atual insatisfação generalizada da população do Brasil e a não efetivação do Direito ao Desenvolvimento, que seria uma forma, como exposto no fim do segundo capítulo, de efetivar os Direitos Sociais, dado ao caráter de complementaridade desse direito com outros direitos previstos no art. 6º da Carta Magna, como defendido na Teoria do Desenvolvimento como Liberdade, de Amartya Sen, observa-se, pois que há o caráter intrínseco e tácito de fundamentabilidade constitucional do Direito ao Desenvolvimento.

Assim, analisada e superada a tese do Direito ao Desenvolvimento como Direito Fundamental, observou-se que o Poder Judiciário, sensível aos clamores sociais, vem concretizando os Direitos Sociais em caráter individual, pois sentiu a ineficiência dos outros poderes, sobretudo do Executivo, em tonar eficaz o Direito ao Desenvolvimento no que tange os Direitos Sociais, previsto no art. 6º da Constituição Federal.

Neste sentido, eis que o fenômeno do ativismo judicial vem ganhando força, dado à imensa provocação da população ao Poder Judiciário – e esse não pode manter-se afastado, graças à prerrogativa constitucional de inafastabilidade –, sendo esse maior materializador do Objetivo da República e do Direito ao Desenvolvimento dos Direitos Sociais, mesmo que em caráter individual, preceituado no art. 3º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Esse ativismo, todavia, visto como positivo por esse trabalho, é legitimado pela Teoria da Tridimensionalidade do Direito, de Miguel Reale e pela carência da população na

satisfação de direitos (como saúde, educação, segurança e transporte, por exemplo), que é o maior argumento de defesa desse ativismo, pois o povo não pode ficar à mercê da conveniência e oportunidade da Administração.

Portanto, sinaliza-se para uma aplicabilidade da Teoria do Desenvolvimento como Liberdade, de Amartya Sen, no que tange aos Direitos Sociais do art. 6º da Carta Magna, sobretudo pelo Poder Judiciário, visto que é o único Poder que vem satisfazendo o clamor popular, sobretudo dos mais necessitados de atenção do Estado, com o fim de materializar os Direitos que não são observados pelos outros Poderes da República, contribuindo, dessa forma, para a concretude simultânea do Direito Fundamental ao Desenvolvimento, prescrito como objetivo da República no art. 3º da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1998.

- Bibliografia:

ANDRADE, Fernando Gomes. **Direitos sociais e sua Concretização Judicial: limites e possibilidades**. Recife: Nossa Livraria, 2008.

ANDRADE, Fernando Gomes. **Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF; in: Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos**. SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Globo, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos e fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. – São Paulo: Saraiva, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª Ed. Atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Pg. 562.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed., 6 reimp. (Manuais Universitários). Biblioteca Nacional de Portugal.

GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. -6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. Ed. Método. 2014.

MORAES, Alexandre de *APUD* Ementário do STJ, nº10/262 – MS nº 3.351-4 – DF. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2005.

Novo Dicionário da Língua Portuguesa conforme Acordo Ortográfico. São Paulo: Texto Editores, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos.** – 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2002. 11ª tiragem, 2012.

RIBEIRO, João Ubaldo. **Política.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. rev. atual. e ampl.- Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade;** tradução: Laura Teixeira Motta; revisão técnica: Ricardo Donielli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, de Plácido. **Vocabulário Jurídico.** Vol. II D – I. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1989.

SILVA, de Plácido. **Vocabulário Jurídico.** 27ª ed. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35ª Ed. Malheiros Editores. 2011.

- Fontes Eletrônicas

BERTRAMELLO, Rafael. **Métodos Interpretativos à Luz do Direito Constitucional.** Disponível em: <<http://rafaelbertramello.jusbrasil.com.br/artigos/121943102/metodos-interpretativos-a-luz-do-direito-constitucional>>. Acesso em 27 de maio de 2015.

BIANCHI, José Flávio. **O Desenvolvimento na Constituição Federal e sua qualificação como Direito Fundamental.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24249/o->

desenvolvimento-na-constituicao-federal-e-sua-qualificacao-como-direito-fundamental. Acesso em 29 de abril de 2016.

BIANCHI, José Flávio. O Desenvolvimento na Constituição Federal e sua qualificação como Direito Fundamental. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24249/o-desenvolvimento-na-constituicao-federal-e-sua-qualificacao-como-direito-fundamental>. Acesso em 29 de abril de 2016.

JÚNIOR, José Eliaci Nogueira Diógenes. **Aspectos Gerais das Características dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749. Acesso em 26 de maio de 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos significados na Ordem Constitucional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos ao Desenvolvimento**. Resolução nº 42/128. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em 30 de abril de 2016.

PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. **As Liberdades Humanas como bases do Desenvolvimento: Uma análise conceitual da abordagem das capacidades humanas de Amartya Sen**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. – Brasília; Rio de Janeiro: Ipea, 1990. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1794.pdf. Acesso em 26 de maio de 2016.

PINTO, Marcos José. **Ativismo judicial no Brasil: visão crítica**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3674, 23 jul. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24991/uma-visao-critica-sobre-o-ativismo-judicial-no-brasil>>. Acesso em: 30 maio 2016.

PIOVESAN, Flávia. **A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>>. Acesso em 18 de maio de 2016.